

VNIVERSITAT E VALÈNCIA

FACULTAT DE DRET

Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont”

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología



TESIS DOCTORAL

**COLABORACIÓN EMPRESARIAL EN EL SECTOR ASEGURADOR:
UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA**

Presentada por:

MARÍA GÓMEZ SANTOS

Dirigida por:

Prof. Dra. **CARMEN ESTEVAN DE QUESADA**

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Valencia, enero 2020

A mi abuelo Heraclio,
por enseñarme a leer y a escribir a los 4 años.

Y a Miguel,
por ser el mejor compañero que se pueda tener.

ÍNDICE

Abstract	1
Justificación.....	2
Introducción	3
Metodología, objetivos y resultados.....	12
PARTE I.- FENOMENOLOGÍA DE LAS REDES EMPRESARIALES ...	18
CAPÍTULO 1. – NOCIÓN, EVOLUCIÓN Y PAPEL DE LAS REDES EMPRESARIALES EN LA ACTUALIDAD.....	18
1. Introducción	18
2. De la realidad práctica a la teoría: la evolución de la red como constructo	25
3. Una aproximación al concepto de red.....	31
3.1 Noción económica de la red.....	32
3.2 Noción jurídica de la red	35
3.2.1 El discreto reconocimiento del fenómeno de la red empresarial en el Reglamento General de Protección de Datos de carácter personal.	38
3.2.2 La expresa configuración de los agentes exclusivos como “red” en la Ley de Distribución de seguros y reaseguros privados.....	44
4. El papel de las redes empresariales en el contexto actual	46
4.1 Redes empresariales y Economía digital.....	49

4.2 El papel de las redes empresariales en la crisis económica y financiera.....	53
4.3 La red empresarial como vector de la innovación.....	56
CAPÍTULO 2. – VISIÓN ESTÁTICA DE LA RED EMPRESARIAL: CARACTERES Y TIPOLOGÍAS	61
1. Características de las redes empresariales.....	61
1.1 Multiplicidad.....	61
1.2 Interdependencia	66
1.2.1 Concepto y tipos.....	66
1.2.2 Interdependencia vs dependencia económica.....	71
1.3 Carácter estable y duradero	74
1.3.1 Tensión entre la flexibilidad y la estabilidad como elementos definitorios de la red.....	76
1.4 Relaciones basadas en la confianza.....	78
1.4.1 La confianza como instrumento de control del comportamiento oportunista.....	80
1.4.2 Confianza y carácter <i>intuitu personae</i>	85
1.5 Coexistencia de intereses contradictorios: entre la competencia y la cooperación	89
1.6 Autonomía empresarial	93
2. Intereses presentes en la red empresarial	96
3. Tipologías de las redes empresariales	101
3.1 Tipos de red en función de los instrumentos jurídicos empleados para su formación.....	104

3.2 Tipos de red atendiendo a su identificación con las formas clásicas de organización	107
3.3 Tipos de red en función de la concentración y la descentralización	108
3.4 Tipos de red atendiendo a su organización interna	110
CAPÍTULO 3. – VISIÓN DINÁMICA DEL FENÓMENO DE LA RED EMPRESARIAL: DIMENSIONES INTERNA Y EXTERNA.....	112
1. Dimensiones de las redes empresariales	112
1.2 Dimensión interna: relaciones entre los miembros de la red.....	112
1.1.1 Deberes derivados de la buena fe.....	114
1.1.1.1 Deber de revelar información.....	115
1.1.1.2 Deberes de confidencialidad	116
1.1.1.3 Deber de no discriminación, exclusividad y pactos de no competencia.....	118
1.1.2 Deberes de lealtad	119
1.1.3 Dimensión interna de la red y Derecho de contratos.....	122
1.2 Dimensión externa: relaciones de la red con terceros	126
1.2.1 Responsabilidad civil frente a terceros.....	127
1.2.2 Defensa de la competencia.....	130
2. Otros problemas jurídicos en torno a las redes empresariales.....	133
2.1 Derecho internacional privado	133
2.2 Derecho concursal	136

3. Fallos característicos de las redes fruto de su estructura reticular. <i>Governance</i> como instrumento mitigador de los fallos de la red.....	139
3.1 <i>Governance</i> como instrumento mitigador de los fallos de la red.	141

PARTE II.- SECTOR ASEGURADOR: FALLOS DE MERCADO Y SOLUCIONES JURÍDICAS..... 145

CAPÍTULO 1. - FUNCIONES DEL SECTOR ASEGURADOR 145

1. Función social del seguro.....	146
2. Función del seguro como estabilizador del mercado financiero	147
3. La función del seguro como vector del crecimiento económico.....	150
3.1 Críticas en torno al seguro como vector del crecimiento económico	153
4. Actividad aseguradora y reaseguro	155

CAPÍTULO 2.- FALLOS EN EL SECTOR ASEGURADOR 159

1. Fallos de mercado	159
1.1 Riesgo moral	160
1.2 Selección adversa	163
1.3 Información asimétrica.....	167
1.3.1 Asimetría en la información desde la posición aseguradora .	170
1.3.2 Información asimétrica desde la posición asegurada	173
1.3.2.1 Ordenación y supervisión de seguros.....	175
1.3.2.2 Distribución de seguros.....	179
1.3.2.3 Contratación de seguros	182

1.3.2.4 Conclusiones respecto a la información asimétrica.....	186
2. Fallos de naturaleza sistémica	187
2.1 En el sector financiero.....	187
2.2 El riesgo sistémico en la industria aseguradora.....	194
2.3 <i>Governance</i> como instrumento mitigador del riesgo sistémico en el sector asegurador.....	199
CAPÍTULO 3.- INTERVENCIÓN EN EL MERCADO ASEGURADOR	203
1. La intervención clásica del mercado asegurador.....	204
2. Intervención del mercado asegurador en el nuevo paradigma	211
2.1 El nuevo marco creado por Solvencia II y la concentración empresarial	213
2.2 El nuevo marco creado por la irrupción del fenómeno InsurTech: hacia la desregulación del mercado asegurador	215
PARTE III.- COLABORACIÓN HORIZONTAL EN EL SECTOR ASEGURADOR	221
CAPÍTULO 1.- LA COLABORACIÓN HORIZONTAL EN EL SECTOR ASEGURADOR E INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN	221
1. Cuestiones preliminares	222
1.1 “Coopetition”: entre la competencia y la cooperación	227
1.2 Relevancia de la colaboración horizontal en el sector asegurador	231
2. Colaboración para el intercambio de información	241
2.1 De la especial necesidad del intercambio de información en el sector asegurador	246

2.2 Formas de colaboración para el intercambio de información	250
2.2.1 Planteamiento general de los intercambios de información ..	250
2.2.2 Escenarios planteados en el sector asegurador.....	256
2.2.2.1 Intercambios informativos puros.....	259
2.2.2.1.1 Redes informativas para la elaboración de estadísticas comunes de siniestralidad.....	259
2.2.2.1.2 Redes informativas para la creación de ficheros de información de uso compartido.....	261
2.2.2.1.3 Redes informativas para la realización de estudios de mercado y publicaciones sectoriales	266
2.2.2.1.3.1 Redes informativas gestionadas por entidades privadas	266
2.2.2.1.3.2 Redes informativas gestionadas por organismos públicos	266
2.2.2.2 Intercambios informativos accesorios	268
2.3 Formas de colaboración para el intercambio de información y el fenómeno de la red empresarial	275
2.3.1. Intereses presentes en las distintas formas de colaboración para el intercambio de información.....	281
CAPÍTULO 2.- EL COASEGURO	284
1. Cuestiones generales	284
1.1 Noción, evolución y funciones.....	285
1.2 El coaseguro comunitario.....	288
1.3 Figuras afines al coaseguro	289

1.4 Estructura jurídica del coaseguro y la problemática en torno a su calificación	294
1.5 El coaseguro como red empresarial.....	302
1.5.1 Intereses presentes en el coaseguro	307
2. Funcionamiento del coaseguro.....	309
2.1 Funcionamiento del coaseguro en la Unión Europea y sus principales mercados	310
2.1.1 Selección de la gestora	312
2.1.2 Elección del resto de miembros del coaseguro.....	314
2.1.3 Determinación de la prima	317
2.2 Funcionamiento del coaseguro en España.....	319
2.2.1 El acuerdo preliminar de coaseguro	320
2.2.2 La abridora del coaseguro como gestora de la red	323
2.2.2.1. Actuación de la abridora en la dimensión interna del coaseguro.....	329
2.2.2.2 Actuación de la abridora en la dimensión externa del coaseguro.....	335
2.2.3 Modificaciones en el cuadro de coaseguro y en la gestora ...	341
2.2.3.1 Modificación del cuadro del coaseguro.....	342
2.2.3.2 Cambio y cese de la gestora	344
3. La actual crisis del coaseguro.....	349
4. Problemas jurídicos en torno a la colaboración en el coaseguro.....	351
CAPÍTULO 3.- LOS POOLS DE RIESGO	355

1. Cuestiones generales sobre los pools de riesgo.....	356
2. Semejanzas y diferencias entre el pool de riesgo y el coaseguro <i>ad hoc</i>	359
2.1 Semejanzas	359
2.2 Diferencias	361
3. Formas jurídicas de los pools de riesgo.....	366
4. Organización y funcionamiento de los pools de riesgo.....	369
4.1 Existencia de capital en común	370
4.2 Presencia de ánimo de lucro.....	371
4.3 Administración del pool	373
4.4 Criterios de admisión al pool	374
4.4.1 En cuanto a la determinación de la prima	375
4.4.2 En cuanto a la imposición de términos y condiciones.....	376
5. El pool de riesgo como red empresarial	377
6. Principales pools por riesgos cubiertos	381
6.1 Pools para la cobertura de riesgos nucleares	381
6.1.1 Panorama actual de los pools de riesgos nucleares en la Unión Europea	384
6.1.1.1 Marco regulatorio.....	384
6.1.1.2 Funcionamiento de los pools de riesgo nucleares en la Unión Europea	386
6.1.2 Decadencia del pool de riesgo nuclear frente a otras formas más competitivas	387

6.1.3 El Convenio Español de Suscripción Conjunta de Riesgos de Origen Nuclear (ESPANUCLEAR).....	391
6.2 Pools para la cobertura de riesgos medioambientales	396
6.2.1 Pools de ámbito europeo	401
6.2.2 Ámbito español: el Pool Español de Riesgos Medioambientales (PERM)	402
6.3 Pools para la cobertura de riesgos derivados de actos terroristas.	407
6.3.1 Tendencias globales en el aseguramiento de riesgos derivados de ataques terroristas.....	411
6.3.2 Pools para la cobertura de riesgos por actos terroristas en el ámbito europeo.....	413
6.4 Pool del seguro agrario combinado	415
6.4.1 Características del mercado del seguro agrario combinado ..	417
6.4.2 El pool del seguro agrario y Agroseguro, S. A.	423
6.4.3 El pool de riesgos agrarios	426
6.4.3.1 Estructura y funcionamiento	427
6.4.3.2 Entrada y salida del pool	431
6.4.3.3 Funciones del pool del seguro agrario.....	434
6.4.4 Agroseguro, S.A. como gestora.....	436
7. Problemas jurídicos en torno a la colaboración en el pool de riesgo .	440
7.1 Asunto TEK0.....	442
7.2 Asunto Assurpol.....	444

PARTE IV.- COLABORACIÓN EMPRESARIAL HORIZONTAL EN EL SECTOR ASEGURADOR: ANÁLISIS ANTITRUST.....	449
CAPÍTULO 1.- COLABORACIÓN EMPRESARIAL Y NORMATIVA ANTITRUST.....	452
1. La prohibición de la colaboración que restringe la competencia en la normativa antitrust como punto de partida.....	452
1.1 Destinatarios y modelos de concertación	454
1.2 La afectación a la competencia	460
1.2.1 Restricciones por objeto	461
1.2.2 Restricciones por efecto	465
1.2.3 Afectación al comercio interior o nacional	466
2. Conciliando competencia y colaboración: excepciones a la prohibición de las prácticas colusorias	468
2.1 Acuerdos de menor importancia y restricciones accesorias	471
2.1.1 Acuerdos de menor importancia.....	471
2.1.2 Restricciones accesorias	474
2.2 Exenciones individuales y por categorías	477
3. Consecuencias de la infracción de la prohibición	480
CAPÍTULO 2.- LOS REGLAMENTOS DE EXENCIÓN EN EL SECTOR ASEGURADOR	484
1. Cuestiones generales	484
1.1 Antecedentes y evolución.....	484
1.2 El Reglamento habilitante de 1991	490

2. Los sucesivos Reglamentos de exención en el sector asegurador	495
2.1 El Reglamento (CEE) n° 3932/92, de 21 de diciembre de 1992 ..	496
2.1.1 El proceso de renovación del Reglamento 3932/92	501
2.2 El Reglamento (CE) n° 358/2003, de 27 de febrero de 2003	505
2.2.1 La renovación del Reglamento n° 358/2003	511
2.3 Reglamento (UE) n° 267/2010 de la Comisión de 24 de marzo de 2010.....	513
2.3.1 La extinción de la exención por categorías en el sector asegurador	522
CAPÍTULO 3.- EVALUACIÓN DE LA COLABORACIÓN HORIZONTAL EN EL SECTOR ASEGURADOR	526
1. Cuestiones previas a todo tipo de colaboración horizontal en el sector asegurador: la autoevaluación como norma general	526
2. Evaluación de los intercambios de información.....	531
2.1 Intercambios informativos puros: metodología de análisis.....	531
2.1.1 Evaluación con arreglo al artículo 101.1 TFUE.....	534
2.1.1.1 Intercambios de información y concertación de voluntades	534
2.1.1.2 Restricciones de la competencia por objeto	536
2.1.1.3 Restricciones de la competencia por efecto.....	538
a) Características de la información intercambiada.....	539
b) Condiciones económicas del mercado relevante.....	547
2.1.2 Evaluación conforme al artículo 101.3 TFUE.....	553

2.1.2.1 Mejoras de la eficiencia.....	558
2.1.2.2 Carácter indispensable.....	559
2.1.2.3 Participación de los consumidores en los beneficios	561
2.1.2.4 No eliminación de la competencia	564
2.2 Intercambios informativos accesorios	567
2.3 Criterios adicionales para la evaluación de los intercambios de información en clave de red	568
2.3.1 Intercambios informativos puros.....	570
2.3.2 Intercambios informativos accesorios	576
CAPÍTULO 4.- EVALUACIÓN ANTITRUST DE LOS POOLS DE RIESGO	579
1. Calificación y evaluación de los pools de riesgo como acuerdos de producción: metodología de análisis	579
2. Evaluación con arreglo al artículo 101.1 TFUE.....	582
2.1 Principales problemas de competencia en los pools de riesgo	582
2.2 Restricciones de la competencia por su objeto.....	584
2.3 Efectos restrictivos de la competencia	585
2.4 Poder de mercado: metodología para su análisis.....	587
2.4.1 Delimitación del mercado de referencia.....	588
a) Delimitación del mercado de producto	589
b) Delimitación del mercado geográfico	596
2.4.2 Cálculo de las cuotas de mercado.....	598

2.4.3 Otros factores que determinan el poder de mercado de un pool	600
2.4.4 Análisis del poder de mercado	603
3. Exenciones a la prohibición contenida en el artículo 101.1 TFUE	604
3.1 Evaluación del pool conforme al Reglamento de exención a determinadas categorías de acuerdos de especialización	605
3.1.1 Aplicación actual de la exención con arreglo al Reglamento 1218/2010.....	605
3.1.2 Evolución de los umbrales de las cuotas de mercado en la aplicación de la exención por categorías en el sector asegurador ..	607
3.1.3 La aplicación de la exención en los pools de nuevos riesgos: hacia una aproximación más económica	611
3.2 Evaluación del pool de riesgo conforme al artículo 101.3 TFUE	615
3.2.1 Mejoras de eficiencia	616
3.2.2 Carácter indispensable.....	617
3.2.3 Beneficios para los consumidores	619
3.2.4 No eliminación de la competencia	620
4. Criterios adicionales para la evaluación de los pools de riesgo en clave de red.....	622
Final conclusions.....	627
Bibliografía	647

Abstract

The purpose of this dissertation is none other than examining how, from the standpoint of the antitrust regulation, two specific horizontal collaboration practices in the insurance market should be assessed; namely, the agreements on the exchange of information and risk pools, additionally connecting the logic behind these sort of collaboration structures with the business network phenomenon.

Why these two horizontal collaboration practices were selected, among several others operating in the insurance industry, is explained on the grounds of both being the last two agreement categories that have remained exempt for over twenty-five years by virtue of the many block exemption regulations representative of the insurance sector. As a consequence of the last of them not being renewed, the (EU) Block Exemption Regulation 358/2010, of 24th March 2010, from the 31st March 2017, the application on the antitrust regulation in the insurance sector, with regard to these two forms of collaboration, does no longer benefit from any specialty, requiring the implementation of the methodology generally used in any other economic activity if an assessment is to be performed.

By virtue thereof, it seems only fitting to reflect on whether it is necessary to take into account certain specialties of the aforementioned forms of collaboration when it comes to their assessment, and, given their configuration as business networks, if it is appropriate to qualify or provide additional criteria in the antitrust methodology in an attempt to balance it

with the business network phenomenon.

Justificación

El derecho de defensa de la competencia presenta, junto a las clásicas prohibiciones, diversos instrumentos jurídicos para que determinadas conductas, *a priori* restrictivas, puedan ser desarrolladas lícitamente cuando generan aspectos procompetitivos en el mercado. Dentro de estos instrumentos de flexibilización se encuentra frecuentemente la idea de la protección de estructuras de coordinación empresarial eficientes frente a una aplicación excesiva del derecho de defensa de la competencia, cuestión esta analizada en cierta medida por la literatura jurídica en materia de coordinación empresarial y, en especial, por el grupo de investigación en el cual me he incorporado durante la realización de la presente Tesis doctoral.

Asimismo, es relevante el hecho de que la presente tesis doctoral ha sido desarrollada gracias a la financiación obtenida a través del proyecto nacional del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad “Coordinación empresarial lícita en el derecho de defensa de la competencia (*DER2015-67704-P*)”; proyecto que parte de la necesidad de realizar un análisis actualizado sobre tal materia, tomando en consideración, para ello, los más actuales desarrollos teóricos y las últimas doctrinas aplicadas tanto por los tribunales de justicia como por las autoridades de competencia.

Por su parte, el sector asegurador, dada su especial singularidad y

las recientes novedades que afectan a este negocio (en concreto la no renovación del último Reglamento de exención propio del sector), parece oportuno llevar a cabo una revisión sistemática y actualizada de aquellas formas de colaboración empresarial horizontal presentes en el actual mercado asegurador que susciten un mayor interés tanto práctico como académico. En este sentido, y por ser las dos últimas categorías exentas a través de un Reglamento específico del sector asegurador, la investigación se centrará en los intercambios de información, así como en los pools de riesgo.

Expuesto cuanto antecede, habida cuenta de que la coordinación empresarial horizontal lícita no ha sido uno de los campos más explorados por la doctrina, tanto a nivel nacional como internacional, y que la actual aplicación de la normativa antitrust en el sector asegurador exige una revisión, se justifica, pues, sobradamente el interés científico-jurídico y jurídico-práctico de la presente Tesis doctoral.

Introducción

La colaboración horizontal entre aseguradoras constituye el núcleo esencial del correcto funcionamiento de dicha industria; colaboración que, desde los albores del mercado de seguros, ha sido una pieza fundamental que ha contribuido no solo al mantenimiento del propio sector, sino a su mejora.

Fruto de esta colaboración estable basada en la confianza recíproca entre las distintas aseguradoras, surge la coordinación de determinados

comportamientos a fin de conseguir un interés compartido por todas ellas; coordinación que contribuye tanto a la mejora del rendimiento individual como a la mejora del propio sector. Ahora bien, pese a las incuestionables bondades predicadas de este tipo de colaboración, resulta innegable que, en ocasiones y de manera simultánea, puedan aflorar ciertos comportamientos concurrenciales que lesionen el comportamiento competitivo en el mercado de seguros y que hagan de este un sector más ineficiente. Encontrar el equilibrio que permita garantizar tanto la existencia de un mercado competitivo como la colaboración entre entidades aseguradoras se antoja, pues, una tarea inexcusable a los efectos de proveer una mayor eficiencia al mercado asegurador.

Precisamente la búsqueda de este equilibrio constituye el objeto de la presente Tesis doctoral: determinar en qué circunstancias y bajo qué condiciones, habida cuenta del contexto del mercado en el que se desenvuelve la lógica económica actual, cabe admitir ciertas formas de colaboración horizontal en el sector asegurador que comportan inconmensurables efectos procompetitivos orientados, no solo a garantizar un adecuado funcionamiento, sino también a salvaguardar su óptimo desarrollo en términos de eficiencia.

Como se ha apuntado en las líneas precedentes, la colaboración horizontal en el sector asegurador, además de esencial, abarca diversas formas y tipos de conductas tales como el intercambio de cierta información, la estandarización de los clausulados de las pólizas de seguro, el desarrollo de sistemas para facilitar la liquidación de siniestros y el pago de indemnizaciones o el aseguramiento en común de ciertos riesgos que,

por su naturaleza y envergadura, individualmente no sería posible asegurar. En este sentido, visto que la colaboración horizontal en el sector asegurador se expresa a través de múltiples comportamientos, parece necesario, en primer lugar, concretar qué formas de colaboración exigen una mayor atención para, en un segundo momento, proceder a efectuar un análisis en profundidad sobre dichas estructuras desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

Junto a lo antedicho, resulta necesario poner de relieve que el sector asegurador se ha caracterizado durante los últimos veinticinco años por gozar de un Reglamento de exención propio para ciertas categorías de colaboración horizontal; instrumento que ha venido amparando hasta la expiración del último en vigor el pasado 31 de marzo de 2017, el Reglamento n° 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, ciertos tipos de intercambios informativos así como la constitución y permanencia de determinados pools de riesgo.

Así las cosas, las modalidades de colaboración escogidas y sobre las cuales se articulará la presente Tesis doctoral son dos, a saber, los intercambios de información entre aseguradoras y el aseguramiento en común a través de los pools de riesgo, siendo estas las dos últimas categorías que han permanecido exentas al amparo de los Reglamentos de exención propios del sector asegurador y que, desde el pasado 31 de marzo de 2017, habrán de ser evaluadas bajo los preceptos generales de la normativa de la defensa de la competencia.

Este cambio en la metodología empleada para la evaluación tanto

de los intercambios de información entre aseguradoras como de los pools de riesgo justifica, pues, un análisis pormenorizado y riguroso sobre las nuevas pautas que, en la actualidad, será necesario seguir, destacando, asimismo, aquellas especialidades propias del sector asegurador que inexcusablemente deberán ser tenidas en cuenta.

Aprovechando la ocasión y a mayores de esta revisión crítica desde el punto de vista de la defensa de la competencia, parece oportuno poner de relieve que estas formas de colaboración horizontal en la industria aseguradora, además de presentar ciertas particularidades que la diferencian de la colaboración que puede darse en otro tipo de sectores económicos, responden a la lógica del fenómeno de la red empresarial. En su virtud, quizá también sea conveniente adoptar un enfoque en clave de red a la hora de proceder a la evaluación antitrust de estos dos tipos de colaboración, toda vez que una adecuada protección de este fenómeno coadyuva, asimismo, a la mejora de la eficiencia y del correcto funcionamiento del sistema.

Ahora bien, la adopción de este innovador y vanguardista enfoque exige, *a priori*, conceptualizar estas formas de colaboración como estructuras que responden al fenómeno de la red empresarial, comprobando, para ello, que sus respectivos funcionamientos atienden a la lógica presente en este tipo de redes. Verificado tal extremo, se analizará si, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, conviene añadir o matizar ciertos aspectos relativos a la metodología general a fin de integrar en su evaluación el valor añadido que representa la red empresarial.

Expuesto cuanto antecede, la estructura sobre la cual se cimienta la presente Tesis doctoral se articula en cuatro Partes con el objetivo de dar respuestas a las hipótesis de trabajo planteadas.

La Parte I, intitulada “Fenomenología de las redes empresariales” tiene como objetivo ofrecer una visión general del fenómeno de la red empresarial a fin de resaltar aquellos aspectos que merecen la pena ser destacados para, en la Parte III, poder conceptualizar los intercambios de información entre aseguradoras y los pools de riesgo en clave de red. Así las cosas, en el primer Capítulo se procederá a abordar la noción de la red empresarial, tanto desde un punto de vista económico como jurídico, así como el importante rol que este tipo de estructuras desempeñan en el contexto actual como vectores de la innovación y del crecimiento económico. Seguidamente, el examen de las redes empresariales se bifurcará en dos sentidos, los cuales se corresponden con las distintas visiones desde las que se puede abordar el fenómeno de la red empresarial, a saber, la visión estática y la dinámica.

El enfoque referido a la visión estática de la red será acometido en el Capítulo 2, siendo uno de los ejes principales analizar las características básicas de las redes empresariales identificadas por la doctrina. Concretamente, estas características son la multiplicidad, la interdependencia entre los distintos operadores, la estabilidad y la duración en las relaciones fraguadas entre las partes, la autonomía entre sus miembros, la coexistencia de relaciones simultáneas de cooperación y competencia y, finalmente, la confianza como elemento de cohesión y

rector de la red. Asimismo, se abordarán las distintas clases de redes empresariales en función de diversos factores, así como la existencia de un elemento característico e indispensable en todas ellas: el interés compartido.

Por su parte, la visión dinámica será tratada en el Capítulo 3, dividiéndose esta, a su vez, en un doble enfoque. De un lado, se pondrán de relieve los aspectos más significativos desde el punto de vista de las relaciones existentes entre los miembros de la red (dimensión interna) y, de otro, aquellos dimanantes de las relaciones establecidas entre la propia red con terceros (dimensión externa). En último lugar, se destacarán algunos de los principales escollos jurídicos a los que se enfrenta el fenómeno de la red empresarial dado el marco jurídico actual, fundamentalmente, aquellos referidos a la responsabilidad civil frente a terceros, el derecho concursal, el derecho internacional privado y, por supuesto, a la defensa de la competencia.

Examinado el fenómeno de la red empresarial y con vistas a centrar el estudio en el concreto mercado asegurador, resulta oportuno ofrecer unas notas generales sobre su funcionamiento. A estas cuestiones nos dedicaremos en la Parte II, titulada “Sector asegurador: fallos de mercado y soluciones jurídicas”. Para ello, se hará especial hincapié en las distintas funciones que esta industria desempeña, en los fallos de mercado que tradicionalmente la han caracterizado (el riesgo moral, la selección adversa y la información asimétrica), así como en otro tipo de fallos derivados de su naturaleza sistémica. Por último, se hará referencia a la intervención llevada a cabo en el sector asegurador en los últimos años partiendo de la

intervención clásica para, luego, añadir el nuevo enfoque adoptado por las instituciones en el contexto de la Directiva Solvencia II y de su normativa complementaria.

Contextualizado el actual mercado asegurador y el fenómeno de la red empresarial, a continuación, se examinarán las dos formas de colaboración que constituyen el núcleo central de la presente Tesis: los intercambios de información entre compañías aseguradoras y los pools de riesgo. Así las cosas, la Parte III, cuyo título es “Colaboración horizontal en el sector asegurador”, se articulará en tres Capítulos a fin de abordar el análisis sistemático de estas dos modalidades.

En el primero de ellos, como cuestión previa, se concretará por qué el término elegido (“colaboración”) ha sido el empleado a lo largo de la presente investigación frente a otros posibles (“cooperación” o “coordinación”); elección que, como se verá, trae causa de la configuración reticular de las estructuras analizadas. Asimismo, en el Capítulo 1, se examinarán los distintos escenarios en los cuales se producen los intercambios de información en función del carácter principal o accesorio de los acuerdos de los cuales emanan, a saber, los denominados “intercambios de información puros” y los “intercambios de información accesorios”, así como su conexión con el fenómeno de la red empresarial.

En el Capítulo 2 se abordará el coaseguro; estructura que, aunque no tenga especial relevancia desde la normativa de la defensa de la competencia por los motivos que se analizarán en el momento oportuno, resulta ineludible abordar. Y es que, al igual que los pools de riesgo, estos

son mecanismos de colaboración entre compañías de seguros que compiten en un mismo mercado. En este sentido, se abordarán algunas de las cuestiones generales que afectan a estas agrupaciones, ofreciendo, asimismo, una descripción de la operativa elemental que predomina en estas estructuras.

Tras deslindar el concepto de pool de riesgo del coaseguro, en el Capítulo 3 se examinará cómo funcionan en la actualidad este tipo de estructuras de colaboración empresarial, haciendo, asimismo, un estudio pormenorizado de las distintas características que presentan estos pools en función de la naturaleza del riesgo asegurado. Así pues, se detallará cómo funcionan los pools operativos en el mercado europeo para la cobertura de riesgos nucleares, de riesgos medioambientales, para la cobertura de riesgos derivados de actos terroristas o de riesgos agrarios. Finalmente, y sirviendo de enlace con las cuestiones que serán abordadas en la última Parte, se plantearán los principales problemas que suscita este tipo de colaboración desde la perspectiva de la normativa antitrust.

Examinadas las distintas formas de colaboración horizontal típicas del sector asegurador, concretamente, las referidas a los intercambios de información y a los pools de riesgo, el objetivo principal de la Parte IV irá enfocado a realizar su análisis antitrust teniendo en cuenta que, tras la no renovación del último Reglamento de exención por categorías específico de este sector, su evaluación habrá de hacerse a la luz de la normativa general de defensa de la competencia. Sin embargo, antes de acometer tal estudio, parece necesario introducir ciertos aspectos fundamentales a la hora de proceder a realizar un examen detallado sobre la evaluación de

estas dos formas de colaboración horizontal, ello a fin de poner en valor y justificar la relevancia del mismo.

Así, en el Capítulo 1 de la Parte IV, se estudiará el encaje que tiene la colaboración empresarial horizontal entre competidores en la vigente normativa antitrust, sea cual sea el sector económico al cual venga referida, haciendo especial hincapié en su configuración como una excepción a la prohibición general establecida en el artículo 101.1 TFUE; excepción que puede ser articulada bien a través de la exención individual contenida en el art. 101.3 TFUE (exención individual), bien en virtud de un Reglamento de exención por categorías (exención por categorías). Precisamente, este último aspecto posee especial relevancia en la presente Tesis toda vez que la técnica jurídica empleada para enervar de la prohibición general contenida en el artículo 101.1 TFUE, se identifica, sustancialmente, con el cambio en la aplicación de la normativa antitrust que ha experimentado el sector asegurador tras la no renovación del Reglamento (UE) de exención nº 358/2010, de 24 de marzo de 2010.

Por su parte, en el Capítulo 2 se analizará cuál ha sido la evolución de los distintos Reglamentos de exención por categorías propios del sector asegurador, haciendo especial énfasis en los fundamentos esgrimidos tanto por la Comisión Europea como por los distintos operadores que han participado en sus respectivos procesos de renovación. En este sentido, se pondrá de manifiesto cómo la aproximación más económica se ha venido imponiendo progresivamente en la aplicación de la normativa antitrust en el sector asegurador, en gran medida, gracias a la paulatina minoración de las categorías exentas en los distintos Reglamentos de exención.

Los Capítulos 3 y 4, respectivamente, se dedicarán a abordar con profundidad qué normativa será aplicable y qué especialidades habrán de ser tenidas en cuenta a fin de proceder a evaluar tanto los acuerdos para el intercambio de información entre entidades competidoras (Capítulo 3) como los pools de riesgo (Capítulo 4). Asimismo, al final de cada Capítulo, se añadirán, si procede, ciertos matices que cabría incorporar en la metodología empleada para realizar el análisis antitrust con el objetivo de integrar en ella un enfoque en clave de red.

Metodología, objetivos y resultados

La metodología en cualquiera de las disciplinas jurídicas tiene por objeto la construcción racional y descriptiva de los procedimientos relacionados con el discurso jurídico. Así pues, dados los temas fundamentales abordados en el presente trabajo de investigación, estos son, la colaboración horizontal en el sector asegurador y su configuración desde la perspectiva de la red empresarial, la necesidad de combinar distintos recursos metodológicos a fin de obtener un adecuado conocimiento científico-jurídico y jurídico-práctico sobre los mismos se antoja evidente.

Aceptando esta visión pluralista y partiendo del carácter vanguardista que reviste el fenómeno de la red empresarial, ha sido necesario tomar el método técnico-económico como el pilar básico que fundamenta la estructura metodológica del presente trabajo; método que, por su parte, resulta de especial interés tanto desde la perspectiva de la defensa de la competencia como a la hora de abordar un análisis en clave

de red. Asimismo, partiendo del método basado en la atenta observación de la realidad propugnado por el Profesor BROSETA, ha resultado oportuno construir el contenido y la estructura de la presente Tesis partiendo, más allá de la bibliografía clásica de obligada referencia, de diversos informes económicos que explican la dinámica del mercado asegurador a fin de obtener conclusiones relevantes desde la lógica actual de esta disciplina.

En cuanto a la Parte en la cual se ha ahondado sobre los aspectos esenciales que caracterizan a la colaboración empresarial horizontal en la industria aseguradora, ha sido empleado, fundamentalmente, el método doctrinal y el técnico-jurídico (fundamentalmente en las Partes III y IV) a fin de efectuar una revisión crítica de la legislación vigente, así como de la jurisprudencia. Y todo ello a los efectos de indagar si, como consecuencia de la naturaleza reticular de las estructuras analizadas previamente, conviene introducir matices que la hagan compatible con un análisis antitrust en clave de red. Junto a los anteriores, el método dogmático-sistemático ha sido el instrumento utilizado para la clasificación de los materiales y fuentes, entre ellas, principalmente, las doctrinales y jurisprudenciales.

En definitiva, en virtud de la propia naturaleza de la investigación desarrollada, se aconsejaba optar por un pluralismo metodológico, reconociendo la realidad, la interconexión de factores y los diversos planos de estudio que concurren en el ámbito de la Tesis presentada.

Por lo que se refiere a los objetivos pretendidos a la hora de abordar

la presente investigación, estos pueden clasificarse en dos. De un lado, los objetivos generales; de otro, los objetivos secundarios.

Imbricados en los objetivos generales, a su vez, pueden identificarse dos subtipos bien diferenciados. El primero de ellos, llevar a cabo una revisión actualizada, desde el punto de vista de la normativa antitrust, de dos concretas formas de colaboración horizontal empresarial en el sector asegurador, a saber, los intercambios de información entre competidores y los pools de riesgo. El segundo, poner en conexión el funcionamiento y la evaluación de estas formas de colaboración con el fenómeno de la red empresarial.

Ahora bien, a fin de alcanzar estos objetivos generales resulta necesario, asimismo, lograr otros de carácter secundario. Sin ser exhaustivos, los objetivos que a continuación se enuncian:

- Analizar las diferentes formas de cooperación horizontal lícita existentes en el sector asegurador, tanto desde la perspectiva nacional como comunitaria.
- Identificar qué formas de cooperación requieren una mayor atención en función de su necesaria actualización y relevancia en el mercado de seguros.
- Conectar la lógica de funcionamiento de estas formas de colaboración con el fenómeno de la red empresarial.
- Valorar si, como redes empresariales que son, resulta oportuno matizar o añadir criterios adicionales en la evaluación antitrust de los tipos de cooperación seleccionados.

Objetivos todos ellos, tanto generales como secundarios, que se han alcanzado a lo largo de la Tesis, especialmente en las Partes III y IV.

Por último, en cuanto a los resultados obtenidos, si resulta destacable un aspecto en relación al mercado de seguros, y más desde la perspectiva del derecho de la competencia, es el escaso interés que el estudio conjunto de ambas disciplinas ha suscitado en la doctrina científica, tanto nacional como internacional. De modo que cualquier avance en tal sentido supone un paso notable en el estudio del estado de la cuestión.

Así las cosas, se ha pretendido realizar un análisis sistemático y riguroso sobre dos prácticas muy habituales en la praxis aseguradora, a saber, los intercambios de información, así como los pools de riesgo, ello con el fin de avanzar en el estado de la cuestión a nivel doctrinal, incluyendo en dicho análisis, asimismo, un novedoso enfoque en clave de red.

Adicionalmente, a mayores del interés que la presente investigación pudiera suscitar a nivel doctrinal y dada su relevancia práctica, cabe señalar la posibilidad de trasladar los resultados obtenidos a la práctica profesional de las propias entidades aseguradoras, asociaciones sectoriales, abogados especializados, jueces y autoridades de competencia. En su virtud, parece razonable afirmar que los resultados obtenidos en la presente Tesis no solo son provechosos desde el punto de vista de la Academia, sino también desde la praxis jurídica pues la misma pretende servir como instrumento que coadyuve a delimitar qué tipos de intercambios informativos y pools de riesgo deben ser considerados lícitos por cuanto que aportan

sustanciosos beneficios para el conjunto del mercado asegurador.

PARTE I.- FENOMENOLOGÍA DE LAS REDES EMPRESARIALES

CAPÍTULO 1. – NOCIÓN, EVOLUCIÓN Y PAPEL DE LAS REDES EMPRESARIALES EN LA ACTUALIDAD

1. Introducción

El fenómeno de las redes, en todo su espectro, no ha hecho más que crecer desde hace varias décadas ejerciendo influencia en una multitud de sectores: de las redes sociales a las redes de poder o profesionales. Y, por supuesto, no cabe pensar que el Derecho permanezca impasible ante ese cambio paradigmático, debiendo, para ello, adaptarse a los nuevos tiempos.

En este contexto, la sociedad actual es calificada desde distintos ámbitos como una “sociedad de consumo”, una “sociedad del conocimiento”, una “sociedad industrial” así como una “sociedad de riesgos”¹. La evolución del Derecho, entendida en sentido amplio, así como de los conceptos e instituciones que dan forma a esta disciplina, se desarrolla a través de un proceso comunicativo que surge a un nivel separado de la mera experiencia individual de cada operador².

¹AMSTUTZ, M., “Contract collisions: an evolutionary perspective on contractual networks”, *Law and Contemporary Problems*, Duke Law, Durham, vol. 76:79, 2013 p. 175.

² *Ibidem*, p.169. Dice, textualmente: “Legal evolution is a communicative process that takes place at a level of emergence detached from that of individual experience.”

Así como en muchos casos la dinámica de redes en la configuración de los movimientos sociales tiene carácter informal, existiendo también modelos de organización más clásicos y formales basados en la integración vertical de unidades diferentes, con frecuencia suele mostrarse un tercer tipo: el modelo de “organización en red”. Esta conformación, a diferencia de las otras dos (la informal y la formal), señala una forma diferente de coordinar las actividades teniendo como base la independencia de los componentes individuales, así como la flexibilidad de las metas; fenómeno que, por su parte, ha venido recibiendo diferentes términos³.

Mientras que la academia en las ciencias sociales afirma en varios ámbitos⁴ que la organización en forma de red ha sido esencial en la acción de los movimientos sociales a gran escala⁵, la doctrina jurídica, en términos generales, se muestra reticente al cambio: los nuevos enfoques

³Algunos de estos términos empleados en la literatura económica y jurídica son: “business networks” (“redes empresariales”), “quasiorganizations” (quasi organizaciones), “quasi-firms” (quasi empresas), “virtual enterprises” (“empresas virtuales”), “multi-party hybrid business arrangements” (“acuerdos empresariales multilaterales de carácter híbrido”) o “complex economic organizations” (“organizaciones económicas complejas”).

⁴Diversos ejemplos en la historia sirven de base para tal afirmación: la clase obrera decimonónica (THOMPSON, E. H., “The making of the English working class”, ed. Penguin, London, 1963), coaliciones contra la guerra o la pobreza (BAGGULEY, P., “From protest to acquiescence. Political movements of the unemployed”, Macmillan, London, 1991; ROCHON, T.R. y MEYER, D.S., “Coalitions and political movements: the lessons of the nuclear freeze”, Lynne Rienner, 1997) y el movimiento feminista y ecologista (PHILIPS, S. “Meaning and structure in social movements : mapping the network of national canadian women’s organizations”, *Canadian Journal of Political Science*, nº 24, 1991 ; HATHAWAY, W. y MEYER, D.S., “Competition and cooperation in social movement coalitions : lobbying for peace in the 1980’s”. *Berkeley Journal of Sociology*, nº 38, 1993).

⁵ DELLA PORTA, D. y DIANI, M., “Los movimientos sociales”, Centro de Investigaciones sociológicas y Universidad Complutense de Madrid, Colección Debate Social, 2ª edición, Madrid, 2015, p. 207.

son aceptados con dificultad y las novedosas formas de reexaminar los viejos postulados a menudo se saludan con escepticismo⁶.

El Derecho, pues, se muestra como una disciplina más reacia a dar carta de naturaleza y autonomía al fenómeno del Derecho de redes, pues mientras que la realidad de la red es abordada desde otras disciplinas aledañas, no parece que en su vertiente jurídica goce del mismo éxito pese a que exista una evidente necesidad⁷ al respecto, siendo, quizás, uno de los mayores desafíos a los que el Derecho privado tenga que hacer frente en años venideros⁸.

El aforismo latino *ex facto oritur ius*, cuya traducción literal a castellano es “del hecho nace el Derecho”, postula que, para considerar significativo un hecho o realidad⁹ desde el punto de vista jurídico, es necesario que este conlleve obligaciones y derechos subjetivos a los que

⁶ WELLMAN, B., BERKOWITZ, S., *Social Structures: A Network Approach*, Cambridge, 1988, p. I.

⁷ RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August, 2010*, Vol.2. De Gruyter, pp. 2.902-2.904. Necesidad que algunos autores no dudan en catalogar como una verdadera “emergencia”. Vid. WILLIAMS, P. L., *The emergence of the theory of the firm. From Adam Smith to Alfred Marshall*, Macmillan Press Ltd., 1978; GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 26. Igualmente se defiende la creación de un nuevo modelo organizativo que responda a la realidad económica emergente en el espacio virtual, Vid. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Aspectos jurídicos de las redes empresariales en internet”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 393-436.

⁸ RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 19-20.

⁹ Hechos y realidades que no necesariamente habrán de ser originados por una conducta humana consciente y voluntaria. Nada impide que el hecho generador, pues, provenga de una realidad de la naturaleza carente de cualquier elemento volitivo y cognitivo.

cuales el ordenamiento en vigor atribuya consecuencias jurídicas. Dicho en otras palabras, que se trate de un verdadero hecho jurídico.

En este sentido, resulta claro a todas luces que sin redes contractuales no hay economía de mercado pues estas son la columna de cualquier cadena de valor¹⁰; motivo por el cual, ante el hecho jurídico que supone la realidad de la red empresarial en el tráfico jurídico, parece necesario acometer ciertos cambios en el Derecho que respondan a esta nueva realidad.

Es un hecho insoslayable, pues, que las estructuras empresariales están cambiando y que, en consecuencia, las tradicionales fronteras entre el mercado y la jerarquía se diluyen¹¹.

De un lado, ciertas formas se aproximan más a las organizaciones típicas de mercado mientras que otras se acercan a las propias de un sistema jerárquico, perteneciendo a este tipo, por ejemplo y sin ser exhaustivos, las joint-ventures o las franquicias. Y, precisamente, entre ambas concepciones surge una zona intermedia en la que se ubican las

¹⁰ GRUNDMANN, S., “Redes contractuales. ¿Contratos o Sociedades no personificadas?”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 127.

¹¹ HENNART, J.F., “Explaining the Swollen Middle: Why Most Transactions are a Mix of “Market” and “Hierarchy””, *Faculty Working Paper No. 91-0120*, University of Illinois at Urbana-Champaign, February 1991, p.5. “There are strong elements of markets within hierarchies. On the other hand, markets have strong elements of hierarchy within them. The distinction between markets and hierarchies is greatly overdrawn. The continuum from market to hierarchy is less like a ruler than a football, with a vanishing small pure type at each end, and a swollen middle that mixes the two. Very little of organizational life remains at the two ends of the football.

formas híbridas de organización que, pese a tener ciertos elementos en común con ambos sistemas – jerárquico y de mercado- distan tanto de un modelo como del otro¹².

El tradicional modelo jerárquico de la empresa¹³, al igual que las estructuras contractuales clásicas, no es capaz de catalizar estos nuevos tipos de relaciones más complejas, pudiendo dar resultados poco satisfactorios desde la perspectiva de la red¹⁴. De igual modo, aquellas premisas que un día fueron la base de creación de determinados modelos ideales –como son las jerarquías y el mercado- pueden devenir inaplicables, inapropiadas o incorrectas con el paso de los años en determinados escenarios¹⁵.

¹² En este sentido POWELL, W., “Neither market nor hierarchy: network forms of organization”. *Research in organizational behaviour*, nº12, 1990, p. 297. “But as many economists have come to view firms as governance structures, and are providing new insights into the organization of the employment relationships and the multidivisional firm, firms appear to be changing in significant ways and forms of relational contracting appear to have assumed much greater importance. Firms are blurring their established boundaries and engaging in forms of collaboration that resemble neither the familiar alternative of arms’ length market contracting nor the former ideal of vertical integration”.

¹³ El Derecho de Sociedades, entendido este como disciplina jurídica, atraviesa un momento de constantes cambios debido a las recientes transformaciones económicas, sociales y políticas que se vienen atravesando en los últimos años, siendo preceptivo, para ello, tener que adaptar su configuración a las nuevas realidades del mercado. En este sentido, algunos autores como EMBID IRUJO, aseveran que, en relación con el modelo de articulación del Derecho de Sociedades, “este modelo lleva en sí mismo el germen de una inevitable y creciente complejidad, dado que, manteniéndose constante, a lo sumo, la disciplina codificada, se hace perentorio dar respuestas jurídicas seguras a los nuevos escenarios que el dinamismo empresarial plantea de continuo al Derecho de sociedades”. *Vid.* EMBID IRUJO, J.M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Comares, 2013, p. 23.

¹⁴ GULATI, G.M., KLEIN, W.A., ZOLT, E.M., “Connected contracts”, *47 UCLA Law Review*, vol. 887, 2000, p. 896.

¹⁵ *Ibidem*, p. 889.

Una explicación plástica como pocas que puede ayudar a comprender la realidad de la red empresarial es apuntada por ROBERTSON, refiriéndose a las empresas como "islas de poder consciente en un océano de cooperación inconsciente como trozos de mantequilla que se coagulan en un cubo de suero de leche"¹⁶.

Los mercados son formas de organización no coercitivas que generan situaciones de coordinación pero no de integración en lo que a sus efectos se refiere.¹⁷ Las redes son la respuesta a la demanda de un nuevo modelo de negocio que resuelva aquellas exigencias que otras formas – mercados y jerarquías- no son capaces de resolver, siendo a su vez capaces de adaptarse a los cambios sociales y económicos imperantes en cada momento histórico¹⁸.

En igualdad de condiciones, la explicación más simple suele ser la más probable¹⁹. Al igual que el médico tiene encomendada la tarea de buscar la forma más sencilla posible a la hora de analizar los síntomas de su paciente a fin de razonar, bajo las bases de la heurística, qué tratamiento resulta mejor y más eficaz para aliviarle, el jurista tiene encomendada la ardua misión de encajar las distintas realidades del tráfico mercantil en las instituciones jurídicas que mejor se adapten y respondan a las necesidades

¹⁶ HODGSON, G., "The Legal Nature of the Firm and the Myth of the Firm-Market Hybrid", *International Journal of the Economics of Business*, University of Hertfordshire, 2002, p. 42.

¹⁷ POWELL, W., "Neither market nor hierarchy: network forms of organization", *op.cit.*, p. 302.

¹⁸ *Ibidem*, p. 323.

¹⁹ Axioma conocido bajo el principio de la Navaja de Ockham, principio metodológico y filosófico atribuido a Guillermo de Ockham (1280-1349).

actuales de cada momento.

En este contexto, la disyuntiva se planteará, pues, entre dos opciones: (i) bien crear un nuevo marco partiendo de instrumentos ya conocidos pero reconfigurados, a través de la incorporación de nuevos componentes o mediante una nueva forma de interpretar el Derecho dado²⁰; (ii) bien construir un sistema que, más allá de los actuales constructos, integre el fenómeno de la red empresarial²¹.

²⁰ Defensor de esta postura es CAFAGGI, quien sugiere que “(...) the recognition of these contractual networks should imply their integration in the process of harmonisation of European contract law, currently in the DCFR, although their specificity may require the definition of a set of separate principles that must, thereafter, be coordinated with the general principles of contract law. Even if only coordination were required, fundamental questions, concerning the correlation between general contract law and contractual networks, have to be addressed both at EU level but also between EU and MSs. For example, the role of *privity* or its functional equivalents such as le *principe de relativité du contrat* in European contract law, the possibility to conclude multilateral contracts, their legal regimes as to validity, breach, individual and collective termination, admissibility of a governance structure, creation of separate legal entities to manage assets necessary to administer the network, etc.”. En CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *European Review of Contract Law*, Vol. 4, Issue 4, 2008, pp. 5-6.

²¹ En este sentido, RUIZ PERIS: “El concepto redes empresariales constituye, como hemos visto, un marco explicativo de relaciones jurídicas con efectos distintos de los conceptos contrato, sociedad y grupo. A dicho marco explicativo distinto corresponde, a nuestro juicio, un marco regulatorio diferenciado para la regulación jurídica de estos institutos. Solución que preferimos a la adopción o reutilización de doctrinas particulares, que favorecen la adaptación del Derecho contractual —p. ej. contratos conexos—, o societario —p. ej. infracapitalización material— de modo fragmentario, abriendo vías de solución de los problemas propios de las redes, pero que generan el riesgo de desnaturalizar el propio Derecho societario o contractual hasta hacerlo irreconocible, teniendo la dificultad de ser de aplicación excepcional y no general, esto es, en supuestos claramente patológicos y no como muestra de la fisiología distinta de las redes empresariales.”. En RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.113.

Expuesto lo anterior, a continuación, se procederá a revisar la literatura existente referida a la red empresarial, recurriendo para ello no solo a la jurídica sino a otras de índole económico y sociológico por ser estas las disciplinas que antes han advertido el fenómeno de la red y que han venido abordando esta realidad desde hace varios años.

2. De la realidad práctica a la teoría: la evolución de la red como constructo

Es a mediados de los años ochenta cuando comienzan aparecer los primeros trabajos de investigación de índole económica teniendo como objetivo ahondar en las ventajas que las estructuras reticulares comportan, motivados, fundamentalmente, por el interés que este tipo de organizaciones empresariales suscitaban al generar un mayor grado de flexibilidad y notables reducciones en los costes de transacción²², haciéndolas, en definitiva, más competitivas en el mercado.

Posteriormente, se abrieron paso en la literatura económica una serie de libros y artículos que exploraban nuevos límites en el campo de las estructuras en forma de red, catalogándolas incluso como “un producto de su tiempo”²³. En este sentido conviene poner de manifiesto que, pese a la

²² Vid., entre otros, MILES, R. E., SNOW, C. C., “Fit, Failure and the Hall of Fame,” *California Management Review*, Vol. 26, Nº 3, 1984; WILLIAMSON, O.E., *The economic institutions of capitalism. Firms, markets, relational contracting*, The Free Press, New York, 1985; MARITI, P., SMILEY, R. H., “Co-Operative Agreements and the Organization of Industry”, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 31, No. 4, Wiley, 1983, pp. 437-451.

²³ Afirmación referida, en concreto, a las organizaciones basadas en las cadenas de valor. Vid. JOHNSON, R., LAWRENCE, P., “Beyond Vertical Integration The Rise

importancia que este tipo de organizaciones comenzaban a tener desde el punto de vista científico, lo cierto es que la realidad de la red empresarial no resultaba ser un fenómeno innovador a nivel organizacional; la novedad se circunscribía, pues, a la importancia que este tipo de estructuras estaba alcanzando en ese concreto momento histórico²⁴.

La cultura imperante en cada contexto social, económico y temporal influye de forma determinante en la gestión empresarial. Así, la influencia del confucianismo, presente de forma clara en Asia Oriental – especialmente en China y Japón²⁵–, ha calado en el éxito de la configuración de las estructuras empresariales reticulares propias de estos territorios.

Desde el punto de vista occidental, la puesta en contacto con otras culturas empresariales como la asiática, más concretamente la japonesa o la china, facilitó la implantación de nuevos modelos de gestión basados en axiomas y planteamientos alejados de los hasta entonces conocidos, pero fuertemente arraigados en la tradición oriental.

of the Value Added Partnership”, *Harvard Business Review*, N° 88407, July–August 1988, pp. 94. En cuanto a las Joint-venture, entre otros, Vid. HENNART, J.F., “A Transaction Costs Theory of Equity Joint Ventures”, *Strategic Management Journal*, Vol. 9, No. 4, Wiley, 1988.

²⁴ GÓMEZ ASENSIO, C., *Los deberes derivados de la buena fe como límite al poder de dirección del cabeza de red*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2013, p. 64.

²⁵ Aunque expresado con diferentes matices en uno y otro territorio. DOLLINGER, M.J., “Confucian Ethics and Japanese Management Practices”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 7, No. 8, 1988, pp. 575-584. Incluso dentro de los propios países, existen notables diferencias. ZHANG, C. X., “Business Negotiation Between Westerners and Chinese State-Owned Enterprises”, *The International Lawyer*, Vol. 42, Num. 4, Winter 2008, p. 1.305.

Concretamente, en la cultura empresarial china habían gozado de especial importancia cuestiones tales como el colectivismo, el trabajo en equipo, el mantenimiento de la empresa familiar, la primacía de la armonía sobre el conflicto, el control centralizado, el liderazgo autoritario, las redes de organización estables, así como las relaciones comerciales, todas ellas muy alejadas de la tradición occidental²⁶. Elementos que, sin duda, facilitaban la aparición de un entorno favorable a la creación de estructuras organizacionales similares a las propias de la red empresarial.

Y es que en ciertos países asiáticos, ya era frecuente que los miembros de una misma red de empresas evitasen la confrontación y los conflictos entre ellos -especialmente los personales- con el objetivo de mantener relaciones de largo plazo en el seno del grupo y así garantizar la consecución del objetivo en común²⁷. En otras palabras: desde una concepción oriental, primaba la estabilidad de la organización frente a la volatilidad de las relaciones personales, algo que choca diametralmente con la cultura empresarial implantada en los países más occidentales.

La importancia de las relaciones interpersonales constituye otro de los factores a destacar entre la cultura empresarial oriental y la de

²⁶ RARICK, C.A., “The historical roots of Chinese cultural values and managerial practices”, *Journal of International Business Research*, Vol. 8, Num. 2, 2009, pp. 59–65.

²⁷ Para un estudio más profundo sobre la cuestión, puede consultarse: MARQUIS, M., MA, J., “Business culture in East Asia and implications for competition law”, *Texas international law journal*, 2016, Vol. 51, No. 1, pp. 1-43. En este artículo los autores examinan las distintas culturas comerciales en cinco concretos países de Asia Oriental -China continental, Hong Kong, Japón, Corea y Taiwán-, ello a fin de explicar cómo la influencia del confucianismo imperante en estos territorios ha calado en la configuración propia de las redes empresariales en Asia Oriental.

occidente. Mientras que en la cultura occidental predomina el individualismo, en la oriental se tiende a enfatizar la necesidad de establecer vínculos con los otros, siendo estos ya no solo inevitables sino necesarios²⁸.

Las expectativas e intereses respecto de las relaciones que comienzan a fraguarse difieren notablemente entre uno y otro paradigma. En la cultura occidental es probable que, en una primera etapa, las relaciones comprador-vendedor se interpreten como transaccionales a corto plazo en las que cada parte trata de beneficiarse a expensas de la otra para, posteriormente, una vez haya sido verificada la rentabilidad de la operación, decidir si la relación es digna del esfuerzo de desarrollar un firme y sólido compromiso entre las partes. Por el contrario, es más probable que los asiáticos prioricen factores como la cooperación y adaptación entre las partes sin dar importancia a la rentabilidad de la transaccional inicial²⁹.

No obstante, pese a las aproximaciones efectuadas en las últimas décadas entre oriente y occidente³⁰, las divergencias entre ambas culturas

²⁸ PAULUZZO, R., SHEN, B., “Chinese Cultural Roots and Their Influence on Managerial Issues”, *Impact of Culture on Management of Foreign SMEs in China*, Springer, 2018, p. 151.

²⁹ ABRAMSON, N.R., AI, N. J., “Canadian Companies Doing Business in China: Key Success Factors”, *Management International Review*, Vol. 39, Num. 1, 1999, p. 10.

³⁰ Conviene aquí poner de manifiesto la escasez de trabajos realizados por investigadores asiáticos que no hayan empleado una metodología de investigación diferente a la utilizada en los países occidentales debido a que, en la mayor parte de las ocasiones, han sido formados fuera de sus países de origen. Vid. CHAN, A.K.K. et al., “Business Ethics in Greater China: An Introduction”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 88, Supplement 1: Business Ethics in Greater China, 2009, p. 1.

dificultan enormemente alcanzar una comprensión plena del otro paradigma³¹ y, a la postre, crear un *tertium genus*, una suerte de cultura común evitando caer en contradicciones³².

En otro orden de cosas, resulta palmario que la cultura empresarial en occidente ha venido evolucionando en los últimos años y apuesta cada vez más por el fortalecimiento de la integridad y la transmisión de los valores de la organización a aquellos operadores que la conforman en aras de favorecer la consecución de los objetivos fijados a largo plazo, obtener ventajas competitivas y una mayor rentabilidad³³. Pero quizás esta evolución no responda a la influencia que los países asiáticos hayan podido tener en la cultura empresarial occidental sino más bien sea producto de la presencia de otros factores.

El cambio en la concepción de las estructuras reticulares en la cultura empresarial occidental, pues, puede explicarse a raíz de la competencia surgida a nivel internacional que, junto con la irrupción de nuevos procesos basados en tecnologías innovadoras, forzó una reestructuración generalizada en los modelos de gestión existentes hasta entonces a través

³¹ SPENCE, J., “L’immagine della Cina agli occhi degli occidentali dalla fine del secolo XVI a oggi”, *L’eredità della Cina*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1994, p. 30; RARICK, C.A., “The historical roots of Chinese cultural values and managerial practices”, *op.cit.*, p. 59.

³² Un interesante estudio sobre las dificultades inherentes a la convergencia entre ambas tradiciones, empresariales y culturales, concretamente en China, puede verse en YANG, S., STENING, B.W., “Mao Meets the Market: Reconciling Ideology and Pragmatism in China”, *Management International Review*, Vol. 53, No. 3, 2013, pp. 419-448.

³³ VĀDUVA, S. et al., *Moral Leadership in Business. Towards a Business Culture of Integrity*, Springer Briefs in Business, 2016, p.17.

de la reducción de las jerarquías y fomentando la externalización de una amplia gama de actividades³⁴.

Así, por ejemplo, se aprecia desde hace varias décadas que determinadas industrias, tales como las relacionadas con las nuevas tecnologías, el sector automovilístico o el agroalimentario, habían evolucionado e incorporado modelos organizacionales basados en la cooperación³⁵. Modelos que empezaban a no encajar en la clásica dicotomía de los mercados y las jerarquías y que, por el contrario, se aproximaban a estructuras ya implantadas en otros entornos³⁶.

La evidencia empírica demuestra que a menudo la colaboración empresarial parte de estructuras contractuales y, habiéndose generado un entorno de confianza recíproca, evolucionan hacia la integración³⁷. Y es

³⁴ MILES, R. E., SNOW, C. C., “Causes of failure in networks organizations”, *California Management Review*, vol 34, issue 4, 1992, p. 55.

³⁵ Otros sectores en los cuales están presentes estos tipos de estructuras organizacionales son las franquicias, las redes regionales, las redes de transporte y logística o las redes en los servicios financieros, entre ellos, y por lo que a efectos de este trabajo nos ocupa, las existentes entre las entidades aseguradoras y sus agentes. *Vid.* TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011, p.18. Igualmente, imbricadas en el sector financiero, concretamente en el bancario, han tenido especial relevancia desde la óptica de la defensa de la competencia las redes bancarias en aquellos aspectos relativos al uso conjunto de cajeros automáticos y terminales de tarjetas. Un estudio en profundidad sobre esta cuestión puede encontrarse en GARCÍA CACHAFEIRO, F., *Los acuerdos de precios en la banca*, Tesis doctoral, Universidad de A Coruña, 2002.

³⁶ En concreto, se aprecia la aparición de características similares en parte al keiretsu japonés, siendo este un colectivo organizacional basado en la cooperación entre un grupo de proveedores, fabricantes, así como otros tipos de compañías comerciales y financieras. *Vid.* MILES, R. E., SNOW, C. C., “Causes of failure in networks organizations”, *op.cit.*, p. 55.

³⁷ CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, p. 52.

precisamente en esa fase intermedia donde surgen formas híbridas que no responden a la lógica de los mercados ni de las jerarquías, en las que la confianza sirve como vector de transformación de los modelos organizativos existentes llegando en su caso – o no- a la total integración.

3. Una aproximación al concepto de red

Las estructuras de naturaleza reticular a las cuales se ha hecho referencia en anteriores epígrafes constituyen, indiscutiblemente, un elemento básico de la organización empresarial³⁸. Estructuras que, si bien desde hace varias décadas han captado la atención de la doctrina económica³⁹, de manera creciente van ganando interés por parte de la doctrina jurídica⁴⁰.

Al no ser subsumibles en las categorías jurídicas tradicionales⁴¹, las

³⁸ RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, *op.cit.*, p. 2.901 citando a DEAKIN, S., *The return of the guild? Network relations in historical perspective*, en AMSTUZZI, M., TEUBNER, G., *Legal Issues of Multilateral Co-operation*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 53-74.

³⁹ Sin duda, por ser uno de los pioneros, destacar aquí los trabajos realizados por WILLIAMSON, O.E. en las décadas de los años 70: WILLIAMSON, O.E., “Markets and hierarchies. Analysis and antitrust implications. A study in the Economics of internal organization”, *The Free Press*, New York, 1975; WILLIAMSON, O.E., “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2, 1979, The University of Chicago Press, pp. 233-261.

⁴⁰ Sin ser exhaustivos, por ser los más conocidos: AMSTUTZ, M., CAFAGGI, F., GRUNDMANN, S., IAMICELI, P., RUIZ PERIS, J.I. o TEUBNER, G; autores a los cuales se irá haciendo referencia a lo largo del presente trabajo de tesis, especialmente en su primera parte.

⁴¹ CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, p. 8; RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *op.cit.*, pp. 10-13; DEAKIN, S., *The return of the guild? Network relations in historical perspective*, Centre for Business Research, University of Cambridge,

redes empresariales exigen una nueva interpretación. De aquí que, más allá de su conceptualización económica, proceda, asimismo, construir una noción jurídica propia; cuestiones a las cuales se hará referencia a continuación.

3.1 Noción económica de la red

Para COASE⁴², los mercados y las empresas son formas alternativas de organizar la actividad económica, siendo clave el análisis de los costes que comportan los distintos nexos asociados a cada una de las alternativas.

Los mercados se encargan de coordinar los intercambios de forma descentralizada a través del sistema de precios –precios que vienen determinados por la oferta y la demanda-. Por su parte, la empresa coordina estos intercambios mediante las jerarquías, esto es, a través de estructuras en las que una persona o solo unas pocas toman todas las decisiones relativas a la asignación de los recursos existentes⁴³.

En la literatura económica predominante, la empresa y el mercado

Working Paper No. 322, March 2006, p. 1. En concreto, TEUBNER añade que, precisamente por la imposibilidad de subsumir la realidad de la red empresarial en el actual contexto jurídico, resulta difícil para los jueces y magistrados aplicar la norma vigente en muchos supuestos. *Vid.* TEUBNER, G., “Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization”, *Festschrift in honour of Lawrence Friedman, Robert Gordon and Mort Horwitz*, eds., Stanford University Press, 2006, p. 2.

⁴² COASE, R. H., “The problem of social cost”, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, october 1960, pp. 1-44.

⁴³ COASE, R. H., “The nature of the firm”, *Economica, New Series*, Vol. 4, No. 16, 1937, pp. 386-405.

sirven como instrumentos para dar respuesta a los problemas clásicos planteados en torno a los conflictos de intereses, incentivos y comportamientos oportunistas⁴⁴. En contraste con esta clásica dicotomía, la red empresarial traspasa los límites del concepto de empresa⁴⁵ creando un así nuevo paradigma.

Partiendo de los estudios realizados por WILLIAMSON⁴⁶ en torno al análisis de los costes de transacción, de la racionalidad limitada, así como de los comportamientos oportunistas que son susceptibles de emerger en toda relación, posteriormente diversos teóricos economistas⁴⁷ han apuntado que las redes empresariales son, a menudo, estructuras

⁴⁴ GULATI, G.M., KLEIN, W.A., ZOLT, E.M., “Connected contracts”, *op.cit.*, p. 891.

⁴⁵ Este tradicional concepto de empresa también se ha visto superado en otras disciplinas jurídicas, en el Derecho de defensa de la Competencia, donde la empresa se concibe como una realidad económica unitaria más que jurídica. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011 (ECLI:EU:C:2011:21), apartado 35, recaída en el asunto C-90/09 P, se reitera esta doctrina: “El Tribunal de Justicia ha precisado asimismo que, en este mismo contexto debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencias de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Rec. p. I-11987, apartado 40; Akzo Nobel y otros/Comisión, antes citada, apartado 55, y de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión, C-407/08 P, Rec. p. I-0000, apartado 64).”

⁴⁶ *Vid.* nota al pie número 39.

⁴⁷ MARITI, P., SMILEY, R. H., “Co-Operative Agreements and the Organization of Industry”, *op.cit.*, p.450: “Co-operative agreements appear as an intermediate form for both resource allocation and firms' activities organization. As an alternative to the firm as a managed (co-ordinated) system, they seem to require an extension of the boundary of firms and a reconsideration of the firm as an integrating device. As an alternative to the market, they seem to serve to compensate for failure or limitation of markets, though each agreement is likely to involve transaction costs of its own”. Ligeramente menos aseverativo, pero defendiendo la misma posición: *Vid.* HENNART, J.F., “A Transaction Costs Theory of Equity Joint Ventures”, *op.cit.*, pp. 361-374.

organizativas más eficientes y, por lo tanto, más competitivas.

Las redes empresariales, entendidas como “formas intermedias” o “formas híbridas”, se erigen, pues, como una alternativa a los mercados y las jerarquías, evitando tanto la total externalización en el mercado como la internalización íntegra de los costes de transacción de la empresa y reduciendo, asimismo, el riesgo de aparición de comportamientos oportunistas, así como los problemas típicos de racionalidad limitada. Sin embargo, existen argumentos adicionales que sirven para explicar y/o matizar el mismo resultado, este es, la mayor eficiencia de la red empresarial frente a jerarquías y mercados. En este sentido, diferentes autores destacan que un atributo esencial de las redes es que son estructuras organizativas que permiten una búsqueda simultánea tanto de la eficiencia interna como del control externo, apoyándose, para ello, en dos teorías que abordan estas motivaciones para la cooperación: la teoría del costo de transacción (que explicaría el comportamiento de la empresa en términos de eficiencia) y la teoría de dependencia de recursos (centrada en el entorno externo)⁴⁸.

Asimismo, las redes dan acomodo a los intereses contradictorios y complementarios perseguidos por cada miembro y facilitan las actividades conjuntas y los intercambios repetitivos que tienen una específica direccionalidad, así como flujos de información, materias primas, recursos heterogéneos, afección individual, compromiso y confianza entre los

⁴⁸ AHERN, R., “The role of strategic alliances in the international organization of industry”, *Environment and Planning A: Economy and Space*, vol. 25, 1993, pp. 1.229-1.246.

miembros de la red que la componen. Son, dicho de otro modo, “un conjunto de transacciones repetitivas basadas en formaciones relaciones y estructurales con fronteras dinámicas, comprendiendo elementos interconectados (actores, recursos y actividades)”⁴⁹.

3.2 Noción jurídica de la red

Han sido numerosos los esfuerzos realizados por la doctrina jurídica⁵⁰ a efectos de dar una definición de lo que se puede entender como red empresarial desde un punto de vista jurídico. De entre todas, por la inclusión de todas las dimensiones que componen el fenómeno de las redes empresariales, nos quedamos con la aportación de RUIZ PERIS, definiéndolas como “un conjunto de empresarios jurídica y económicamente independientes, pero vinculados jurídicamente —a través de contratos de colaboración de larga duración, de contratos plurilaterales, estructuras consorciales, grupales o societarias— y económicamente —como consecuencia de su interdependencia fruto de su colaboración empresarial—, que sostienen generalmente una estructura

⁴⁹ TODEVA, E., “Business Networks”, *International Encyclopedia of Organization Studies*, Sage Publications, 2007, p. 1. (La traducción es nuestra).

⁵⁰ Por señalar algunas de las definiciones ofrecidas por otros autores, destacar la de TEUBNER: “modes of organising economic activities that bind formally independent firms who are more or less economically dependent upon one another through stable relationships and a complex reciprocity that is more co-operative than competitive in form.” (Vid. TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, op.cit., p. 92), así como la otorgada por COLLINS: “As a first approximation to an understanding of the concept of networks, they can be described as a combination of relational contracts close to the hybrid end of the spectrum together with co-operative elements found in multilateral associations linked through bilateral contracts.” (Vid. COLLINS, H., “Introduction to Networks as Connected Contracts”, *Networks as connected contracts*, Hart Publishing, 2011, p. 10).

relacional estable y múltiple, que presenta como principales características, la interdependencia, la estabilidad o carácter duradero de la red, la autonomía empresarial y la responsabilidad ilimitada de sus miembros, en el sentido de que cada uno de sus miembros, sociedad o persona, es responsable ilimitadamente de la propia actividad económica que realiza.”⁵¹

En torno a la determinación de una definición jurídica de la red empresarial, son principalmente dos los problemas que emergen al respecto. De un lado, la ausencia de reconocimiento de las redes como un concepto jurídico autónomo y regulado⁵²; de otro, que la adopción del término “red” en diversas disciplinas de las ciencias sociales (tales como la política, la economía o la sociología) atribuyen a este vocablo múltiples significados que oscurecen, en definitiva, su comprensión y ulterior análisis⁵³.

Sea como fuere y pese a las reticencias iniciales en cuanto a la admisión de la red empresarial como realidad, no solo económica, política o sociológica, sino también como una realidad jurídica⁵⁴, en las últimas

⁵¹RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 87.

⁵² ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 20.

⁵³ COLLINS, H., “Introduction to Networks as Connected Contracts”, *op.cit.*, p. 12.

⁵⁴ No puede pasarse por alto a la hora de hablar de la noción jurídica de la red empresarial el trabajo publicado por BUXBAUM, en el cual afirma rotundamente en su Conclusión, siendo el único texto que constituye el epígrafe, lo siguiente: “*Network is not a legal concept*”. Vid. BUXBAUM, R.M., “Is network a legal concept?”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149/4, Alemania, 1993, p. 704.

décadas se han ido dando tímidos avances en su reconocimiento. Primero por parte de la doctrina jurídica; posteriormente por los distintos legisladores que, si bien no de forma expresa, han ido reconociendo la presencia de las redes empresariales en la realidad del tráfico económico introduciendo, en consecuencia, ciertos elementos a fin de regular este fenómeno⁵⁵.

Hasta el momento, la plasmación de la realidad de la red empresarial a nivel jurídico parece haber sido alcanzada con mayor intensidad por parte del legislador italiano, reconociéndola este expresamente bajo la denominación de “Contratto di rete”⁵⁶. Dicho contrato está diseñado, fundamentalmente, con una finalidad concreta: encuadrar la cooperación entre empresas que se encuentran en una misma área o zona geográfica y que, sin pretender realizar una actividad en común a través de la constitución de una sociedad, deseen crear un órgano estable de coordinación que además las represente respecto a la actividad realizada

⁵⁵ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, op.cit., p. 21.

⁵⁶ “En Italia no se ha producido una positivización del concepto de red empresarial propiamente dicho, sino que la introducción en el ordenamiento de la realidad económica que suponen las redes empresariales se ha realizado a través de la regulación jurídica de uno de los institutos que pueden ser utilizados para instrumentar una red, el contrato, lo que provoca, en el terreno del Derecho positivo, una reducción teleológica del concepto de red empresarial, al quedar limitada la misma al concepto “contrato de red”. En GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit., p. 62. Por su parte, destacar que el “Contratto di rete” no tiene una vocación exclusivamente nacional, sino que va en consonancia con las políticas industriales y agrícolas de la Unión Europea de los últimos años. Para un análisis en profundidad sobre esta cuestión imbricada en el sector vitivinícola, vid. CAFAGGI, F., IAMICELI, P., *Inter-firm Networks in the European Wine Industry*, European University Institute Working Paper, 2010.

en común⁵⁷.

Por su parte, en España, aunque de manera más tímida, se ha reconocido la realidad de la red en el ámbito de las sociedades de auditoría⁵⁸ así como en la fracasada Ley de Contratos de Distribución⁵⁹. Más recientemente, puede intuirse este fenómeno en el Reglamento General de Protección de Datos de carácter personal, así como en la Ley de Distribución de seguros y reaseguros privados.

Centrándonos en estos dos últimos ámbitos, por su novedad y estrecha vinculación con el objeto de estudio del presente trabajo, interesa destacar algunas cuestiones, sin perjuicio de que, posteriormente, se profundice sobre ellas en los capítulos correspondientes.

3.2.1 El discreto reconocimiento del fenómeno de la red empresarial en el Reglamento General de Protección de Datos de carácter personal.

El Reglamento General de Protección de Datos de carácter personal⁶⁰ surge como sucesor de la Directiva 95/46/CE, no solo

⁵⁷ RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p.93.

⁵⁸ *Vid.* GÓMEZ ASENSIO, C., “El concepto de red en la reforma de la Ley de Auditoría”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 319-341.

⁵⁹ RUIZ PERIS, J. I., “Las redes empresariales en el Proyecto de Ley de contratos de distribución español de 2011”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, 2013, pp. 75-87.

⁶⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). En vigor

reforzando sino también definiendo un estándar que implica consecuencias más allá de las fronteras de la Unión Europea, y cuyo objetivo último obedece a la imperiosa necesidad de superar la falta de homogeneidad entre las diversas regulaciones internas de los Estados miembro⁶¹. De ahí que la forma adoptada haya sido la del Reglamento abandonando el cauce de la Directiva lo cual, a todas luces, supone un salto cualitativo⁶².

Contextualizado, si bien someramente, el nuevo marco regulatorio en la protección de datos de carácter personal, lo que interesa al objeto del presente trabajo se incardina en el ámbito de aplicación subjetiva de las “Normas Corporativas Vinculantes”, instrumento legitimador de la realización de transferencias de datos internacionales en entornos empresariales.

El artículo 70.4 del derogado Reglamento que desarrollaba la Ley de Protección de Datos de carácter personal⁶³, cuyo contenido era un reflejo mejorado del precepto contenido en el artículo 26.2 de la Directiva

desde el 25 de mayo de 2016 y aplicable desde el 25 de mayo de 2018 (Art. 99.2 del RGPD).

⁶¹MAS BADÍA, M.D., “El contrato de seguro y la protección de datos de carácter personal: análisis prospectivo ante la próxima aplicación del Reglamento (UE) 2016/679”, *Un derecho del seguro más social y transparente*, Aranzadi, 2017, p. 213.

⁶²No obstante, sin perjuicio de las mejoras introducidas por el referido Reglamento, hay voces que ponen de manifiesto que la verdadera naturaleza del RGPD, en relación a su contenido, se aproxima más a una Directiva que a un Reglamento, ello por el elevado número de disposiciones en las que se hace referencia al derecho propio de cada uno de los Estados miembro. En ALBRECHT. J. P., “How the GDPR will change the world?”, *The European Data Protection Law Review (EDPL)*, vol. 3, 2016, p. 287.

⁶³Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

46/95/CE, de 29 de octubre⁶⁴, permitía realizar transferencias internacionales de datos en el seno de grupos multinacionales de empresas si se cumplía con tres requisitos: (i) que en los protocolos adoptados constasen las necesarias garantías de respeto a la protección de la vida privada y el derecho fundamental a la protección de datos de los afectados; (ii) que se garantizase el cumplimiento de los principios y el ejercicio de los derechos reconocidos tanto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre como en el reglamento que la desarrollaba y (iii) que esas normas o reglas resultasen vinculantes para las empresas del grupo y fueran exigibles conforme al ordenamiento jurídico español. Estos protocolos son lo que se denomina “Normas Corporativas Vinculantes” – en inglés “Binding Corporate Rules”⁶⁵-.

Ha sido necesario, pues, la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos de carácter personal a fin de reconocer expresamente a nivel europeo una práctica que viene siendo más que habitual desde la última década en el seno de las grandes multinacionales y grupos de empresas. Pero no solo en estos entornos, pues el nuevo Reglamento viene a extender su ámbito de aplicación subjetivo más allá del concepto más

⁶⁴ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁶⁵ Aunque en la práctica estas normas ya estaban operativas gracias al Grupo de Trabajo del Artículo del 29 (Grupo creado por la Directiva 95/46/CE, que es un órgano consultivo independiente integrado por las Autoridades de Protección de Datos de todos los Estados miembros, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea), el Reglamento General de Protección de Datos de carácter personal, por primera vez las reconoce, posibilitando su uso en aquellos Estados miembros que hasta la fecha no las consideraban válidas al derivar la vinculación no sólo de la vía contractual sino también de declaraciones unilaterales.

tradicional de la empresa o del grupo de empresas incluyendo lo que parece ser el fenómeno de la red empresarial, aunque no exactamente expresado en estos términos, sino a través de la referencia a esta realidad económica y empresarial.

El art. 4.20 del Reglamento General de Protección de Datos de carácter personal define que habrá de entenderse como “Normas Corporativas Vinculantes”⁶⁶ aquellas “políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encargado en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta”.

Como puede apreciarse, el ámbito subjetivo incluye ahora no solo a grupos empresariales en sentido estricto, sino que extiende su aplicación a *uniones de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta*, expresión ambigua que puede dar lugar a numerosos problemas en cuanto a lo que la seguridad jurídica se refiere debido a la falta de precisión pero que, a su vez, parece introducir el fenómeno de la red en el nuevo marco

⁶⁶ Cuando no existe un nivel adecuado de protección respecto del país u organización a los cuales se pretende realizar una transferencia de datos internacional porque dicho nivel no ha sido declarado como tal por la Comisión Europea, es posible transferir los datos si el país u organización de destino ofrecen garantías adecuadas, a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas. Una modalidad de estas garantías adecuadas, imbricadas en exclusivamente en entornos empresariales, son estas Normas Corporativas Vinculantes. *Vid. RALUCA STROIE, I., Análisis del Reglamento Europeo 2016/679, de Protección de Datos*, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla La Mancha, Sección de Publicaciones jurídicas, julio 2018, p. 17.

normativo.

Luego ¿qué significado cabe dar a la expresión *uniones de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta*? Al respecto, ni el propio Reglamento General de Protección de Datos de carácter personal⁶⁷ ni las numerosas guías, orientaciones y directrices que han sido publicadas aclaran el alcance de la referida expresión. La máxima puntualización que se ha hecho hasta la fecha es que estas Normas pueden ser invocadas por uniones de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, “sin que estas tengan que pertenecer necesariamente al mismo grupo empresarial”⁶⁸, ello sin añadir sentido adicional a lo ya previsto en el Reglamento ni en los materiales del Grupo de Trabajo del Artículo 29⁶⁹.

Por su parte, destacar que las diferentes traducciones del nuevo Reglamento a otras lenguas oficiales de la Unión Europea - al menos al inglés, francés, italiano y alemán- tampoco arrojan luz a esta cuestión, sin

⁶⁷ Véanse a estos efectos el contenido del artículo 46, apartado 2, letra b), el artículo 47 y el considerando 110 del referido Reglamento.

⁶⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado”, de fecha 15 de febrero de 2017, *COM (2017) 7 final/2*, p.5.

⁶⁹ En este sentido, el Grupo de Trabajo del Artículo del 29 ya venía a matizar en el año 2003, aunque sin mucho éxito por la ambigüedad de la aclaración, qué habría de entenderse por “grupo corporativo”: “The notion of “corporate group” may vary from one country to another and may correspond to very different business realities: from closely-knit, highly hierarchically structured multinational companies to groups of loose conglomerates; from groups of companies sharing very similar economical activities and therefore processing operations to broad partnerships of companies with very different economical activities and different processing operations.” *Vid. Working Party Article 29, Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for International Data Transfers*, European Commission, 2003, (11639/02/EN WP 74), p. 9.

que sea posible matizar u obtener información complementaria. A estos efectos, llamar la atención sobre la traducción realizada al castellano pues difiere notablemente de sus homólogas al emplear el término “unión de empresas” mientras que en inglés, francés italiano y alemán, se expresa bajo la denominación “grupo de empresas”⁷⁰.

Más allá de esta precisión meramente terminológica –aunque no baladí–, lo cierto es que de todas ellas se colige la presencia de una nueva realidad tenida en cuenta por el regulador europeo al contemplar la aplicación de las Normas Corporativas Vinculantes no solo a los grupos empresariales, sino también a aquellas “uniones de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta”. No obstante, parece que la extensión de su aplicación subjetiva para algunos autores no sea una novedad cuanto menos destacable⁷¹, afirmando otros que “están destinadas únicamente a los grupos empresariales”⁷².

Habrá que estar, pues, a los últimos desarrollos que puedan detallar tanto la Comisión Europea, como las distintas autoridades de protección de datos europeas, a los efectos de dilucidar qué interpretación es necesario dar a la expresión *uniones de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta* y concluir si, a la postre, este precepto se corresponde

⁷⁰ “Group of enterprises engaged in a joint economic activity”, “Groupe d'entreprises engagées dans une activité économique conjointe”, “Gruppo di imprese che svolgono un'attività economica comune”, “Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, gelten und von diesen Mitgliedern durchgesetzt werden”, en inglés, francés, italiano y alemán, respectivamente.

⁷¹ Vid. ÁLVAREZ HERNANDO, J., *Practicum protección de datos 2018*, Aranzadi, 2017, pp. 587 y ss.

⁷² Vid. ORTEGA GIMÉNEZ, A., *El nuevo régimen jurídico de la Unión Europea para las empresas en materia de protección de datos*, Aranzadi, 2017, p. 41.

con el reconocimiento jurídico expreso de la red empresarial o se matiza en otro sentido.⁷³

3.2.2 La expresa configuración de los agentes exclusivos como “red” en la Ley de Distribución de seguros y reaseguros privados.

De conformidad con el art. 22 de la Ley de Distribución de seguros, las entidades aseguradoras podrán celebrar contratos consistentes en la prestación de servicios para la distribución de sus pólizas de seguro valiéndose de las redes agenciales exclusivas de otras compañías; posibilidad recogida por vez primera en la Ley 9/1992 (art. 3.5), siendo esta una expresión más de la liberalización de las redes agenciales propias del sector asegurador⁷⁴.

En concreto, la Ley se refiere a las “redes de agentes de seguros exclusivos” o simplemente “redes”, términos que invitan a reflexionar sobre si detrás de esa figura puede esconderse el fenómeno de la red empresarial.

Vaya por delante que el empleo del vocablo “red” no conduce a la identificación unívoca de lo que la Ley de Distribución de seguros denomina “redes de agentes de seguros exclusivos” con las redes

⁷³ En este sentido, destacar que, con fecha 11 de abril de 2018, el Article 29 Working Party aprobó el “Working Document Setting Forth a Co-Operation Procedure for the approval of Binding Corporate Rules for controllers and processors under the GDPR” (17/EN WP263 rev.01), sin ofrecer ninguna aclaración al respecto.

⁷⁴ ELGUERO MERINO, J.M., *El contrato de agencia de seguros*, Fundación Mapfre, 2000, p.7; DIAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito: los operadores de banca-seguros*, Aranzadi, 2015, p. 333.

empresariales. Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, el término “red” evoca, inexorablemente, a una realidad común: la organización de un conjunto de elementos orientados a la consecución de un determinado fin⁷⁵; cuestión clave que, como se verá más adelante, se configura como una característica fundamental de toda red empresarial.

La naturaleza jurídica de este tipo de distribución de seguros es objeto de controversia pues no encaja enteramente ni en el concepto de arrendamiento de servicios ni en el contrato de colaboración, *stricto sensu*; en todo caso podría forzarse su clasificación como un contrato de colaboración atípico⁷⁶. Y del difícil acomodo de la cesión de redes de agentes en cualquiera de las categorías jurídicas tradicionales podría deducirse que, quizá el fenómeno de la red empresarial, pudiera servir a fin de dar carta de naturaleza a este tipo de prácticas propias del sector asegurador.

Así las cosas y por lo que ahora conviene aducir, recalcar a modo de conclusión dos ideas que se retomarán en el capítulo oportuno: la expresa mención de la Ley de Distribución de seguros a la “red agencial” y la dificultad existente para calificar este tipo de distribución por la doctrina pues no encaja ni en el paradigma de los mercados ni en el propio de las jerarquías, siendo ambos indicios para reflexionar sobre si detrás de esta figura se esconde el fenómeno de la red empresarial.

⁷⁵ De conformidad con la séptima acepción de red en el diccionario de la Real Academia Española.

⁷⁶ DIAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito: los operadores de banca-seguros*, Aranzadi, 2015, pp. 333-338. Se volverá sobre esta cuestión con mayor profundidad en el capítulo oportuno.

4. El papel de las redes empresariales en el contexto actual

Los efectos característicos que produce la aparición del fenómeno de la red empresarial (mayor intercambio de información y experiencias que favorezcan la toma de decisiones informadas y operativas con mayor rapidez, la puesta en común de recursos y actividades de apoyo para mejorar el rendimiento, la creación de nuevas oportunidades de negocio o el acceso a nuevos mercados) responden a las necesidades que van surgiendo en un entorno cada vez más competitivo.

El valor añadido de la red empresarial⁷⁷ comporta ventajas para los miembros que la forman generando, colateralmente, beneficios para las economías regionales, nacionales y supranacionales⁷⁸. En consecuencia, parece justificado que las instituciones europeas intervengan y fomenten la expansión de las redes empresariales, favoreciendo, a su vez, la integración del mercado único europeo⁷⁹.

⁷⁷ SCHWARTZ, A., SCOTT, R.E., “Third-Party Beneficiaries and Contractual Networks”, *Journal of Legal Analysis*, Volume 7, Issue 2, 1 December 2015, p. 335: “The network form implicates the issue of third-party rights when network members contract only with their neighbors but these contracts affect other members or potential members”.

⁷⁸ Un análisis sobre cómo la red empresarial es capaz de generar valor añadido puede encontrarse en MAGGIORE, G., “Il valore aggiunto del contratto di rete: quali opportunità per il rilancio delle PMI”, *Profili giuridici ed economico della contrattazione di rete*, Il Mulino, 2017, pp. 214-221. En dicho estudio, el autor explica los motivos por los cuales AU.TE.BO., red empresarial formada por trece empresas independientes del norte de Italia y dedicada al sector industrial, fue la primera en conseguir un certificado de calidad ISO 9001 en todo el país.

⁷⁹ SPANIKOVA, V., BIRKMAN, L., BESSELING, C., *Business Networks. Final Report*, ECORYS Nederland BV, Rotterdam, 2014, p. 8. Estudio efectuado por la consultora ECORYS a petición de la Dirección General de Mercado Interior,

En este contexto, cabría afirmar que la creación de redes empresariales sería especialmente beneficiosa en el caso de las pequeñas y medianas empresas debido a las ventajas que este tipo de organizaciones comportan⁸⁰, máxime teniendo en cuenta que, siendo los principales motores de las economías europeas⁸¹, han venido sufriendo especialmente las nefastas consecuencias de la crisis económica⁸².

Por su parte, tampoco puede dejarse de lado el papel que las redes empresariales vienen a ejercer en el nuevo contexto de la Economía Digital. En concreto, nos referimos a las redes digitales, características de

Industria, Emprendimiento y Pymes de la Comisión Europea, teniendo por objeto investigar y resaltar las nuevas formas de colaboración entre empresas y proponer posibles medidas de apoyo para apoyarlas y coordinarlas a nivel europeo en el caso de que fuera apropiado. Para ello, se llevaron a cabo estudios de caso en la Región del Mar Báltico (ScanBalt), Francia (COSMED), Alemania (NIRO), Hungría (HCCI), Italia (RetImpresa), Polonia (Dolina Lotnicza), España (AMEC) y Reino Unido (Cambridge Network).

⁸⁰ Ventajas en el sentido de que la configuración de las pequeñas y medianas empresas en forma de red empresarial puede ayudar a superar algunas limitaciones inherentes a sus reducidos tamaños, a saber, el acceso limitado a financiación, contratar personal cualificado y especializado, beneficiarse de las economías de escala, obtener información de mercado, poca capacidad de negociación frente a proveedores y clientes, etc.

⁸¹ GRUSIC, U., “Contractual networks in European private international Law”, *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 65 , Issue 3, 2016, p. 588.

⁸² Con el inicio de la crisis, se registró en toda Europa un fuerte deterioro de la actividad económica, traduciéndose en una significativa reducción de los niveles de rentabilidad empresarial. No obstante lo anterior, los efectos provocados por la crisis se han manifestado con diferentes intensidades. En este sentido, destacar que las PYMES españolas han presentado una evolución notablemente más negativa que el resto de sus homólogas europeas mientras que, por su parte, las empresas españolas de mayor dimensión han experimentado estos perjuicios de una forma mucho más moderada. *Vid.* MENÉNDEZ, Á., GORRIS, A., DEJUÁN, D., “La evolución económica y financiera de las empresas no financieras españolas durante la crisis económica y primeros años de la recuperación. Un análisis comparado con la UEM”, *Boletín Económico del Banco de España*, nº 2/2017, Banco de España, 2017, p.2.

la era de la información y del conocimiento, las cuales facilitan la expansión de las organizaciones empresariales, permitiendo, a su vez, gestionar redes más complejas que van más allá de las limitaciones propias de las organizaciones de red tradicionales y adaptarse mejor y más rápidamente a los nuevos entornos cada vez más competitivos⁸³. E incardinado en el sector asegurador, el ejemplo más claro de este nuevo paradigma se materializa a través del fenómeno *InsurTech*⁸⁴.

⁸³ CASTELLS, M., *The rise of the network society*, Wiley-Blackwell, United Kingdom, 2010, p. XVIII.

⁸⁴ El fenómeno *InsurTech* se identifica con todas aquellas soluciones tecnológicas aplicadas específicamente a las necesidades del sector asegurador que ofrecen ventajas significativas tanto a los clientes como a las aseguradoras. Son varias las modalidades a través de las cuales se expresa este nuevo fenómeno: las cadenas de bloques (*Blockchain*), el internet de las cosas (*Internet of Things*) o *Big data* son algunas de ellas. Pero también se incluyen en este fenómeno aquellas tecnologías que van encaminadas no solo a la gestión del negocio, en sentido estricto, sino a su propia conceptualización. Este sería el caso, por ejemplo, de redes de ciertas aseguramiento *peer-to-peer* que están implantándose en el mercado o la aplicación de *crowdfunding* con fines de aseguramiento. El interés que *InsurTech* suscita no ha pasado desapercibido, llegando a dedicarse un volumen específico sobre tal materia en la Revista Española de Seguros (RES): *INSURTECH. Retos y desafíos de cara a la nueva distribución y contratación de seguros*, N.º. 169, 2017, pp. 3-94. Otros trabajos especializados sobre *InsurTech* en castellano pueden consultarse en: RUBIO, M., “Fintech & Insurtech: supervisión en la era Blockchain”, *Sociedad Digital y Derecho*, Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 683-698; JIMENO MUÑOZ, J., *Derecho de daños tecnológicos, ciberseguridad e insurtech*, Dykinson, 2019; ALARCÓN FIDALGO, J., “La aportación de Big data y de Blockchain a la cadena de valor del seguro”, *Revista Española de Seguros*, N.º 173, 2018, pp. 63-89; ZORNOZA SOMOLINOS, A., “Peer to peer insurance: primera aproximación a los seguros entre pares”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, N.º. 9, 2016, pp. 107-113; GÓMEZ SANTOS, M., “Intercambios de información en la industria aseguradora ante el fenómeno Blockchain”, *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial II*, Comares, Granada, 2019, pp. 33-50. En el ámbito internacional: KUMAR N., A., YELLAMPALLI, S., “Disruptive Innovation for Auto Insurance Entrepreneurs: New Paradigm Using Telematics and Machine Learning”, *Competitiveness in Emerging Markets. Contributions to Management Science*, Springer, 2018, pp. 555-568; SIEGELMAN, P., “Information & Equilibrium in Insurance Markets with Big Data”, *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 21.1, 2014, pp. 317-338; CAPPIELLO, A., “Digital Disruption and InsurTech Start-ups: Risks and Challenges”, *Technology and the Insurance Industry*, Palgrave, 2018;

Visto cuanto antecede, merece la pena profundizar en la relación que subyace entre las redes empresariales y los roles que estas han venido y vienen a desempeñar tanto en la Economía Digital como en la crisis económica o en el desarrollo de la innovación como factor competitivo. A ello nos dedicaremos más detalladamente en las líneas subsiguientes.

4.1 Redes empresariales y Economía digital.

Definir exactamente qué ha de entenderse por Economía digital es una cuestión compleja en la medida que las tecnologías digitales evolucionan a pasos vertiginosos y abarcan múltiples aspectos tanto de la sociedad como de la economía⁸⁵.

A diferencia de los mercados tradicionales, basados en relaciones bilaterales, los nuevos mercados emergen en un nuevo ecosistema digital caracterizado por la "presencia de dos partes cuyo beneficio final se deriva de la interacción de una tercera a través de una plataforma común"⁸⁶, dando lugar así a relaciones necesariamente multilaterales. En consecuencia, el contexto de la Economía digital sirve de caldo de cultivo para la aparición

COREA F., "How AI Is Changing the Insurance Landscape", *Applied Artificial Intelligence: Where AI Can Be Used In Business*, Springer, 2018.

⁸⁵ Partiendo de las concepciones ya asentadas sobre las "economías de la información" y las "economías de red", cabría afirmarse que el concepto de Economía digital se basa en tres elementos: las tecnologías digitales, las redes de información y las actividades llevadas a cabo por las personas a través de tales redes. *Vid.* OECD, *Harnessing the digital economy for developing countries*, Perspectives on Global Development, (DEV/DOC/WKP 2016), p. 11.

⁸⁶ ROCHET, J.C., TIROLE, J., "Platform competition in two-sided markets", *Journal of European Economic Association*, Vol. 1, Issue 4, 2003, p. 990.

en su seno del fenómeno de la red empresarial.

Resulta innegable que, durante estos últimos años, la irrupción de las nuevas tecnologías digitales ha venido cambiando drásticamente la estructura de muchos sectores industriales⁸⁷ (entre otros y como se verá más adelante, el sector asegurador, propiciando la aparición de nuevos modelos de negocio). En esta tesitura y dado el escenario favorable creado por la Economía digital, puede apreciarse la creación de nuevas formas de organización empresarial en las que están presentes características propias de las redes empresariales; estructuras que, bajo diferentes fisonomías jurídicas y con diverso alcance económico, se configuran como organizaciones empresariales de base reticular⁸⁸.

La Economía digital, además de reducir los costes de transacción, abordar las asimetrías de información asociadas con ciertas actividades⁸⁹ y favorecer los intercambios de información⁹⁰, potencia la creación de un valor añadido en el seno de las redes empresariales. Un ejemplo claro puede observarse en las plataformas de intercambio de bienes y servicios, las cuales, como consecuencia de los “efectos de red”⁹¹, se vuelven más

⁸⁷JULLIEN, B., “Two-sided markets and electronic technologies”, *Industrial organization and the digital economy*, MIT Press, 2014, p. 299.

⁸⁸ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Aspectos jurídicos de las redes empresariales en internet”, *op.cit.*, p. 394.

⁸⁹ OECD, *Harnessing the digital economy for developing countries*, Perspectives on Global Development, (DEV/DOC/WKP 2016), p. 5.

⁹⁰ JULLIEN, B., “Two-sided markets and electronic technologies”, *op.cit.*, p. 273.

⁹¹ La expresión “efectos de red” viene referida “al fenómeno según el cual cuanto mayor es el número de usuarios de una plataforma informática determinada, mayores son las inversiones en el desarrollo de productos compatibles con esta plataforma, lo que, a su vez, refuerza la popularidad de dicha plataforma entre los usuarios”. Asunto

valiosas a medida que aumenta el número de usuarios que participan en ellas.

El proceso actual de transformación tecnológica se expande exponencialmente debido a su capacidad para crear conexiones⁹² y generar nuevos conocimientos fruto de estas sinergias. Por su parte, la gestión del conocimiento es fundamental para alcanzar el éxito de una organización tanto en el entorno real como digital. Igualmente, las innovaciones económicas son, a menudo, fruto del intercambio de conocimiento. Habida cuenta de lo antedicho, parece razonable afirmar que el nuevo entorno creado por la Economía digital brinda la oportunidad a todos los actores que intervienen de realizar operaciones más eficientes e intercambios de conocimientos más efectivos⁹³.

Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que no todos los efectos son positivos pues la Economía digital puede facilitar, sin ser exhaustivos, la aparición de comportamientos anticompetitivos⁹⁴ y conductas que puedan comportar intromisiones indebidas o un mal uso de los datos personales⁹⁵ cedidos por los distintos usuarios.

T 201/04, *Microsoft Corp. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, (ECLI:EU:T:2007:289), § 1.061.

⁹² CASTELLS, M., *The rise of the network society*, op.cit., p. 29.

⁹³ GEORGIEVA, L., ZIA, I., “Formalisation and Verification of Knowledge Management in Digital Economy and Organisations”, *Agent and Multi-Agent Systems in Distributed Systems - Digital Economy and E-Commerce*, Springer, 2013, p.54.

⁹⁴ En el ámbito de la contratación online de servicios de alojamiento turístico, el caso ETURAS (ECLI:EU:C:2016:42) se erige como un claro ejemplo de los efectos horizontales que puede tener una conducta vertical en el entorno de la Economía Digital.

⁹⁵ A fin de no coartar la innovación y las ventajas que comporta la Economía digital, en estos casos lo relevante es tratar de encontrar fórmulas que protejan a los

Debido a sus especiales características, la comercialización de seguros encaja perfectamente en este nuevo escenario virtual, pudiendo catalogarse incluso como “productos digitales”⁹⁶. De esta forma, imbricado en el contexto de la Economía digital, surge el fenómeno InsurTech como parte especial dedicada al sector asegurador dentro del FinTech dinamizando el mercado y creando nuevos modelos de negocio.

Esta nueva realidad ya ha sido objeto de análisis por la Comisión Europea consciente de los retos y desafíos que dicho fenómeno comporta⁹⁷. En este sentido, destacar que, en el corto plazo, ya ha manifestado su intención de no llevar a cabo actuaciones o reformas amplias de tipo legislativo o normativo a nivel comunitario pues entiende que, actualmente, no hay argumentos suficientes que soporten tal iniciativa. Pese a ello, la Comisión Europea también afirma la existencia de motivos que justificarían la adopción por parte de la Unión Europea de una serie de iniciativas específicas para integrar plenamente la digitalización del sector financiero⁹⁸.

ciudadanos frente a las intromisiones indebidas o el mal uso de sus datos personales. Vid. RECIO GAYO, M., *Protección de datos personales e innovación: ¿(in)compatibles?*, Editorial Reus, 2016, p.154.

⁹⁶ DINLERSOZ, E. M., PEREIRA, P., “Diffusion of electronic commerce”, *Industrial organization and the digital economy*, MIT Press, 2014, p. 252.

⁹⁷ A mediados de 2018, la Comisión Europea ha creado un observatorio y foro de la cadena de bloques de la UE teniendo, fundamentalmente, tres objetivos: (i) identificar las principales novedades de la tecnología de cadena de bloques, (ii) promover los agentes europeos y (iii) reforzar el compromiso europeo con los actores interesados. Vid. Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 1 de febrero de 2018 (IP/18/521).

⁹⁸ Vid. “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee

4.2 El papel de las redes empresariales en la crisis económica y financiera.

Es algo indubitado que la crisis económica y financiera ha desencadenado una serie de transformaciones en el mercado en general y, más concretamente, en el sector de los servicios financieros.

Precisamente, debido a que gran parte de las actividades desarrolladas por los servicios financieros son capaces de generar riesgo sistémico, la más reciente e intensa actividad legislativa de la Unión Europea en dicho sector⁹⁹ -que algunos autores califican como de tsunami

and the Committee of the Regions. FinTech action plan: for a more competitive and innovative European financial sector”. *COM (2018) 109 final*, p. 5.

⁹⁹ Por mencionar algunos de los principales instrumentos de cambio: la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE; el Reglamento 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguro (junto con su Reglamento Delegado 2017/653 de la Comisión de 8 de marzo de 2017 por el que se completa el Reglamento (UE) 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, mediante el establecimiento de normas técnicas de regulación respecto a la presentación, el contenido, el examen y la revisión de los documentos de datos fundamentales y las condiciones para cumplir el requisito de suministro de dichos documentos y la Comunicación de la Comisión (2017/C 218/02) relativa a las orientaciones sobre la aplicación del Reglamento 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros PRIIP); el Reglamento 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento 648/2012 (junto con sus reglamentos de desarrollo: Reglamento Delegado (UE) 2016/2021 de la Comisión, de 2 de junio de 2016, relativo a los mercados de instrumentos financieros, en lo que

regulatorio¹⁰⁰ - ha ido orientada al diseño y creación de un nuevo marco normativo que tenga como principales objetivos (i) tanto el refuerzo de los criterios de solvencia de estas entidades como (ii) la implantación de nuevas estructuras organizativas.

El mayor exponente de esta clara tendencia, en concreto referida al sector asegurador y reasegurador en el mercado europeo, se materializa en el marco creado por la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, más conocida como “Solvencia II”.

Igualmente, la crisis ha propulsado un cambio significativo en la concepción de los modelos de gestión, en especial de la gestión de los riesgos, haciendo hincapié no tanto en la implementación de herramientas más eficaces que sirvan para dar respuesta a los ciclos desfavorables de la coyuntura económica sino en el desarrollo de nuevos mecanismos que ayuden a prevenirlos¹⁰¹.

respecta a las normas técnicas de regulación sobre el acceso a índices de referencia; Reglamento Delegado (UE) 2016/2020 de la Comisión, de 26 de mayo de 2016, relativo a los mercados financieros en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los criterios dirigidos a determinar si los derivados sujetos a la obligación de compensación deben estar sujetos a la obligación de negociación así como el Reglamento Delegado (UE) 2016/2022 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la información para el registro de empresas de terceros países y sobre el formato de la información que deberá facilitarse a los clientes). Igualmente, el Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016, en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión.

¹⁰⁰ MÜLBERT, P., SAJNOVITS, A., “The element of trust in financial markets law”, *German Law Journal*, vol. 18, 2017, p. 20.

¹⁰¹ En este sentido, la OCDE ya ha señalado algunos de estos cambios observados en

Más allá de los mercados financieros, la crisis económica y financiera ha propiciado la aparición de nuevos modelos de mercado caracterizados, fundamentalmente, por ir orientados a trabajos por proyectos (con el objetivo puesto en resultados), desarrollarse en marcos altamente flexibles, así como por la implementación de herramientas tecnológicas en sus procesos¹⁰². No obstante, resulta de especial interés al objeto del presente trabajo llamar la atención sobre una cuestión: prácticamente la totalidad de estos nuevos modelos de negocio se basan en estructuras de base reticular, concretamente en “redes de pares” o “P2P”.

Aunque no necesariamente, esta configuración en forma de red es un punto de partida clave a fin de analizar si, en definitiva, tras estos nuevos modelos de negocio se esconde el fenómeno de la red empresarial. Ahora bien, para lograr este objetivo, se antoja necesario analizar con

los últimos años. En relación con estos mecanismos, señala que se ha pasado de un análisis de riesgos basado en *tracking risks*, el uso sistemas de detección preventiva de riesgoso la ejecución de respuestas desde un enfoque sectorial a un diseño de herramientas orientadas al análisis prospectivo con la finalidad de detectar amenazas emergentes, la implementación de mecanismos que faciliten una respuesta basada en la cooperación y con enfoque internacional y medidas que favorezcan la restauración de la confianza perdida. *Vid.* OECD, “The Changing Face of Strategic Crisis Management”, *OECD Reviews of Risk Management Policies*, OECD Publishing, Paris, December, 2015, p. 35.

¹⁰² En este sentido, pueden señalarse varios ejemplos por todos conocidos que cristalizan este cambio: negocios basados en el “sharing” y orientados a diversos sectores: transporte de personas y mercancías (BlaBlaCar, Socialcar, Amovens, Car2Go, Cabify, Uber, etc.), hospedaje, (Airbnb, Trampolinn, Homeaway, Intercambiocasas, etc.) o venta de segunda mano (Wallapop, Vibbo, Chicfy, Manzanasusadas, Creciclando, etc.); cambios en los modelos de distribución de grandes superficies (Amazon) que apuestan por la entrega inmediata; el “delivery mobile” para ocio y restauración (JustEat, La Nevera Roja, etc.) o el surgimiento de espacios de coworking, etc.

detalle cada una de estas interconexiones a fin de dilucidar si, a la postre, estas relaciones cumplen con los requisitos exigidos para considerar que el sustrato entre diversos operadores interconectados responde al fenómeno de la red empresarial¹⁰³.

4.3 La red empresarial como vector de la innovación

Conectado con el papel que han jugado las redes como instrumento de superación de la crisis, es preciso poner de manifiesto que, asimismo, han contribuido a la mejora económica pues son catalizadoras de los procesos de innovación¹⁰⁴. Y ya no solo como vectores de la superación de escenarios económicos adversos; en un mundo globalizado que genera entornos cada vez más dinámicos, intrincados¹⁰⁵ y competitivos, la innovación se erige como un factor clave en la supervivencia de cualquier operador que desee permanecer.

La inversión en activos intangibles se revela como un instrumento incluso más importante para el crecimiento económico que la inversión en

¹⁰³ Básicamente verificar si reúnen los principales caracteres que toda red empresarial debe tener, con una mayor o menor intensidad: multiplicidad, interdependencia, autonomía, confianza, estabilidad, larga duración y tensiones entre la competencia y la cooperación de sus miembros.

¹⁰⁴ Entendiendo por “innovación” la búsqueda, el descubrimiento, el desarrollo, la mejora y la adopción y comercialización de nuevos procesos, nuevos productos, nuevas estructuras y procedimientos organizativos. *Vid.* JORDE, T.M., TEECE, D.J., “Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 4, nº 3, 1990, pp. 75-96.

¹⁰⁵ SMITH, W.K. y LEWIS M.W., “Toward a theory of paradox: a dynamic equilibrium model of organizing”, *Academy of Management Review*, vol. 36, nº. 2, 2011, p. 398.

activos tangibles, tales como infraestructura y equipamiento¹⁰⁶. E imbricados en estos activos intangibles, también han de englobarse aquellas mejoras y nuevas estructuras orientadas a la organización empresarial que aporten un valor añadido al conjunto¹⁰⁷, sirviendo, a la postre, como estrategias competitivas¹⁰⁸.

En contraste con la teoría de los costes de transacción (basada en los comportamientos oportunistas y las condiciones resultantes a consecuencia de los fallos del mercado), las redes empresariales son capaces de crear y compartir conocimiento e información entre sus miembros otorgando al conjunto una ventaja competitiva sobre otras formas de organización más clásicas¹⁰⁹. La innovación, asimismo, requiere una estructura base que proporcione mecanismos que permitan realizar correcciones y rediseñar los procesos de forma que puedan adaptarse rápidamente a las nuevas circunstancias. Y para ello, cuanto más estrechos sean los vínculos entre los distintos operadores y la retroalimentación entre ellos, más fácil será la

¹⁰⁶ OECD, “The road to recovery. Update on the ECD’s strategic response to the financial and economic crisis”, *OECD Publishing*, Paris, March, 2009, p. 13.

¹⁰⁷LA ROCCA, A., SNEHOTA, I., HARRISON, D., “Starting Up: Relating to a Context in Motion”, *Starting up in Business Networks. Why Relationships Matter in Entrepreneurship*, Palgrave Macmillan, 2017, p. 84: “Establishing the initial relationships for the would-be new business venture has elements of innovation, as it means to put into being solutions that are novel, and in some sense ‘better’, for those involved. New business venturing is entwined with innovation as the new entity means new business relationships and that involves new solutions”.

¹⁰⁸ MELE, S., “Il contratto di rete: profili giuridici connessi alla costituzione di un autonomo centro di imputazione d’interessi in assenza di soggettività”, *Profili giuridici ed economico della contrattazione di rette*, Il Mulino, 2017, p. 32.

¹⁰⁹ NAHAPIET, J., GHOSHAL, S., “Social Capital, Intellectual Capital, and the Organizational Advantage” *The Academy of Management Review*, Vol. 23, No. 2, 1998, p. 242.

implantación de mecanismos que funcionen rápida y eficientemente¹¹⁰.

En este sentido, las redes empresariales, entendidas como formas híbridas de organización empresarial que van más allá de la dicotomía entre las jerarquías y el mercado, se erigen como un vector principal de la innovación pues han demostrado ser estructuras eficaces de cara a crear productos y servicios innovadores, acceder a nuevos mercados así como retener y expandir carteras de clientes¹¹¹.

Son numerosos los estudios en los que se afirma que las empresas que operan en entornos de red cuyo fin común es la innovación son, efectivamente, más innovadoras que las que permanecen aisladas de este tipo de estructuras reticulares¹¹². En cualquier caso y más allá de que su interés común sea la innovación *stricto sensu*, la red empresarial posibilita a los diferentes operadores el acceso a recursos valiosos tales como información, patentes o experiencias que conducen a la innovación de forma tal que, de no existir esa estructura reticular, habría sido imposible

¹¹⁰ JORDE, T.M., TEECE, D.J., “Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust”, *op.cit.*, p. 89.

¹¹¹ GRUSIC, U., “Contractual networks in european private international Law”, *op.cit.*, p. 582.

¹¹² RIVERO NIETO, P., *Redes empresariales y estrategia empresarial de la PYME. Análisis de la oferta y demanda de servicios de las Agrupaciones Empresariales Innovadoras (AEI) en España*, Tesis doctoral, Universidad de Extremadura, 2013, p. 77. El autor, en este sentido, apunta algunos de estos trabajos que reflejan dicha afirmación: AHUJA, G., “Collaboration Networks, Structural Holes, and Innovation: A Longitudinal Study”, *Administrative Science Quarterly*, Vol. 45, No. 3, 2000, pp. 425-455; BAPTISTA, R., SWANN, G., “Do firms in clusters innovate more?”, *Research Policy*, Vol. 27, Issue 5, 1998, pp. 525-540; BRASS, D.J., GALASKIEWICZ, J., GREVE, H.R., TSAI, W., “Taking stock of networks and organizations: a multilevel perspective”, *Academy of Management Journal*, Vol. 47, No. 6, 2004, pp. 795-817.

llegar a lo que podría denominarse como “inteligencia colectiva”¹¹³.

Un ejemplo altamente ilustrativo a efectos de mostrar la relación entre las redes empresariales y la mejora de la innovación es el fenómeno InsurTech, incardinado en el conocido como Fintech¹¹⁴, el cual genera nuevas redes en el sector asegurador que de otra forma no hubiesen existido¹¹⁵.

Sin embargo, pese a que el desarrollo técnico fomente una mejora en la innovación de este concreto sector, también genera problemas¹¹⁶ que deberán afrontarse tales como el riesgo a sufrir ciberataques¹¹⁷ así como

¹¹³ RICCIARDI, F., *Innovation Processes in Business Networks. Managing the Inter-organizational Relationships for Innovational Excellence*, Springer Gabler, 2014, p. 8. No obstante, la autora, como contrapartida a las virtudes de la red empresarial, señala que “Also studies on Social Network are usually very confident of the innovative potential of the “collective intelligence” unfolding in social networking (Woolley et al., 2010). But in some cases, also this stream of studies expresses concerns for the waste of time and resources that the very nature of network interactions may imply: some cases are reported, where networks perform poorly as for innovation capabilities, when compared to traditional, structured organizations (Sun et al., 2010).”

¹¹⁴ Sin duda una de las mayores aportaciones del fenómeno FinTech en relación con la innovación ha sido la creación de nuevos tipos de activos financieros –como el bitcoin- basados en la tecnología de cadena de bloques.

¹¹⁵ En este sentido, CAFAGGI apunta que, desde hace algunos años, las redes contractuales han cobrado especial importancia en ciertos mercados en los cuales la innovación tecnológica juega un papel esencial, mencionando, concretamente, el sector asegurador o el bancario como ejemplos de los mismos. *Vid.*, CAFAGGI, F., “Introduction”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, Cheltenham, 2011, p. 1.

¹¹⁶ NICOLETI, B., *The future of Fintech. Integrating finance and technology in Financial Services*, Palgrave Macmillan, Rome, 2017, p. 201.

¹¹⁷ El sector financiero a lo largo del año 2016 fue objeto de ciberataques, registrándose una frecuencia un 65 % superior a la de cualquier otro sector. Dichas intromisiones violaron la seguridad de más de 200 millones de registros, lo cual supone un incremento del 937% con respecto a 2015. *Vid.* ÁLVAREZ, M., *Security trends in the financial services sector*, IBM Security, 2017.

aquellos relacionados con la externalización de ciertas actividades auxiliares que pudieran escaparse del control de la autoridad supervisora¹¹⁸. A esta cuestión nos referiremos más adelante en el capítulo oportuno.

En definitiva, resulta innegable que las redes empresariales son importantes vectores para fomentar la innovación. No obstante, dado que la mayoría de los estudios sobre esta materia se centran en diferentes sectores, condiciones y tipos de estructuras organizativas, se hace difícil llegar a conclusiones generales y universales respaldadas por la evidencia empírica¹¹⁹; ello sin dejar de lado que, a su vez, esta innovación puede generar nuevos problemas en especial desde el punto de vista regulatorio y de Defensa de la competencia.

¹¹⁸ Y para muestra, un botón: las entidades sujetas a la obligación de diligencia debida con respecto al cliente de conformidad con la normativa contra el blanqueo de capitales, no pueden delegar la responsabilidad por el cumplimiento de las exigencias correspondientes a proveedores de servicios externalizados a terceros que no estén supervisados por la autoridad competente. En consecuencia, pese a que la obligada deba, en su caso, responder ante un eventual incumplimiento, lo cierto es que no hay garantías suficientes que aseguren que ese tercero prestador de un servicio externalizado cumpla con las obligaciones a las cuales está sujeta su cliente (por ejemplo: una entidad aseguradora).

¹¹⁹OZMAN, M., "Networks and Innovation. A survey of empirical literature", *Working Papers of BETA 2006-07, Bureau d'Economie Théorique et Appliquée*, Strasbourg, 2007, pp. 23 y 29.

CAPÍTULO 2. – VISIÓN ESTÁTICA DE LA RED EMPRESARIAL: CARACTERES Y TIPOLOGÍAS

1. Características de las redes empresariales

Visto cuanto antecede, conviene ahora ahondar sobre aquellas características esenciales identificadas por la doctrina propias de las redes empresariales a fin de considerar si, efectivamente, una estructura organizativa empresarial responde al fenómeno de la red en sentido estricto. Así las cosas, se identifican con las estructuras reticulares de empresa la presencia de los siguientes caracteres: (i) la multiplicidad, (ii) la interdependencia de los distintos operadores, (iii) la estabilidad y duración en las relaciones fraguadas entre las partes, (iv) la autonomía entre sus miembros, (v) la coexistencia de relaciones simultáneas de cooperación y competencia y, finalmente, (vi) la confianza como elemento de cohesión y rector de la misma.

A continuación, se irán desgranando estos aspectos a fin de dar una panorámica general de lo que se entiende, en sentido jurídico, por el fenómeno de la red empresarial.

1.1 Multiplicidad

Las redes empresariales surgen, fundamentalmente, como una forma de colaboración empresarial que tiene por objeto la unión de los esfuerzos de varios operadores a fin de desarrollar un proyecto o realizar una actividad conjunta. No obstante, que intervengan diversos operadores en

el proceso de producción y distribución de los bienes y servicios para conseguir un fin último y común no significa que, actuando en solitario y sin colaborar, dicho objetivo no se hubiese podido alcanzar autónomamente, pues, a la postre, el valor añadido de la red lo que genera es una mayor eficiencia¹²⁰. Dicho en otras palabras: la red empresarial favorece el desarrollo de proyectos y actividades que bien no podrían llevarse a cabo de manera individual o que, pudiendo ser realizados por un solo operador, se haría de una forma menos eficiente.

A estos efectos resulta interesante matizar que, para que exista multiplicidad, bastaría con la presencia de dos únicos operadores¹²¹. A mi juicio, al igual que sucede con el resto de las características que definen a la red empresarial, este atributo, pese a tener un carácter absoluto (necesariamente tiene que haber multiplicidad para entender que estamos ante un fenómeno de red empresarial en sentido estricto), admite graduaciones.

En este sentido, la intensidad con la cual se exprese la multiplicidad en la estructura organizacional (que haya un mayor o menor número de nodos u operadores que intervengan), se entiende que no solo afecta a la complejidad del tejido de la misma desde un punto de vista cuantitativo, sino que también tendrá consecuencias cualitativas a la hora de determinar

¹²⁰ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, op.cit., p.22.

¹²¹ GRUNDMANN, S., CAFFAGGI, F., VETTORI, G., “The contractual basis of long-term organization: the overall architecture”, *The organizational contract: from exchange to long-term network cooperation in European contract law*, Abingdon, 2013, p.5.

algunos aspectos –sin ser exhaustivos- relacionados con su gobernanza, la entrada y salida de nuevos miembros, así como su extinción.

Como se ha señalado, inevitable e inherente a su propio concepto, en sentido amplio, la red ha de estar compuesta por una pluralidad de elementos; elementos que, a su vez, deben estar ordenados con la finalidad de llevar a cabo una actividad concreta en conjunto¹²². Desde una perspectiva jurídica, dicha ordenación puede configurarse, fundamentalmente, en dos tipos básicos: uno de base asociativa y otro de naturaleza contractual¹²³.

Las principales estructuras que pueden incardinarse en la primera clasificación, esto es, dentro de las redes de base asociativa, son las *joint ventures* corporativas, las sociedades cooperativas entre empresarios y cooperativas de segundo grado, las agrupaciones de interés económico, así como los consorcios y uniones temporales de empresas. Por su parte, las de naturaleza contractual pueden categorizarse, sin ser exhaustivos, como

¹²² Más allá de los ensayos sobre la definición del concepto de “red” desde una perspectiva económica, sociológica o económica, destacar el copioso número de acepciones para el uso ordinario de este vocablo que ofrece la Real Academia Española en su Diccionario de lengua española, concretamente en su séptima acepción que reza como sigue: 7. f. *Conjunto de elementos organizados para determinado fin.*

¹²³ RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, *op.cit.*, p. 2.902. Este autor también defiende la existencia de una forma mixta. En este sentido también CAFAGGI, F., “Il nuovo contratto di rete: “Learning by doing”?”, en *I Contratti 12/2010*, 2010, p. 1.144: “Le reti di imprese hanno forme giuridiche diverse, distinguibili essenzialmente in tre categorie: reti contrattuali, organizzative e miste. Queste ultime consistono nella combinazione di forme di collaborazione contrattuale e societaria che coordinano svolgimento dell’attività economica e governo delle imprese”.

alianzas estratégicas o contratos de colaboración¹²⁴, y clasificarse, a priori, en redes contractuales bilaterales y multilaterales.

Tanto las redes de contratos bilaterales como las multilaterales son tipos ideales, esto es, estructuras perfectas que rara vez se dan en la realidad, siendo los modelos intermedios entre uno y otro tipo los más frecuentes en la práctica¹²⁵.

Empezando por las primeras, es necesario destacar que, pese a que todas las redes contractuales estén formadas por contratos vinculados, no todos los contratos vinculados se configuran en forma de red contractual¹²⁶. En cualquier caso, resulta complicado delimitar las fronteras entre un tipo y otro pues, a menudo, las líneas divisorias se difuminan¹²⁷.

¹²⁴ RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, en *Festschrift für Klaus J. Hoptzum 70. Geburtstag am 24. August, 2010*. Vol.2. De Gruyter, p. 2.902.

¹²⁵ CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 53. El autor se refiere, en concreto, a dos tipos de estructuras intermedias: los contratos marcos multilateral ex ante y uno ex post, combinados con contratos bilaterales. Un análisis más detenido y detallado sobre tal distinción puede encontrarse en CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: toward European principles?”, *op.cit.*, 2008.

¹²⁶ Así en CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards european principles?”, *European Review of Contract Law*, Vol. 4, Issue 4, 2008.p. 21, dispone el autor “Contractual links may thus depend either on parties’s will or on the structural features of the set transactions. A contractual network exists where there are two or more linked contracts among three or more contracting parties (heterogeneity). Several linked contracts between the same two parties (homogeneity) do not constitute a contractual network, rather a chain in my perspective”.

¹²⁷ *Ibidem*, *op.cit.*, p. 520, “The linked contracts model of network is located between the single complex contract and separate bilateral contracts which may be instrumentally related but di not represent a unitary structure, without amounting to a contractual network. Often the boundaries are not very clear cut.”.

Por su parte, los contratos multilaterales de red son frecuentes en entornos empresariales en los cuales es necesario responder a una complementariedad de outputs, esto es, estructuras en las que cada operador, autónomamente, produce su propio bien o servicio que, a la postre, conformarán un producto más complejo de naturaleza unitaria ofrecido a terceros¹²⁸.

Un ejemplo muy claro a través del cual puede apreciarse esta característica de las redes empresariales se da en aquellos sectores vinculados estrechamente con la investigación y el desarrollo¹²⁹. No

¹²⁸CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo”, op.cit., p. 31.

¹²⁹ Así en SAMPSON, R. A., “The cost of Misaligned Governance in R&D - Alliances”, *The Journal of Law and Economic Organization*, Vol. 20, n°2, New York University, 2004, pp. 486-487, se justifica la creación de alianzas empresariales frente a las estructuras más clásicas de organización basadas en las estructuras contractuales y en las jerarquías como alternativas más atractivas a fin de lograr el objetivo común; alianzas que, por su parte, ofrecen diversas tipologías. Por su elevado interés ilustrativo, se extracta su explicación. “(...) Notwithstanding these advantages, internal organization entails non-trivial costs that may impede a firm's innovative progress. Internal operating and investment decisions are politicized to a greater degree, since the disciplining forces of the market are absent within the firm. Further, the rules and rigidities inherent in bureaucratic restraints may discourage more creative ideas, such that more unfamiliar and creative projects are rejected. In this sense, bureaucracy may be hostile to innovation. Contracting for R&D reduces bureaucratic costs but introduces hazards that may similarly impede innovative progress. Market contracts for R&D are costly to negotiate and enforce and are inevitably incomplete. Such incomplete contracting introduces substantial moral hazard problems, including free riding and leakage of valuable knowledge. As an alternative to both internal organization and more arms-length governance forms, alliances often represent an attractive means to organize R&D activities. Alliances are not burdened with the same bureaucratic costs of internal organization and, as such, may be more nimble and better able to innovate. When compared with market contracting, alliances offer enhanced coordination and control. Alliances also offer real time access to resources not available or easily developed in-house as well as economies of scale and scope in R&D. Alliances are not, however, all of one kind”.

obstante, este tipo de colaboración empresarial, normalmente bajo la forma de consorcio – o alianza estratégica, empleando la terminología norteamericana- también se da en otras áreas tales como las alianzas en el sector aéreo, la construcción o en la banca¹³⁰.

Por su parte, y como se ha dejado apuntado en relación a los contratos vinculados, obviamente no todos los contratos entre empresas que tienen naturaleza multilateral dan lugar a redes empresariales. Para que sean así considerados, además de existir una pluralidad de operadores, la interdependencia de las prestaciones entre cada uno de los miembros ha de ser alta y costosa¹³¹, lo cual nos lleva a profundizar sobre la segunda característica esencial de las redes empresariales: la interdependencia. A este objetivo nos dedicaremos en las líneas subsiguientes.

1.2 Interdependencia

1.2.1 Concepto y tipos

Si bien el requisito de la multiplicidad es inherente a la configuración propia de la red (la existencia de varios nodos-operadores es necesaria, ya se conecten de una u otra forma), la interdependencia se erige como una característica esencial en aras de delimitar el concepto entre la noción general de red y la de redes empresariales, entendidas estas últimas stricto

¹³⁰CAFAGGI, F.,“Redes contractuales y teoría contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo”, *op.cit.*, p. 46.

¹³¹ *Ibidem*, p. 50.

sensu¹³². Incluso algunos autores consideran que esta interdependencia es el atributo clave caracterizador de las redes empresariales¹³³.

En palabras de RUIZ PERIS, “la interdependencia implica que el éxito o fracaso de cada una de ellas depende del de las demás como sucede en una red de franquicia o de subcontratación. La existencia de un interés compartido deriva de ello. Todas ellas comparten el interés de lograr la máxima creación de valor para la red que cada una de ellas identifica como propio (...)”¹³⁴.

Este rasgo diferenciador, partiendo de que su preexistencia es un elemento necesario, y al que sucede con el resto de caracteres que identifican a las redes empresariales, no siempre se presenta con la misma intensidad en todos los miembros de la red¹³⁵.

¹³² RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 88. “Es precisamente la interdependencia la característica principal, de entre las que diferencian las redes empresariales y los otros tipos de redes, además del hecho, obviamente, de estar constituidas por empresarios —empresas, de acuerdo con otros ordenamientos como el alemán— u otros operadores económicos para el ejercicio de actividades empresariales o económicas para el mercado.” En similar sentido MARIMÓN DURÁ, R., “Redes financieras y protección del cliente”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 162.

¹³³ NAHAPIET, J., GHOSHAL, S., “Social Capital, Intellectual Capital, and the Organizational Advantage” *op.cit.*, p. 257. En igual sentido IAMICELI, P., “Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento”, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuovo sfide per diritto ed economia*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2004, p. 129.

¹³⁴ RUIZ PERIS, J.I., “Cooperación empresarial y Derecho de la competencia”, *Cooperación empresarial y derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, 2019, p.28.

¹³⁵ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 89-90: “Así, podemos distinguir entre empresas miembros de la red cuya total o cuasi total actividad principal es interdependiente, empresas en situación de interdependencia respecto a la mayoría de su actividad, empresas en

El grado de interdependencia viene referido a la capacidad de influir que tiene un operador sobre los otros, así como a la intensidad y la frecuencia de la relación entre las partes a lo largo del tiempo¹³⁶. Considerando lo anterior, pueden diferenciarse, fundamentalmente, tres tipos de interdependencia: la mancomunada, la secuencial y la recíproca¹³⁷.

La “interdependencia mancomunada” denota situaciones en las que cada parte rinde una contribución discreta al conjunto y luego es respaldada por el todo. En este tipo de configuración, el grado de interdependencia alcanzado es relativamente pequeño ya que existen bajos requisitos de coordinación; no obstante, este tipo de estructuras sirven eficazmente al objetivo de la red.

Por su parte, en situaciones de “interdependencia secuencial”, las actividades desarrolladas por cada miembro son diferentes, pero están organizadas linealmente de forma que las tareas realizadas por cada uno de los operadores proceden de las realizadas por el anterior; tareas que, a su vez, precederán a las ejecutadas por subsiguientes operadores en la cadena de valor. En esta interdependencia secuencial puede advertirse un

situación de interdependencia respecto a una parte significativa de su actividad principal”.

¹³⁶CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, p. 504.

¹³⁷ Se toma la clasificación realizada por THOMPSON en 1967 toda vez que ha sido la más utilizada en ulteriores estudios a fin de diferenciar los distintos grados e intensidades que puede adoptar la interdependencia. *Vid.* THOMPSON, J.D., *Organizations in Action: Social Science Bases of Administrative Theory*, Transaction Publishers, 2007, pp. 54-55.

mayor grado de coordinación que en la interdependencia mancomunada, pero sin llegar al nivel e intensidad existente en aquellas estructuras con base en la interdependencia recíproca.

Esta tercera modalidad, la “interdependencia recíproca”, se caracteriza, principalmente, por la simultaneidad en el intercambio de unidades entre los miembros de la red de tal suerte que las entradas de un determinado operador se corresponden con las salidas de otro en la misma unidad de tiempo. La consecuencia de esta forma de producción en las estructuras reticulares es indefectible: el nivel de interdependencia es el más elevado que puede alcanzarse en este tipo de entornos¹³⁸.

Desde una perspectiva económica, por su parte, pueden identificarse estructuras empresariales en las que prácticamente la totalidad de la actividad desarrollada por cada unidad o nodo esté vinculada a la actividad común de la red; otras en las que la contribución individual sea una parte significativa del conjunto de las tareas realizadas y, por último, aquellas en las cuales los trabajos realizados y volcados en el seno de la red representen un porcentaje muy reducido o incluso accesorio del conjunto de la actividad desarrollada por un único operador¹³⁹.

¹³⁸GULATI, R., SINGH, H., “The Architecture of Cooperation: Managing Coordination Costs and Appropriation Concerns in Strategic Alliances”, *Administrative Science Quarterly*, Vol. 43, No. 4, 1998, pp. 781-814. En este artículo los autores profundizan en las razones por las cuales las empresas eligen diferentes estructuras de gobierno a la hora de crear alianzas entre las mismas. Para ello se centran fundamentalmente en dos factores: (i) los costes de coordinación en las alianzas que surgen de la interdependencia, así como (ii) la dificultad que tienes las partes a fin de completar su actividad, ya sea de forma conjunta o individual.

¹³⁹ RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 89-90.

Y atendiendo a las prestaciones aportadas por cada operador a la red, la interdependencia puede ser unilateral o multilateral¹⁴⁰ y dentro de esta última clase, a su vez, pueden diferenciarse dos subtipos: la interdependencia multilateral simultánea y la mutua¹⁴¹.

En otro orden de cosas, resulta necesario poner de relieve que no todas las conexiones que configuran la red empresarial operan de manera uniforme. Esta cuestión es básica y necesaria a la hora de proveer plasticidad a la red y permitir que se adapte en cada momento a las circunstancias y exigencias de su entorno. Y no solo a fin de garantizar la supervivencia de la red, sino a los efectos de lograr una mayor eficiencia en el proceso pues, a la postre, es la finalidad última de este tipo de estructuras organizativas. Así las cosas, dentro de una misma red, se podrán identificar vínculos de distinta naturaleza y en los que se manifieste la interdependencia con diferente intensidad pues las particulares circunstancias de cada uno de los operadores determinarán la configuración de sus propias relaciones condicionando así, en mayor o

¹⁴⁰ “There is unilateral dependence when there is one principal contract, while the others are ancillary, due their function dependence on the principal. On the contrary, there is mutual dependence when each contract cannot achieve its goals without the existence of others”. En CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *EUI Working Papers, Law* 2008/15, 2008, p. 25.

¹⁴¹ De manera similar puede encontrarse esta clasificación en RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 81. “(...) La interdependencia unilateral se da cuando la prestación de A depende de la de B, la cual, a su vez, depende de la de C, pero no funciona a la inversa. La interdependencia multilateral se produce cuando las prestaciones se realizan de forma simultánea, cuando cada parte ejecuta una tarea parcial independiente y entonces todos los outputs parciales deben ser combinados, por una parte. (...) Si cada componente es condición necesaria pero no suficiente para producir el producto final, aparece la interdependencia multilateral mutua.”

menor medida, el resto de conexiones presentes en la estructura organizativa.

Visto lo anterior, resulta evidente que, ya sea catalogando los tipos de interdependencia desde el punto de vista del nivel de intensidad en el que se manifiesta, desde un enfoque centrado en las cuestiones económicas o desde las prestaciones realizadas entre los diversos miembros de la red, es posible graduar la intensidad con la que se manifiesta la interdependencia en la red; intensidad que, por su parte, será esencial a la hora de elegir entre un tipo u otro de estructura así como la forma de gestionar la misma¹⁴².

1.2.2 Interdependencia vs dependencia económica

En otro orden de cosas, conviene delimitar y distinguir las relaciones de interdependencia de las relaciones de dependencia, en concreto de la “dependencia económica” que pueda surgir en las relaciones entre los miembros de una misma red empresarial.

En términos generales¹⁴³ puede entenderse que hay dependencia económica cuando existe una situación de debilidad por parte de una

¹⁴²Y precisamente definir qué grado de interdependencia existe entre los distintos operadores – así como de otros factores tales como la incertidumbre, la propiedad, la competencia, el poder- va a ser crucial a la hora de escoger estructuras basadas en contratos bilaterales o en redes de contratos bilaterales, así como la *governance* más adecuada a esos efectos. (En RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 59 y ss.)

¹⁴³Para un análisis en profundidad sobre la dependencia económica nos remitimos a la siguiente monografía: ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, *op.cit.*

empresa en relación a otra que, por no existir en el mercado una empresa diferente que pueda sustituirla de forma alternativa, ostenta una posición de fortaleza en la relación contractual que la vincula con la empresa débil¹⁴⁴.

La situación de dependencia económica incide frontalmente en el desequilibrio de poder negociador que puede surgir entre los distintos miembros de las redes, en especial en las verticales¹⁴⁵. Y esta asimetría de poder económico y de negociación entre las partes, plasmada en la figura del abuso de posición de dependencia, es, a su vez, susceptible de generar conductas abusivas o desleales¹⁴⁶.

Por su parte, y como se ha dejado señalado, las relaciones de interdependencia se basan en los vínculos presentes entre los distintos miembros de la red y lo relevante es que el resultado de cada uno de los operadores que conforman la estructura dependa del resultado de los otros operadores que pertenecen a esta, independientemente de la existencia o de la ausencia de una alternativa equivalente¹⁴⁷.

Igualmente, conviene poner de manifiesto que, mientras que las relaciones de interdependencia se erigen como un elemento básico de configuración de las redes, la dependencia económica no necesariamente

¹⁴⁴*Ibidem*, pp. 23 y 24.

¹⁴⁵*Ibidem*, p.47.

¹⁴⁶ RUIZ PERIS, J.I., “El abuso de dependencia económica en el Derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas”, *Derecho de la competencia y gran distribución*, Aranzadi, 2016, pp. 34-35.

¹⁴⁷ RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *op.cit.*, p.14.

ha de darse en el seno de una red sino que puede manifestarse en otro tipo de escenarios¹⁴⁸. Ni tampoco pueden apreciarse de la misma forma.

Más que un elemento *sine qua non*, esta situación de dependencia podría entenderse como una consecuencia de la opción estratégica de determinados operadores que, a fin de adecuar su actividad hacia la desarrolla por otros, pierden su propia capacidad competitiva¹⁴⁹. Y esta dinámica -adaptarse y dirigir la actividad al interés común- es característica de los entornos en forma de red. De aquí que, en este tipo de estructuras organizativas, el riesgo de dependencia económica resulte elevado.

La interdependencia existe siempre y lo que variará entre unas redes y otras (o entre los distintos operadores que están conectados dentro de la misma red) es el grado de intensidad con el que se manifiesta; por contra, la dependencia económica se muestra como una coyuntura contingente (puede o no existir). En consecuencia, cabe afirmar que, detectada una situación de dependencia económica entre un conjunto de operadores, esta circunstancia no es óbice para considerar que nos encontremos ante una estructura reticular empresarial; no obstante, sí permite intuir que detrás pueda esconderse el fenómeno de la red.

¹⁴⁸ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, op.cit., p.23.

¹⁴⁹ ZABALETA DÍAZ, M., “Derecho de la competencia y gran distribución”, *Derecho de la competencia y gran distribución*, Aranzadi, 2016, p. 62.

1.3 Carácter estable y duradero

Es generalmente aceptado que la estabilidad se muestra como un fenómeno empírico imprescindible para que la red funcione adecuadamente sin ser necesario para ello que la identidad de los miembros que la conformen sea la misma en todo momento¹⁵⁰.

Son varias las causas que explican la presencia de estabilidad en la red¹⁵¹. De hecho, para ser viable, la estructura reticular necesita asentarse sobre un tejido estable en el que las partes integrantes puedan desarrollar una convicción suficientemente seria y formal a fin de realizar inversiones

¹⁵⁰ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, op.cit., p.24. En un sentido similar, NOOTEBOOM indica que la identidad de las empresas no es relevante puesto que dicha concepción –la de empresa como jerarquía- es distinta a la que debe emplearse en el contexto de redes y, por tanto, no debería usarse a estos efectos: “I accept that on the whole the stability of organizations is an empirical phenomenon, and I recognize that, as many have pointed out, for evolution to work organizations should have a reasonably stable, cohesive identity (see e.g. Hodgson and Knudsen 2004). However, this can be conceived other than by means of a fixed set of capabilities or activities, namely in terms of a stable cognitive focus”. Vid. NOOTEBOOM, B., *A cognitive theory of the firm: learning, governance and dynamic capabilities*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, p. 15.

¹⁵¹ Como causas que justifican la presencia de estabilidad en el seno de la red pueden señalarse, en palabras de NOOTEBOOM, las siguientes tres: “First, elimination by competitive pressures of dysfunctional or unsuccessful deviation from established activities/capabilities. This applies in particular under systemic complexity, where even local deviation rapidly becomes dysfunctional. Second, the fact that incoming personnel self-select or are selected and socialized according to the culture associated with cognitive focus. Third, the fact that further cognition is constructed under shared organizational conditions.” En NOOTEBOOM, B., *A cognitive theory of the firm: learning, governance and dynamic capabilities*, op.cit., p. 122. Una explicación más profusa sobre la cuestión puede consultarse en el Capítulo Tres de la misma obra, titulado “Organizational focus”.

específicas¹⁵², con la expectativa de que, a la postre, estas resulten rentables. No obstante, probablemente, más que la justificación de su existencia, resulte de mayor interés analizar qué efectos provoca la estabilidad (entendida esta como permanencia, solidez y continuidad) en el seno de la red.

En concreto, una de las principales consecuencias que subsiguen a las relaciones estables a largo plazo, típicas en las estructuras reticulares (y al contrario de lo que ocurre en los contratos de intercambio simples), es que, con frecuencia, el objeto principal de la red no puede definirse de antemano. Esta indefinición puede estar relacionada con diversos factores, a saber: aquellas dificultades para evaluar si los outputs cumplen con los estándares acordados entre los miembros de la red, desajustes en cuanto a las preferencias de los consumidores o la falta de flexibilidad de todos o de algunos de los operadores para adaptarse a una fluctuación de la demanda¹⁵³.

En muchos casos, pues, ni siquiera es posible precisar cuál es el objeto de desempeño conjunto en sí mismo o este solo se puede identificar muy vagamente puesto que, en el momento inicial, las partes desconocen las futuras vicisitudes que pueden darse en el seno de la organización¹⁵⁴.

¹⁵² IAMICELI, P., “Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento”, *op.cit.*, p. 135.

¹⁵³ MÉNARD, C., “The Economics of Hybrid Organizations”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 160, Mohr Siebeck, 2004, p. 358.

¹⁵⁴ GRUNDMANN, S., CAFFAGGI, F., VETTORI, G., “The contractual basis of long-term organization: the overall architecture”, *op.cit.*, p. 5.

En consecuencia, pese a que la estabilidad es necesaria e incuestionable, la estructura de la red debe estar abierta a fin de adaptarse a las diversas situaciones en las que se vaya encontrando y así responder a entornos complejos¹⁵⁵, ello a fin ya no de garantizar su propia supervivencia sino de aportar un mayor grado de eficiencia, por lo que se hace indispensable referirnos a la tensión entre flexibilidad y estabilidad.

1.3.1 Tensión entre la flexibilidad y la estabilidad como elementos definitorios de la red

Es incontestable que la seguridad y la estabilidad fomentan la búsqueda de nuevas formas de organización, promueven el aprendizaje, el intercambio de información y engendran confianza¹⁵⁶.

En el caso de la existencia de inversiones específicas dentro de la red, para que esta sea exitosa es necesario que los vínculos existentes entre los distintos operadores tengan una clara vocación de perdurabilidad, ello en aras de poder amortizar la inversión realizada y recuperar lo invertido¹⁵⁷. Simultáneamente, la innovación y la colaboración entre los

¹⁵⁵ WILKINSON, I., YOUNG, L., “On cooperating Firms, relations and networks”, *Journal of Business Research*, n° 55, 2002, p. 128. “The implications for management of this is that, if a business network is very weakly connected, it is not very complex and will only be able to survive in less complex environments. On the other hand, networks that are too richly connected are in danger of producing very complex, chaotic patterns of behavior that adversely affect the capacity of the network to evolve effectively and retain beneficial innovations in any part of the network. Too many parts of the network are affected by any change, resulting in many conflicts of interest, resistance and reduced performance.”

¹⁵⁶ POWELL, W., “Neither market nor hierarchy: network forms of organization”, *op.cit.*, p. 305.

¹⁵⁷ NOOTEBOOM, B., “Learning and Innovation in Inter-Organizational Relationships and Network”, *Center Discussion Paper*, Tilburg University, Vol. 39,

diversos operadores requieren una estructura de red altamente flexible que favorezca el libre intercambio de información y del conocimiento.

En lugar de la rigidez propia de las jerarquías, las redes exigen estructuras flexibles que les permitan adaptarse rápidamente a las nuevas circunstancias, tanto externa como internamente, proporcionándoles, en consecuencia, una clara ventaja competitiva¹⁵⁸.

No obstante lo anterior, si un exceso de flexibilidad pone en peligro la estabilidad de la organización, esta comenzará a perder su identidad como una estructura coherente y los operadores que la conforman se abstendrán de invertir en ella por miedo a no recuperar lo aportado¹⁵⁹. La interdependencia presente en la red, en consecuencia, comenzaría a disminuir su intensidad de forma generalizada y la estructura devendría endeble.

En todo caso la vocación de estabilidad de la red no es incompatible con la alteración de los miembros que la componen, esto es, no es necesario

2006, p.14. “Concerning the effects of structure and strength of ties, while the two can and should be distinguished, there is interaction between them (cf. Rowley et al. 2000). For example, for governance one can use contracts or trust/openness (in tie strength), or, alternatively, density for the sake of social control (structure). Another example is that when specific investments are needed, to recoup those one needs either high frequency or long duration (strength), while the latter entails a certain stability of the network (structure).”

¹⁵⁸ MILES, R.E. y SNOW, C. C., “The new network firm: A spherical structure built on a human investment philosophy”, *Organizational Dynamics* 23(4), 1995, p. 6.

¹⁵⁹ WALTER, J., *Collaboration within and between firms: Network structures, decision processes, and their impact on alliance performance*, Dissertation to obtain the title of Doctor of Business Administration, University of St. Gallen, Switzerland, 2005, p.47.

que los operadores sean siempre los mismos¹⁶⁰.

De lo expuesto se deduce, inevitablemente, que en el seno de las redes prósperas se enfrentan dos fuerzas opuestas¹⁶¹ – estabilidad y cambio–, siendo por tanto una cuestión capital determinar el equilibrio óptimo entre ambos elementos; equilibrio que, por su parte, dependerá fundamentalmente del entorno en el que se encuentren incardinados los operadores y la propia red¹⁶².

1.4 Relaciones basadas en la confianza

La intensidad de un vínculo viene determinada, fundamentalmente, por la combinación de diversos factores tales como la duración y la frecuencia de los contactos, la intensidad emocional, la confianza mutua y los servicios prestados recíprocamente a consecuencia de ese ligamen.

¹⁶⁰ ESTEVAN DE QUESADA, C., “Redes empresariales y derecho de la competencia”, *Derecho Mercantil. Estudios in Memoriam del Profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.155.

¹⁶¹ Igualmente se refieren otros autores a esta cuestión, quienes opinan que, más que desafío o tensión entre fuerzas opuestas, esta realidad se plantea como un dilema. “More than a challenge, however, this might be a dilemma arising from the dual aspects of decentralization—namely, the balance between participation and flexibility, on the one hand, and coordination and stability, on the other. Different authors have discussed this dilemma (...)”. *Vid.* EKBIA, H.R., y KLING, R., “Network organizations: symmetric cooperation or multivalent negotiations?” *Information Society*, 21 (3), 2005, p.14.

¹⁶² STABER, U., “The Structure of Networks in Industrial Districts “, *International Journal of Urban and Regional Research*, Vol. 25.3, 2001, p. 539. “The optimal balance of change and stability, control and flexibility, and consensus and dissension likely varies with the state of the environment in which firms and networks are embedded “.

En función de esta intensidad, surgen, de un lado, vínculos más fuertes –caracterizados por una alta frecuencia de interacción entre los socios y su alto nivel de compromiso-, y, de otro, conexiones más débiles que muestran una infrecuencia relativa de interacción entre las partes¹⁶³. Y es en presencia de estos vínculos fuertes, fruto de la repetición continuada en el tiempo de estas interacciones, donde la confianza se abre paso y logra alcanzar cotas elevadas. Por otro lado, resulta ampliamente admitido que la confianza ejerce un rol importante en la reducción del riesgo en entornos tecnológicos, en las incertidumbres en el mercado así como en los comportamientos oportunistas por parte de miembros que conforman un colectivo empresarial¹⁶⁴.

En este contexto, puede afirmarse que la confianza se erige como un elemento característico y definitorio de las redes empresariales¹⁶⁵; propio, pero no exclusivo pues, como se verá en el Capítulo correspondiente, esta confianza sirve de base y es condición necesaria tanto en el contrato de seguro como en el mercado asegurador. A estas cuestiones nos referiremos con mayor profundidad más adelante.

No obstante, a los efectos que ahora nos ocupan, de lo antedicho

¹⁶³ WALTER, J., *Collaboration within and between firms: Network structures, decision processes, and their impact on alliance performance*, Dissertation to obtain the title of Doctor of Business Administration, University of St. Gallen, Switzerland, 2005, pp. 40-41.

¹⁶⁴ HEYDEBRAND, W., “The Network Metaphor as Key to the Analysis of Complex Production and Service Relations in a Global Economy”, *Akademie für Technikfolgenabschätzung in Baden-Württemberg*, Nr. 149, 1999, p. 16.

¹⁶⁵ Máxime teniendo en cuenta otra de las características antes mencionadas: la estabilidad y duración. En TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, op.cit., p. 104.

cabe colegir que la confianza es un elemento que contribuye a la cohesión e intensificación de las interrelaciones de los miembros de la red y que, a su vez, en tanto que coadyuva a reducir costes de diversa índole, confiere a la red la eficiencia que le es propia.

Los efectos de la confianza en la reducción del riesgo en entornos tecnológicos serán analizados posteriormente, así como el rol que esta ejerce a fin de minimizar la incertidumbre y el riesgo en el mercado. Por el momento, nos limitaremos a señalar el papel que la confianza ostenta como instrumento de control del comportamiento oportunista y la importancia de la existencia de relaciones *intuitu personae* a fin de que puedan generarse entornos de confianza característicos de la red.

1.4.1 La confianza como instrumento de control del comportamiento oportunista

En un mundo en el que el oportunismo está presente por doquier¹⁶⁶, no puede asumirse que, de forma natural, los individuos cumplan sus promesas y respeten los intereses de sus iguales; por ello, la finalidad de la organización, según WILLIAMSON, debe ir orientada a intentar ordenar la actividad de los distintos operadores de forma tal que los costes de transacción sean los mínimos, eliminando, a su vez, aquellos

¹⁶⁶ Se puede apreciar la existencia de comportamientos oportunistas en todas las etapas de desarrollo de la civilización humana, independientemente del tipo dominante de estructura económica, política y social imperante en cada momento. YAKOVLEVA, E., GRIGORYEVA, N., GRIGORYEVA, O., “Opportunistic behavior as behavior manipulations”, *American Journal of Applied Sciences*, vol. 13 (9), 2016, p. 996.

comportamientos oportunistas que pudieran surgir en su seno¹⁶⁷.

En este contexto, ante la amenaza del riesgo del comportamiento oportunista¹⁶⁸, los operadores incrementan sus costes de transacción a fin de implementar herramientas que ayuden a prevenir y eliminar este tipo de conductas que, de materializarse, pueden ocasionar serios perjuicios ya no solo a los individuos sino al conjunto.

Con tal finalidad, las organizaciones destinan parte de sus recursos económicos a objetivos que no redundan en la mejora de la calidad o el aumento de la producción¹⁶⁹. En consecuencia, la eliminación o reducción de estos costes facilita la orientación de esos recursos a un uso eminentemente productivo que redundará bien en la mejora de la calidad, bien en un aumento de la producción o en ambas.

Conviene, igualmente, deslindar el comportamiento oportunista de otras conductas afines; nos referimos aquí tanto al *stewardship behaviour* como al comportamiento instrumental.

¹⁶⁷ WILLIAMSON, O.E., *The economic institutions of capitalism. Firms, markets, relational contracting*, op.cit., p. 17-18.

¹⁶⁸ En términos generales, uno de los autores que en mayor medida ha contribuido al desarrollo teórico sobre el oportunismo ha sido WILLIAMSON, O.E., concretamente en su obra *The Economic Institutions of Capitalism*, op.cit. Un estudio en profundidad sobre diversos aspectos del comportamiento de los agentes económicos, concretamente en el sector asegurador, puede encontrarse en ROTHSCCHILD, M., STIGLITZ, J., “Equilibrium in competitive insurance markets”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 90, No. 4, 1976, pp. 629-649.

¹⁶⁹ De hecho, la posibilidad de optimizar recursos financieros es uno de los principales incentivos que ofrece las redes empresariales. En tal sentido, *vid.* SCALERA, D., ZAZZARO, A., “Do inter-firm networks make access to finance easier? Issues and empirical evidence”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, Cheltenham, 2011, pp. 41-47.

Mientras que el *stewardship behaviour* implica una relación de confianza materializada en la creencia de que las partes involucradas van a cumplir con lo acordado, en el comportamiento instrumental la confianza sirve solo a los efectos de generar una mayor eficiencia en la consecución del fin pretendido de forma individual, ello sin necesidad de emplear artimaña alguna para lograrlo. El comportamiento oportunista, a diferencia de los anteriores, se caracteriza por llevar aparejadas amenazas y/o falsas promesas formuladas a las otras partes en la expectativa de lograr una ventaja individual a expensas de uno o varios terceros¹⁷⁰.

La eliminación del comportamiento oportunista es algo prioritario a fin de ganar eficiencia; sin embargo, resulta muy difícil, cuando no imposible, llevar a cabo de forma satisfactoria tal cometido¹⁷¹. El desafío planteado se materializa, pues, en configurar estructuras que ayuden a suprimir -o al menos reducir- estos costes de transacción, sin que ello suponga un mayor aumento de los costes totales.

El comportamiento oportunista al cual nos venimos refiriendo surge,

¹⁷⁰ WILLIAMSON, O.E., "Markets and hierarchies. Analysis and antitrust implications. A study in the Economics of internal organization", *op.cit.*, p. 26.

¹⁷¹ MURIS, J.T., "Opportunistic Behavior and the Law of Contract", *Minnesota Law Review*, January, 1981, p. 527. El propio autor señala, si bien someramente, situaciones en las que ni las jerarquías ni mercados solucionan el problema del comportamiento oportunista: "Vertical integration is of limited value because it often costs more than alternative forms of doing business, and because one cannot own performance by humans in the sense that one can own property such as the land in the home owner illustration. (...) Fully explicit contracts, in which a court's role is only to enforce the contract as written, are not feasible when the cost of discovering and planning for all possible contingencies is prohibitive."

fundamentalmente, en situaciones en las que una de las partes se aprovecha de la información asimétrica en propio beneficio con el único objetivo de redistribuir egoístamente los beneficios generados en la transacción¹⁷².

Partiendo de la dicotomía clásica de mercados y jerarquías como únicas alternativas, si existe información perfecta y dado un conjunto de activos de uso general, el mercado se mostrará como la solución más eficiente a efectos de reducir los costes de transacción ocasionados por el comportamiento oportunista. Por el contrario, en escenarios caracterizados por la presencia de información asimétrica y activos específicos, la opción preferida para encauzar las transacciones entre los distintos operadores parece que será la integración de los mismos a través de la empresa; eso sí, siempre que el volumen total de transacciones resultante sea tal que compense los costes fijos fruto de la integración a fin de lograr, a la postre, una mayor eficiencia y rendimiento del conjunto.

Fuera de este paradigma basado en los mercados y las jerarquías, a través de las relaciones basadas en la confianza -características de las estructuras reticulares- se facilita la creación de una atmósfera abierta y constructiva en la que las partes estarían dispuestas a compartir información con mayor precisión¹⁷³, de forma que se reducirían los costes de transacción, aumentando, en consecuencia, los niveles de eficiencia global de la organización.

¹⁷² YAKOVLEVA, E., GRIGORYEVA, N. y GRIGORYEVA, O., “Opportunistic behavior as behavior manipulations”, *op.cit.*, p. 996.

¹⁷³ KLEIN, R., HILLEBRAND, B. y NOOTEBOOM, B., “Trust, Contract and Relationship Development”, *Organization Studies*, vol. 26 (6), 2005, p.834.

Consecuentemente y desde esta aproximación, la red empresarial podría considerarse como una estructura más óptima que el mercado o las jerarquías en términos de eficiencia a fin de eliminar los costes de transacción (especialmente los derivados de comportamientos oportunistas) sin incurrir en otros mayores.

En otro orden cosas, conviene poner de manifiesto que en los contratos bilaterales es frecuente encontrar cláusulas relativas a la recompra diseñadas estratégicamente para disuadir a las partes de llevar a cabo comportamientos oportunistas. No obstante, este tipo de disposiciones cobra una mayor importancia en el seno de la red, más si cabe ante la presencia de una asignación asimétrica de los recursos básicos, debido, fundamentalmente, al diseño contractual intencional o a la forma en que la red contractual se ha desarrollado a lo largo del tiempo¹⁷⁴.

Las relaciones simples bilaterales basadas en la confianza pueden servir, asimismo, de base para la formación de ulteriores relaciones contractuales¹⁷⁵; relaciones que, a su vez, en un momento posterior pueden

¹⁷⁴ CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, p. 45. En tal sentido - señala el mismo autor- es necesario tener en cuenta que el diseño de la red suele venir determinado por las partes que posean los recursos esenciales; no obstante, ha de considerarse que, en ocasiones, resulta imposible ex ante identificar qué operador es el titular de esos recursos, complicándose así el diseño de la red de cara a eliminar –o por lo menos reducir a su mínima expresión- el riesgo de comportamientos oportunistas.

¹⁷⁵ Son varios los autores que señalan que, en el proceso de desarrollo de las relaciones entre diversas organizaciones, la confianza es una condición previa determinante para la formación de los contratos (LARSON, A., ‘Network dyads in entrepreneurial settings: A study of the governance of exchange relationships’, *Administrative Science Quarterly*, vol. 37/1, 1992, pp. 76–104 ; RING, P.S., and VAN DE VEN, A. H.,

ser el embrión de nuevas estructuras empresariales más complejas.

Junto con la confianza, el incremento de la interdependencia conlleva, a diferencia de la dependencia unilateral, un fortalecimiento en las relaciones existentes entre los operadores que conforman la red, reduciendo, igualmente, el riesgo tanto de comportamientos oportunistas como el riesgo de eventuales salidas de sus miembros¹⁷⁶. En otras palabras: interdependencia y confianza son elementos –léase magnitudes– directamente proporcionales de forma que, a mayor grado de interdependencia, mayor será la confianza, y viceversa.

En vista de lo anterior, cabe concluir que, de no existir confianza, y en consecuencia interdependencia entre los nodos, las redes empresariales serían estructuras organizativas innecesarias y carentes de significado¹⁷⁷.

1.4.2 Confianza y carácter *intuitu personae*

Un elemento presente en las redes contractuales es el carácter *intuitu personae* de las relaciones establecidas entre los distintos operadores. De

“Developmental processes of cooperative interorganizational relationships”, *Academy of Management Review*, vol. 19/1, 1994, pp.90–118). No obstante, otras voces indican lo contrario (ZUCKER, L. G., “Production of trust: Institutional sources of economic structure” *Research in Organisational Behaviour*, 1986, vol. 8, pp. 53–111; ANDERSON, J. C. and JAMES A. N., “A model of distributor firm and manufacturer firm working partnerships”, *Journal of Marketing*, vol. 54/January, 1990, pp. 42–58. En KLEIN, R., HILLEBRAND, B. y NOOTEBOOM, B., “Trust, Contract and Relationship Development”, *op.cit.*, p. 833.

¹⁷⁶ CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo”, *op.cit.*, p. 27.

¹⁷⁷ KLEIN, R., HILLEBRAND, B. y NOOTEBOOM, B., “Trust, Contract and Relationship Development”, *op.cit.*, p. 821.

ello se colige la necesaria exigencia para las partes de actuar conforme a los principios de la buena fe en un grado máximo, de forma tal que este tipo de estructuras reticulares puedan ser considerados como auténticos contratos de uberrima fide¹⁷⁸. En consecuencia, cuanto más presente esté el carácter *intuitu personae* en las relaciones entre las partes, mayor será el nivel de interdependencia¹⁷⁹.

La estabilidad y la permanencia en el tiempo de los miembros de la red facilitan que el resto de los operadores que la integran puedan evaluar, con base en experiencias pasadas, qué comportamiento es racionalmente esperable por parte de los otros individuos que conforman la estructura organizativa. En coherencia con lo comentado en el epígrafe anterior, el conocimiento previo sobre la forma de actuar del resto de operadores contribuirá positivamente, asimismo, en la identificación y eliminación de aquellos miembros que presenten comportamientos oportunistas. En

¹⁷⁸ Específicamente sobre las redes de distribución, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (Encroachment)*, Aranzadi, 2007, p. 94. “De ello deriva que la exigencia de que las partes actúen de buena fe en este tipo de contratos es especialmente intensa, por lo que pueden ser calificados de uberrima bona fide, puesto que la relación de confianza existente entre las partes y la existencia de un fin común principal compartido derivado del ejercicio de la actividad empresarial compartida por los miembros de la red para cuya consecución las partes colaboran, con independencia de la persistencia de confrontación de intereses respecto a otros aspectos, refuerza la confianza de cada una de las partes de que la otra actúa de buena fe, esto es, de acuerdo con los estándares exigibles a quién dirige – organiza y coordina – una red de empresarios con la que se encuentra unido por un conjunto de contratos tipo de carácter bilateral y sin motivos ocultos distintos de los de la colaboración en la consecución de la finalidad común compartida que expresa en el proceso de negociación”. En términos generales (redes verticales y horizontales), *vid.* GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, *op.cit.*, pp. 58-60.

¹⁷⁹ CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, p. 506-507.

consecuencia, será más sencillo evitar este tipo de comportamientos indeseables dado que los individuos se exponen menos a ellos¹⁸⁰.

Por su parte, tradicionalmente ha venido siendo admitido que la confianza y el control se presentan como alternativas opuestas¹⁸¹. Partiendo de esta afirmación se pueden inferir dos conclusiones: de un lado, que las relaciones basadas en vínculos contractuales presuponen la existencia de una menor confianza entre las partes y que, por ello, tienen que pactar las normas que regularán su relación a través de un contrato; de otro, que, de generarse entornos de mayor confianza, la necesidad de controlar a las partes que intervienen en un negocio jurídico sería menor y la exigencia de regular contractualmente esa relación se reduciría.

En este sentido, no parece desacertado afirmar que, potenciando el establecimiento de relaciones basadas en la confianza y de aquellas en las que el carácter *intuitu personae* esté presente, se reduce la necesidad de controlar a las partes, aminorando, a la postre, los costes de transacción y aumentando la eficiencia.

Frente a las postulaciones tradicionales que muestran la confianza y el control como alternativas opuestas, ambas encuentran una dimensión común y son compatibles en el entorno de la red. Así las cosas, la confianza y los contratos pueden ser sustitutos y complementarios entre sí; pero que

¹⁸⁰ HERREROS VÁZQUE, F., “Las fuentes de la confianza social”, *Revista Internacional de Sociología*, nº 35, 2003, p. 153.

¹⁸¹ KNIGHTS, D., NOBLE, F., T. VURDUBAKIS and WILLMOTT, H., “Chasing Shadows: Control, Virtuality and the Production of Trust”, *Organization Studies*, vol. 22/2, 2001, p. 314.

sean una cosa u otra dependerá, a la postre, del diseño y del sentido en el que se interpreten los contratos¹⁸² así como del grado de cooperación que exista entre las partes.

Es reseñable, asimismo, que la existencia de conflictos, bien internos o externos a la propia red, no siempre han de implicar una merma de la confianza. Es más, a fin de enfrentarse conjuntamente a las vicisitudes que pudieran surgir, las situaciones adversas pueden potenciar la consolidación de los vínculos preexistentes y favorecer el aumento en los niveles de confianza entre los distintos operadores¹⁸³.

Finalmente, y a modo de conclusión, cabe colegir que la confianza es un elemento que contribuye a maximizar la eficiencia en las redes empresariales toda vez que, como se ha visto, (i) potencia el incremento de la interdependencia entre sus miembros, (ii) coadyuva a reducir costes de transacción, especialmente los relacionados con los comportamientos oportunistas, y (iii) complementa y sustituye la función de control de los

¹⁸² “(...) First, if a contract is not interpreted as a strict legal safeguard, trust and contract may go well hand in hand, in which case trust and contract will be complementary. Second, when parties trust each other, they may decide not to include safeguarding clauses in their contract, in which case trust substitutes for contract. Third, in situations of high distrust, parties may put great emphasis on contracts and detailed safeguarding clauses, in which case contract substitutes for trust.” En KLEIN, R., HILLEBRAND, B. y NOOTEBOOM, B., “Trust, Contract and Relationship Development”, *op.cit.*, p. 834.

¹⁸³ *Vid.* SIX, F., “The dynamics of trust and trouble”, *The trust process in organizations*, Edward Elgar, 2003, pp. 196-222. En sentido similar, SABEL, C.F., “Studied Trust: Building New Forms of Cooperation in a Volatile Economy”, *Human Relations*, Vol. 46, Num. 9, 1993, pp. 1.133- 1.170, donde se analiza cómo la cooperación y la confianza entre competidores de la industria manufacturera en la Pennsylvania de los años 70 favoreció que, conjuntamente, hiciesen frente a los problemas generados por la reconversión industrial experimentada en aquel momento.

contratos en las relaciones contractuales.

1.5 Coexistencia de intereses contradictorios: entre la competencia y la cooperación

La confianza y la cooperación se retroalimentan. Así, mientras que la confianza lubrica la cooperación entre los miembros de la red, a su vez, la cooperación *per se* engendra confianza entre los mismos¹⁸⁴. No obstante, en el seno de las redes empresariales, además de establecerse relaciones de confianza que sirven de base para crear una mayor cooperación¹⁸⁵, a su vez, pueden generarse relaciones de competencia entre los participantes¹⁸⁶.

¹⁸⁴En NAHAPIET, J., GHOSHAL, S., "Social Capital, Intellectual Capital, and the Organizational Advantage", *op. cit.*, p. 255. "(...) there is a two-way interaction between trust and cooperation: trust lubricates cooperation, and cooperation itself breeds trust. (...) In this respect, collective trust may become a potent form of "expectational asset" (Knez & Camerer, 1994) that group members can rely on more generally to help solve problems of cooperation and coordination (Kramer, Brewer, & Hanna, 1996).".

¹⁸⁵ De entre todas y por la plasmación de las características de la red empresarial, nos quedamos con la siguiente definición de "cooperación": "The exchanges are frequent, comprising business, information and social exchange. All types of bonds can arise, though social, knowledge and legal/economic bonds are the most frequent ones. Though the competitors cooperate it does not mean that they do not compete and perhaps even distrust each other. This relationship has similarities with the value chain and can have a formal or informal character. Formal agreements are present if the competitors have formed strategic alliances or other partnerships. Informal agreements are built on social norms and trust. These norms, and sometimes formal agreements, adjust the distribution of power and dependence among the competitors, which means that conflicts are rare. Furthermore, competitors have common goals, and proximity between them is based on functional and psychological factors". *Vid.* BENGTTSSON, M., KOCK, S., "Cooperation and competition in relationships between competitors in business networks", *The Journal of Business & Industrial Marketing*, Tomo 14, nº 3, 1999, pp. 178-194.

¹⁸⁶ Igualmente, por expresar algunos de los caracteres propios de las redes empresariales y su alto nivel ilustrativo, tomamos la siguiente definición de "competencia": "An action-reaction pattern arises as competitors follow each other; if one of the competitors launches a new product line, the other will immediately

Una importante característica de las redes empresariales es, pues, la existencia de relaciones simultáneas de competencia y colaboración entre los distintos nodos que conforman la red.

Dentro de la dimensión interna de la red, la lógica del funcionamiento entre los operadores se orienta a la colaboración a través de la puesta en común de recursos material, conocimientos, etc., ello a fin de crear valor añadido que conlleve, a la postre, una mejora en la eficiencia del conjunto. Sin embargo, desde una dimensión externa, las actividades realizadas por estos operadores pueden competir en el mercado, planteándose así importantes consecuencias en el plano jurídico, especialmente desde la óptica antitrust.

Ante las colisiones generadas por estas dos lógicas contrapuestas como son la cooperación y la competencia, la base a partir de la cual se ha construido la solución jurídica a tal conflicto se articula sobre la existencia de mercados y jerarquías como únicas estructuras organizativas posibles. La consecuencia de esta premisa resulta clara: el encaje forzoso a efectos de canalizar estas tensiones, bien en una u otra figura (mercados o

follow. Interaction is therefore simple and direct. Power and dependence are equally distributed among the competitors, based on their positions in the business network. Proximity or distance is based on functional and psychological factors. Norms are based on informal rules as the acceptance of rules-of-play are widespread, and competitors set their goals independently. A common feature is that these goals are similar in structure and they can only be reached by acquiring resources from the same buyer. In other words, the competition relationship is a zero-sum game.” *Vid.* BENGTTSSON, M., KOCK, S., “Cooperation and competition in relationships between competitors in business networks”, *op.cit.*, pp. 178-194.

jerarquías), y siempre en detrimento de la opción no escogida¹⁸⁷.

Así las cosas, al igual que la configuración propia de los mercados y la de las jerarquías no responde satisfactoriamente a la realidad de la red, tampoco las soluciones que estos pueden proveer a situaciones de tensión entre competencia y cooperación van a ser del todo aceptables, pues se salen del paradigma dado.

Las redes empresariales, concebidas como estructuras híbridas entre el mercado y las jerarquías, representan un desafío desde el punto de vista de la competencia pues el diseño de sus políticas viene determinado por una cosmovisión simplista basada en la existencia exclusiva de mercados y jerarquías¹⁸⁸. No obstante, este problema no es exclusivo de las redes empresariales.

Todo sistema de organización plantea múltiples tensiones. Tensiones que se dan entre la colaboración y el control, los intereses individuales y los colectivos, la flexibilidad y la eficiencia, así como entre la responsabilidad social de la actividad realizada frente al lucro individual. Es más, a medida que los entornos organizacionales se vuelven más globales, dinámicos y competitivos, estas tensiones se intensifican¹⁸⁹.

La existencia de conflictos constituye una parte natural de cualquier

¹⁸⁷ TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, op.cit., p.211.

¹⁸⁸ MÉNARD, C., "The Economics of Hybrid Organizations", *op.cit.*, p.370.

¹⁸⁹ SMITH, W.K. y LEWIS M.W., "Toward a theory of paradox: a dynamic equilibrium model of organizing", *op.cit.*, p.381.

tipo de organización sin ser necesariamente destructiva para el conjunto. Los miembros de la red, a fin de garantizar la estabilidad y permanencia de la estructura creada, deberán aceptar la presencia de estas tensiones como un elemento inherente a la misma, orientando su actividad en vistas a resolver eficaz y eficientemente los conflictos que vayan surgiendo en su seno¹⁹⁰. No obstante, pese a que existan estas tensiones entre cooperación y competencia, no siempre van a provocar, indefectiblemente, patologías jurídicas desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia¹⁹¹.

Resulta necesario, asimismo, tener presente que los conflictos emergentes en el seno de las redes empresariales no solo se circunscriben a las tensiones propias entre situaciones simultáneas de competencia y cooperación. También existe contraposición entre el interés que une a todos los participantes y aquellos de naturaleza individual tales como la distribución de riesgos, costes o beneficios. Surgen, así, otras dos dimensiones de conflictos de interés: una relacionada con la existencia de

¹⁹⁰ELGOIBAR, P., MUNDUATE, L. y EUWEMA, M., “Building Trust and Constructive Conflict Management in Organizations”, en AA.VV. *Building Trust and Constructive Conflict Management in Organizations*, Springer International Publishing, 2016, p. 4.

¹⁹¹ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 118: “Cabe, sin embargo, la existencia de múltiples casos en los que la cooperación empresarial generada por la red no plantea en modo alguno problemas de competencia como sucede en los casos de: Cooperación horizontal entre no competidores presentes en un mismo mercado —productores de vino italianos de DO diversas que crean una comercializadora común en Alemania—; cooperación horizontal en mercados diversos —alianzas estratégicas entre distribuidores para poner en el mercado vinos de forma cruzada—; cooperación vertical —integración de la producción de vino con transferencia de tecnología hacia el productor y control por parte de los enólogos contratados por el distribuidor de la producción—; cooperación vertical cruzada en mercados diversos entre productores y distribuidores de vino por medio de alianzas estratégicas.”

la red, la otra con su gobernanza¹⁹². No obstante, y pese al interés que este tipo de conflictos puede suscitar en el seno de las redes empresariales, no se profundizará sobre esta controversia al alejarse del objeto concreto del presente trabajo.

En definitiva, resulta evidente la necesidad de armonizar los intereses presentes en la red antojándose necesaria, pues, la construcción de un marco legal que legitime la coexistencia de todos ellos y explique, con el mayor grado de detalle y alcance posible, cuáles habrán de prevalecer en caso de conflicto¹⁹³.

Así las cosas, asumiendo que esta tensión es inherente al propio sistema y reaccionando a la contradicción entre competencia y cooperación, surge el término “coopetition”¹⁹⁴ como fórmula híbrida que capta las ventajas que pueden alcanzarse a través de la combinación entre “cooperación” y “competencia”, erigiéndose así como un elemento característico de las redes¹⁹⁵. Sobre esta cuestión se volverá con mayor detalle en el Capítulo oportuno.

1.6 Autonomía empresarial

Tradicionalmente, la organización empresarial se encuadra bien a

¹⁹² CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo”, *op.cit.*, p. 66

¹⁹³ RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, *op.cit.*, p. 2.905.

¹⁹⁴ Palabra creada a partir de los vocablos en inglés “cooperation” y “competition”.

¹⁹⁵ TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, *op.cit.*, p. 212.

través de relaciones contractuales (mercados), bien a través de la empresa (jerarquías). Mientras que los mercados están enraizados en el concepto de autonomía (y por ello en este aspecto quizá más próximo al concepto de red), las jerarquías son fundamentalmente instituciones diseñadas en torno a los conceptos y prácticas de especialización, diferenciación e integración¹⁹⁶.

Tal y como se ha analizado previamente, la red empresarial estable y arraigada en la lógica de la organización funcional se revela como una solución eficaz a fin de reducir la necesidad de autosuficiencia de sus miembros¹⁹⁷; y lo que es más importante, sin conllevar la pérdida de su autonomía como operadores independientes ni necesariamente la creación de un nuevo sujeto de derecho distinto de los operadores originales¹⁹⁸.

El mantenimiento de esta autonomía está presente tanto en las actividades desarrolladas en el seno de la red como en las actividades empresariales llevadas a cabo fuera de la misma.

En cuanto a la primera dimensión, la interna, los miembros son interdependientes y no tienen la necesidad de tener que renunciar a su autonomía para tomar sus propias decisiones dentro del marco de las

¹⁹⁶ NAHAPIET, J., GHOSHAL, S., “Social Capital, Intellectual Capital, and the Organizational Advantage”, *op.cit.*, p. 257.

¹⁹⁷ ÁLVAREZ, J.L., FERREIRA, M.A., “Networks versus bureaucracies: the dilemmas of organizations of the future”, *Research Division IESE*, University of Navarra, 1995, p.14.

¹⁹⁸ GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, *op.cit.*, p.41.

obligaciones asumidas en el seno de la red¹⁹⁹. No obstante lo anterior, sin perder su autonomía como operadores independientes, los miembros también son parte de las relaciones jurídicas obligatorias que conforman la red y estarán, en consecuencia, sometidos a su disciplina²⁰⁰.

En todo caso, desde la disyuntiva lógica entre dependencia e independencia, conviene hacer algunos matices. Si bien la independencia preside los vínculos contractuales, en clave de red esta independencia no es plena: las relaciones contractuales se convierten en una suerte de observación recíproca entre contratos en la que cada operador persigue de forma autónoma su propio proyecto, adaptándose, asimismo, a las circunstancias del conjunto²⁰¹.

Finalmente señalar que, respecto de las actividades empresariales llevadas a cabo fuera de la red, sus miembros gozarán de autonomía a fin de determinar su estrategia empresarial y desarrollar su objeto social de la manera que encuentren oportuna.

¹⁹⁹ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, op.cit., p. 25. En sentido similar GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit., p.42: “La independencia jurídica de los empresarios se traduce en una autonomía jurídica y empresarial de los mismos frente al resto de participantes y frente a la red, de forma que cada uno de ellos mantiene su propia estrategia empresarial – intereses individuales divergentes –, con independencia de la del resto de los miembros, si bien sus decisiones empresariales se ven influidas– interdependencia – como consecuencia de su pertenencia a la red.”

²⁰⁰ GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit, p.42.

²⁰¹ TEUBNER, G., “Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization”, *op.cit.*, p.15.

2. Intereses presentes en la red empresarial

Conectado con las características propias analizadas en anteriores epígrafes, es preciso poner de manifiesto que, en el seno de las redes empresariales, coexisten intereses de diversa naturaleza, toda vez que, simultáneamente, los miembros pueden tener intereses homogéneos²⁰² y otros divergentes²⁰³.

Ciertos hechos, como el incremento de la reputación o del interés de los consumidores por el producto o bien producido y/o distribuido por la red empresarial, afectan al conjunto de sus miembros, generando, asimismo, incentivos que fomentan la colaboración entre ellos. Sin embargo, al mismo tiempo, otras cuestiones pueden ser fuente conflictos en el seno de la misma; por ejemplo, el reparto de la clientela, de los dividendos o su propia gobernanza²⁰⁴.

²⁰² Conviene aquí hacer una precisión terminológica de suma importancia. La cuestión de los intereses presentes en la red empresarial, concretamente de aquellos en los que coinciden y aglutinan a los distintos miembros, ha sido abordada por los principales autores de manera diferente. Así pues, CAFAGGI, F. o TEUBER, G. se refieren a este interés como “interés común o colectivo” en contraposición al “interés individual o particular” de cada uno de los miembros. *Vid.* CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, p.7; CAFAGGI, F., “Contractual networks and contract theory: a research agenda for European contract law”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, Cheltenham, 2011, p. 67 y TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, *op.cit.*, p.164. Con matices diferentes y de manera más elaborada, RUIZ PERIS lo denomina “interés compartido” y añade a la dialéctica existente entre “interés compartido” e “interés particular o individual” que este “interés compartido” es el elemento característico que aporta el verdadero valor añadido característico de la red empresarial, materializándose el verdadero conflicto en su distribución. *Vid.* RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *op.cit.*, p.16.

²⁰³ CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, 2008, p.7.

²⁰⁴ RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *op.cit.*, p. 16.

En los primeros trabajos dedicados a la exploración de nuevos límites en el campo de las estructuras en forma de red, concretamente en las cadenas de valor, se afirmaba que la creación de valor constituía el elemento esencial que hacía poderosos a estos tipos de organización²⁰⁵.

Desde la perspectiva de las redes empresariales, se viene a identificar ese valor añadido característico de las estructuras en red con el concepto de “interés compartido”, aunque con los matices oportunos que obliga a hacer este tipo de realidad empresarial. Así, en palabras de RUIZ PERIS, “el interés compartido por los miembros de la red es la creación de valor para la red en tanto que el conflicto se plantea a cómo distribuir ese valor”²⁰⁶.

Los mercados, tal y como muestra la teoría económica, se forman a través de una suerte de coordinación espontánea caracterizada por la existencia de intereses individuales sin tener en consideración los intereses particulares presentes en el resto de operadores²⁰⁷. Los mercados, pues,

²⁰⁵ En este sentido, JOHNSON, R., LAWRENCE, P., “Beyond Vertical Integration. The Rise of the Value Added Partnership”, *op.cit.*, p. 95, señalaba que el elemento esencial que hacía poderosa a la red analizada en su estudio, la “McKesson Corporation” (empresa estadounidense que distribuye medicamentos a nivel de ventas al por menor y proporciona tecnología de la información en la salud, suministros médicos y herramientas de gestión sanitaria), era la consciencia que los gerentes tenían sobre el valor añadido de cada operador agregaba en relación con el éxito de los demás. Se traspasaba así las fronteras de las distintas empresas, concibiendo a cada miembro de la red, no solo como una parte del mismo, sino como una unidad competitiva cuyo valor creado enriquecía el conjunto.

²⁰⁶ RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *op.cit.*, p. 16.

²⁰⁷ POWELL, W., “Neither market nor hierarchy: network forms of organization”, *op.cit.*, p. 302.

permanecen neutrales en lo que a los intereses de las partes se refiere y legitiman la lucha por separado de cada uno de los operadores atendiendo al puro beneficio del interés individual²⁰⁸.

En este sentido, únicamente en el caso de los contratos de colaboración (típicos ejemplos de redes contractuales), puede apreciarse, paralelamente, un interés compartido entre las partes que conlleva una serie de consecuencias tanto desde la perspectiva de la integración e interpretación de los contratos como en lo relativo a los derechos y deberes entre las partes²⁰⁹.

Por su parte, en las jerarquías resulta más evidente la presencia de un interés que trasciende al interés particular de cada uno de los operadores, expresándose este con distinta intensidad en función de la forma jurídica empleada.

En el ámbito de las estructuras corporativas, es fácil apreciar la existencia de un interés privado de la propia organización distinto de los intereses individuales de los socios que la forman; intereses particulares que, en caso de entrar en conflicto con el interés compartido entre los miembros de la red, decaerán en beneficio de este último llegando a convertirse “en ilegítimo todo intento de hacer prevalecer los intereses

²⁰⁸ Si se nos permite, más que legitimar, los mercados impulsan este tipo de comportamientos individualistas en todos los momentos del contrato: desde las negociaciones previas hasta su extinción, incluida la perfección del contrato, así como su ejecución.

²⁰⁹ RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, *op.cit.*, p. 2.904.

particulares de los socios o miembros de los órganos de administración frente al mismo”²¹⁰.

Contrariamente, en otras configuraciones tales como los grupos de interés económico o los consorcios, el interés compartido se expresa con menor intensidad, viéndose con frecuencia opacado por los otros intereses presentes en la red, estos son, los intereses individuales²¹¹. Precisamente, en su virtud, en este tipo de estructuras en las cuales el interés compartido es más frágil, la protección de la red, en concreto su reputación, se hace especialmente acuciante²¹².

Resulta fundamental identificar y definir con la mayor precisión posible qué interés o intereses van a vincular a los miembros en su seno pues la presencia de un interés compartido obliga a las partes a cooperar facilitando, así, el fortalecimiento de la confianza entre las miembros de

²¹⁰ RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 78. Igualmente, pero matizando, se refiere el autor al interés presente en las fundaciones: “Algo semejante sucede en el caso de las fundaciones, con la diferencia de que aquí no se trata de un interés común, sino de un interés fundacional, que convierte en ilegítimo cualquier intento de hacer prevalecer el interés particular de los miembros de los órganos de la Fundación o de sus miembros, en particular, del Patronato o sus integrantes, frente al mismo.”

²¹¹ RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, *op. cit.*, p. 2.904.

²¹² CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, p. 44. El autor ilustra esta afirmación con un ejemplo en el cual esta cuestión se muestra evidente en el caso de las redes de franquicias: “For example, in franchise even if the trademark is owned by the franchisor, a breach by one franchisee can undermine the reputation of the whole network: the selling of lower quality or defective products not only penalises the franchisor, but also the other franchisees. Currently, many legal systems would not allow the franchisee to sue the other franchisees in contract for breach, but some legal systems allow a tortious claim.”

una misma red²¹³.

Esta tarea, a priori, puede parecer sencilla. Sin embargo, en redes complejas de gran extensión, la identificación y concreción de los intereses en presencia deviene más ardua, conllevando, asimismo, una mayor dificultad a la hora de garantizar la confianza entre los distintos operadores²¹⁴.

La dialéctica entre interés compartido e interés divergente se muestra enormemente relevante desde una perspectiva jurídica que necesita soluciones diferentes a las ofrecidas por los postulados clásicos y adaptadas a la realidad de la red empresarial, por ejemplo, y de forma especial, en el campo del Derecho de contratos²¹⁵ o en la Defensa de la

²¹³ POWELL, W., “Neither market nor hierarchy: network forms of organization”, *op.cit.*, p. 305.

²¹⁴ GULATI, R., SINGH, H., “The Architecture of Cooperation: Managing Coordination Costs and Appropriation Concerns in Strategic Alliances”, *op.cit.*, p. 800: “Increasing the number of partners in an alliance can also limit the level of trust between alliance partners (Parkhe, 1993). Including more partners in an alliance can make identifying and realizing common interests more difficult, which complicates the task of ensuring trust between alliance partners.”

²¹⁵ Así en KIMEL, D., “The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 2 (Summer, 2007), p. 238: “The starting point for much of the pioneering work-focusing primarily on complex, long-term commercial relationships such as ones involving long-term supply, distributorship, agency, franchise and the like-was the observation that those often encompass norms of conduct which are unaccounted for by 'mainstream' contract theory, and which, potentially, pose unique practical, doctrinal and theoretical challenges. I view that core observation as indisputable, and attempts to rise to such challenges as laudable; indeed, much of the controversy they generated in the early years of relational theory seems unwarranted today.” No obstante, este aspecto será tratado posteriormente con mayor profundidad.

competencia²¹⁶.

Resulta acuciante, pues, combinar el interés común o colectivo de la red con aquellos intereses individuales de cada miembro siendo, para ello, necesario alcanzar un equilibrio a través de la implantación de determinados instrumentos, como, por ejemplo, un correcto diseño del gobierno de la misma²¹⁷ o una nueva interpretación desde la óptica de la Defensa de la competencia acorde a las características específicas de la red empresarial; cuestión esta que será abordada con mayor profundidad en momento posterior.

3. Tipologías de las redes empresariales

No se puede comenzar a analizar la tipología de las redes empresariales sin poner de manifiesto que su clasificación aún no se ha

²¹⁶ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, op.cit., p. 26. Sobre este concreto aspecto, incardinado en la dinámica propia del sector asegurador, se volverá con más detenimiento en la Parte IV.

²¹⁷ CAFAGGI, F., “Il nuovo contratto di rete: “Learning by doing?””, op.cit., p. 1.145; CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, op.cit., p. 43. Concretamente, aquí el autor se refiere a los problemas existentes en las redes de franquicias, ejemplo típico de las redes contractuales, y cómo se pueden abordar en clave de red: “The most significant issue is related to remedies in network contracts. Unlike market contracts, in network contracts, remedies should be devised to protect not only individual interests of the participants, but also the stability and effectiveness of the network. These interests, as noted earlier, may not be perfectly aligned. There may be conflicts between an individual participant and the network or there may be conflicts among the participants to the network.” Un estudio sobre el papel de los deberes fiduciarios en relación a la gobernanza de las redes empresariales puede consultarse en: GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit. En cuanto al deber de lealtad, el mismo autor en: GÓMEZ ASENSIO, C., *El deber de lealtad en las redes empresariales: los interproveedores*, Aranzadi, 2018.

definido en términos generales²¹⁸ debido, principalmente, a la ausencia de una metodología internacionalmente aceptada para definir a estas estructuras híbridas²¹⁹. Esto tiene sentido ya que, si el objeto de estudio aún no ha cristalizado, se antoja complicado crear una sistemática de estudio del mismo. En consecuencia, se hace imposible conceptualizar un modelo único de red que pudiera calificarse como típico²²⁰.

No obstante, a la hora de abordar cualquier materia desde una aproximación científico-teórica, la tarea que supone extraer notas y características homogéneas a fin de determinar qué tipos de redes existen, contribuye, inexorablemente, a profundizar en la comprensión de su propia naturaleza²²¹. De ahí que tal ejercicio intelectual sea necesario.

Definir y catalogar jurídicamente los distintos tipos de redes deviene imposible debido a que la variedad de las diversas formas de red que nos podemos encontrar en la práctica es infinita²²². Asimismo, el amplio espectro de configuraciones posibles en el entorno de las redes empresariales dificulta enormemente su clasificación.

Cada miembro de la red interviene en esta de diferente forma existiendo entre unos y otros operadores distintos niveles de

²¹⁸ MÉNARD, C., “The Economics of Hybrid Organizations”, *op.cit.*, p.370.

²¹⁹ DOMENECH APARISI, T.A., *Social Aspects of Industrial Symbiosis Networks*, Doctoral thesis, UCL (University College of London), 2010, p. 51.

²²⁰ GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, *op.cit.*, p.53.

²²¹ MÉNARD, C., “The Economics of Hybrid Organizations”, *op.cit.*, p.370.

²²² CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, p.508.

interdependencia; así habrá tantos tipos de red como redes haya en función de las diferentes formas organizativas a través de las cuales se configuren.

Por su parte, la configuración original de la red puede, asimismo, ir adoptando diversas formas y estructuras y partir de formas de colaboración más sencillas hasta la creación de filiales comunes²²³ o reconfigurarse de un tipo de red a otro. Y ya no solo es reseñable esta evolución o transformación a lo largo de la vida de la red sino también la coexistencia en su seno de diversas estructuras.

Hechas las prevenciones que anteceden, a continuación, se procederá sistematizar los distintos tipos de redes empresariales desde dos vertientes: una eminentemente jurídica y otra de índole más económico.

En cuanto a la primera, la clasificación fundamental radicará sobre la base jurídica que da forma a la red: si tiene naturaleza contractual o es de tipo asociativo. Respecto de la segunda, de carácter más próximo a cuestiones económicas y organizativas, las distintas tipologías de redes empresariales se distinguirán en función de su identificación con las formas clásicas de organización, la tendencia hacia la concentración mediatizada por otras hacia la descentralización, así como atendiendo al tipo de organización interna.

²²³ RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 83.

3.1 Tipos de red en función de los instrumentos jurídicos empleados para su formación.

Un problema esencial del cual hay que partir a la hora de crear una red empresarial es que, como se ha indicado, la realidad de este tipo de estructuras no se encuentra positivada en prácticamente ningún país²²⁴. En consecuencia, los operadores que desean formar una red empresarial tendrán que valerse de las categorías jurídicas clásicas provistas en el Derecho privado, estas son, los contratos y las organizaciones, con las limitaciones que ello implica²²⁵.

Así las cosas, en función de los instrumentos jurídicos empleados para su configuración, existirán, pues, tanto redes empresariales de base contractual (contrato de agencia, corretaje, etc.) como de base asociativa (*joint-ventures* incorporadas, sociedades cooperativas entre empresarios y cooperativas de segundo grado, etc.)²²⁶.

En cuanto las tipologías que pueden encontrarse en las redes

²²⁴ Se indicaba, como clara excepción, el caso italiano al regular expresamente el “Contratto di rete”.

²²⁵ Ni los contratos ni las organizaciones, a priori, responden a la realidad de la red empresarial. En consecuencia, las soluciones que ofrecen estas categorías jurídicas a menudo son discordantes con las verdaderas exigencias de la red empresarial. Así, por ejemplo, la elección de un tipo de forma organizativa, con toda probabilidad puede compeler y oprimir el desarrollo o configuración deseada por los miembros de la red empresarial. Pero los contratos, pese a la mayor flexibilidad que comportan gracias a la autonomía de la voluntad, tampoco aportan una solución plenamente satisfactoria en clave de red toda vez que la aplicación de las normas que los rigen no responden a las necesidades específicas del fenómeno de la red.

²²⁶ RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, *op. cit.*, p. 2.902.

contractuales, CAFAGGI distingue al menos cuatro estructuras jurídicas con características propias: contratos multilaterales, contratos bilaterales vinculados interdependientes, contrato multilateral como marco junto con contratos ejecutorios bilaterales y contratos interrelacionados en beneficio de tercero²²⁷.

La primera forma viene referida a un contrato multilateral, donde tres o más partes acuerdan coordinar operaciones económicas complejas, tales como la producción parcial o total, la cadena de distribución o ambas. El ejemplo típico de esta formación sería el contrato de consorcio. En un segundo lugar, aquel conjunto de contratos bilaterales interdependientes vinculados. Señalar, en este supuesto, dos ejemplos ilustrativos: la subcontratación en la cadena de suministro, así como los contratos de distribución, franquicia y de licencia en la cadena de distribución. Una tercera forma, mixta o intermedia entre las anteriores, consistiría en un contrato multilateral formado por un contrato marco y distintos contratos bilaterales de ejecución entre las partes para regular los elementos específicos. Por último, el cuarto modelo traería causa en una serie de contratos interrelacionados para uno o varios terceros beneficiarios²²⁸. A su vez, el mismo autor, en relación con los contratos bilaterales vinculados interdependientes, diferencia tres subtipos: el modelo el hilera, el modelo

²²⁷ Una visión más detallada sobre esta clasificación puede consultarse en CAFAGGI, F., “Redes contractuales y small business act. ¿Hacia unos principios europeos?”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 37-73.

²²⁸ CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, p. 509-512.

de halo y el modelo de distribución o franquicia²²⁹.

Por su parte, atendiendo a la clasificación que puede hacerse de las redes de tipo asociativo, señalar las cuatro modalidades fundamentales presentes en el tráfico mercantil: con vínculo jurídico contractual (alianzas estratégicas, contratos de colaboración, el contrato de red, clusters o joint ventures no incorporadas); con vínculo jurídico consorcial (el consorcio, la unión temporal de empresas, agrupaciones de interés económico); con vínculo jurídico societario (joint ventures incorporadas, sociedades de garantía recíproca, sociedades cooperativas entre empresarios sociedades cooperativas entre empresarios y cooperativas de segundo grado) y aquellas con vínculo jurídico de grupo (o grupos por coordinación).

Finalmente, poner de manifiesto que, pese a su interés académico, la distinción efectuada entre las redes empresariales de base contractual u organizativa carece de verdadera transcendencia en la práctica pues, en definitiva, la consecución del interés común no depende de la adopción de cualquiera de las dos categorías jurídicas ofrecidas por el Derecho privado

²²⁹ Por su elevado interés a efectos de la presente exposición se extrae una breve descripción de todos ellos: “Modelo de hilera: en este modelo, la coordinación a través de la vinculación voluntaria es más fácil. Si A y B quieren lograr un determinado resultado, éstos pueden acordar que B se obligará a insertar la cláusula en el contrato con C y la impondrá sobre C que hará lo mismo con D y, a su vez, D lo hará con E. Modelo de halo: en este caso, la coordinación podría ser más difícil. A puede imponer a B la obligación de introducir cláusulas en sus contratos con D y C. Sin embargo, si C y D quieren coordinar con E, F y G, sin la mediación de B, ellos tendrán que recurrir a un “contrato implícito”. Modelo de distribución o franquicia: la capacidad de las partes para establecer vínculos entre los diferentes contratos en orden a crear una red también difiere sutilmente en relación a la estructura de una red —como un halo o una hilera— y en relación con la secuencia de tiempo.” En CAFAGGI, F., “Redes contractuales y small business act. ¿Hacia unos principios europeos?”, *op.cit.*, p. 49.

tradicional²³⁰.

3.2 Tipos de red atendiendo a su identificación con las formas clásicas de organización

Atendiendo a este criterio, MILES y SNOW identifican tres tipos básicos de redes empresariales que pueden vincularse a formas de organización más clásicas; así se distinguen la red interna, la red estable y la red dinámica, correspondiéndose con los modelos clásicos de organización matricial, funcional y divisional, respectivamente.

El primer tipo, la red interna, se caracteriza por tener una estructura en la que los distintos operadores desarrollan su actividad con un elevado grado de autonomía entre ellos y con cierta autosuficiencia para alcanzar el interés común a todos ellos. Su lógica operacional parte de la utilización compartida de recursos que se van asignando a lo largo de la cadena de valor utilizando mecanismos de mercado – el precio-, ello con el propósito de obtener una ventaja competitiva a través de la misma. En consecuencia, este tipo de organizaciones facilitan la capacidad tanto de expandirse como contraerse, logrando así una alta adaptabilidad y posibilidad de acceder a nuevas oportunidades en el mercado²³¹.

²³⁰“Desde la perspectiva de la identificación de una realidad económica como una red empresarial, resulta indiferente el modo de su instrumentación jurídica. El cumplimiento de la finalidad económica compartida que se encuentra en el núcleo de la conformación de la red puede realizarse tanto por medio de instrumentos contractuales como societarios, consorciales o de grupo.” En RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 84.

²³¹ MILES, R. E., SNOW, C. C., “Causes of failure in networks organizations”, *op.cit.*, pp. 61-62.

El segundo tipo, la red estable, se configura a través de un conjunto de operadores independientes entre sí pero estrechamente vinculados a un operador central que externaliza una parte sustancial de su producción al resto de los miembros de la red. En este caso, a diferencia de lo que sucede en la red interna, tanto los activos como el riesgo se distribuyen entre varios operadores independientes que componen la red sin que existan recursos compartidos, facilitando así la aparición de una de las notas características de las redes: la estabilidad²³².

Por último, el tercer tipo propuesto por MILES y SNOW es la red dinámica. En esta tipología la externalización de los procesos es más amplia a fin de contar con los operadores más especializados. El rol ejercido por el operador central o cabeza de red, más que a la producción, viene orientado a la realización de tareas de gestión y coordinación conectando los distintos operadores de forma que coadyuven a la consecución del interés común de la red y asumiendo, por ello, una mayor responsabilidad. La red dinámica se modifica constantemente adaptándose a nuevos entornos y objetivos, lo cual la hace más vulnerable ante el riesgo de que pueda salir del área de especialización propia y, por ende, a debilitar e incluso desvirtuar su lógica operacional originaria (especializarse para ser más eficiente)²³³.

3.3 Tipos de red en función de la concentración y la descentralización

²³² *Ibidem*, pp. 58-60.

²³³ *Ibidem*, pp. 60-61.

Siguiendo la clasificación señalada por TEUBNER, se distinguen seis configuraciones de red dentro de este tipo. Estas son las redes de innovación, redes de suministro, redes de producción, redes de distribución, redes de clientes y, finalmente, redes de creación de valor en sentido estricto²³⁴.

Partir de esta tipología resulta especialmente útil a fin de identificar con mayor claridad aquellos problemas económicos y legales particulares que las redes presentan dentro de las cadenas de creación de riqueza; ello es debido a que esta sistematización hace especial hincapié en el carácter híbrido de las redes como estructuras entre los estratos de producción

²³⁴ TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, op.cit., pp. 98-100. Se extracta, por su elevado interés ilustrativo, la descripción elaborada por el referido autor: “1. Innovation Networks aim to create design and production technologies and facilitate common research and development. A common characteristic of these networks is that they are not confined to a process of business co-operation, but rather, in addition to fulfilling normal economic functions, are also subject to political priorities, undertake long-term scientific research without regard for immediate economic advantages and must also be able to secure their own social acceptance. 2. Supply Networks: are vertical relationships between focal firms (network centres) and the suppliers of components. They are typically organised as hierarchical networks encompassing a central business and its satellites. Just-in time- production is a particularly challenging form of supply network that has dramatically reduced warehouse costs, created a demand for particularly close agreements between producers and suppliers and given rise to strong dependency on information systems. 3. Producer Networks encompass horizontal co-production processes within which competing producers combine their production capacity (finances, labour force) in order to maximise their product range and geographical coverage. 4. Distribution Networks concern vertical relations between manufacturers, distributors, marketing channels, distribution outlets and end-users. Franchising in particular has established itself as an efficient distribution type which has proven to be remarkable successful in contrast with traditional distribution systems. 5. Client Networks are designed to incorporate clients within production and manufacturing processes. We are confronted here with the traditional problem of consumer protection. 6. Wealth creation networks are overarching concentrations that bind various production stages together into a quasi-integrated firm through contractual cooperation. A particular example is furnished by standardisation networks that seek, by means of the creation of global standards, to bind as many firms as possible to their own products or to cross cutting standards.”

autónomos y la integración vertical dentro de las organizaciones formales²³⁵.

En concreto, a los efectos que ocupan en el presente trabajo, esta clasificación goza de especial relevancia por cuanto sus distintas tipologías son fácilmente identificables en la estructura del mercado asegurador. A ello volveremos con mayor profundidad en el capítulo correspondiente.

3.4 Tipos de red atendiendo a su organización interna

Incardinado en este modelo, se distinguen dos tipos de organizaciones a nivel conceptual en las que puede acomodarse una red: redes hegemónicas y redes paritarias.

Por red hegemónica puede entenderse aquella “situación de superioridad organizativa o estratégica en la que un cabeza de red, ejerce su influencia sobre la organización y actividad de la red, si bien no ejerce un control efectivo sobre ninguno de los miembros independientes de la misma”. Por su parte, el modelo de red paritaria viene referido a “un escenario en el que no existe ninguna empresa predominante y los miembros de la red, a menudo empresarios que se encuentran dentro de un mismo sector de actividad y nivel de la cadena de producción, pese a mantener relaciones de interdependencia, se encuentran en un plano de mayor igualdad, pudiendo de hecho ser colaboradores en lo que la actividad objeto de la red se refiere y competidores para el resto de

²³⁵ TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, op.cit., p. 98.

actividades que ejercen.”²³⁶

Como se advertía al comienzo de este epígrafe, no todas las clasificaciones de las redes empresariales son relevantes desde un enfoque estrictamente jurídico. Sin embargo, quizá esta sistematización en función de la organización de sus miembros sea la más útil para tal fin por dos motivos. De un lado, debido al empleo de variados instrumentos jurídicos para su configuración; de otro, por la distinta significación práctica y tratamiento que tienen las redes hegemónicas y paritarias desde el Derecho de Defensa de la competencia²³⁷.

²³⁶ GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit., pp. 46 y 47.

²³⁷ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, op.cit., p. 31.

CAPÍTULO 3. – VISIÓN DINÁMICA DEL FENÓMENO DE LA RED EMPRESARIAL: DIMENSIONES INTERNA Y EXTERNA

1. Dimensiones de las redes empresariales

Al igual que de los contratos emergen dos esferas que gravitan en torno a la propia existencia del mismo²³⁸, la creación de una estructura en forma de red genera dos universos diferenciados que habrán de valorarse en función de sus particulares características y circunstancias.

Así, pueden distinguirse dos ámbitos o dimensiones relacionados con la red: una vertiente interna y otra externa; cuestiones sobre las cuales se profundizará a continuación.

1.2 Dimensión interna: relaciones entre los miembros de la red

Tal y como se ha expuesto en epígrafes anteriores, los miembros de la red conforman un conjunto organizado de operadores que mantienen la autonomía necesaria para tomar sus propias decisiones dentro del marco de las obligaciones asumidas en el seno de la red; red cuya existencia viene justificada, a la postre, como instrumento organizacional creador de valor que coadyuva a la consecución de sus objetivos, en especial, del incremento de la eficiencia del conjunto.

Esta dinámica organizativa, a su vez, genera una serie de intereses

²³⁸ Por ejemplo: de un lado la órbita de la responsabilidad contractual entre las partes y, de otro, la extracontractual con terceros ajenos al contrato.

en el seno de la red de diversa naturaleza: de un lado intereses compartidos, comunes o colectivos; de otro, intereses particulares o individuales propios de cada uno de los miembros.

La correcta gestión entre ambos tipos de intereses va a ser, pues, el núcleo central de las relaciones internas en el seno de la red y, en palabras de RUIZ PERIS, ello “exige una regulación externa de dichas relaciones o la regulación de las mismas a través de la integración contractual de acuerdo con las reglas de la buena fe, tomando en cuenta la consideración realizada por CAFAGGI de que lo relevante desde la perspectiva que nos ocupa es la regulación de la actividad desarrollada por la red y añadido yo de las relaciones entre sus miembros y no de los simples actos realizados por sus miembros, en particular de los singulares contratos”.²³⁹

El interés o propósito de la red²⁴⁰ se configura como una categoría legal característica de las redes que abarca explícitamente la contradicción entre los elementos individuales y colectivos²⁴¹, sirviendo, asimismo, para delimitar el horizonte de dos dimensiones. Una primera dimensión en la cual los deberes típicos de actuar conforme a la buena fe se expresan de manera típica – característico de las redes contractuales- y otra en la que los deberes de lealtad se significan con mayor intensidad– más propio esto de las redes jerárquicas -.²⁴²

²³⁹ RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *op.cit.*, p. 15.

²⁴⁰ Este interés o propósito de la red es característico de las organizaciones reticulares y contrasta con las categorías clásicas del Derecho privado tales como el “fin contractual” o el “objeto social”. *Vid.* TEUBNER, G., “Coincidentia Opositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization”, *op.cit.*, p. 22.

²⁴¹ TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, *op.cit.*, p. 184.

²⁴² *Ibidem*, p. 185.

Se analizará, a continuación, en qué deberes concretos se materializa este especial énfasis advertido en el contexto de las redes empresariales.

1.1.1 Deberes derivados de la buena fe²⁴³.

Vaya por delante llamar la atención sobre la ausencia de una lista exhaustiva que recoja todos los deberes derivados de la buena fe que puedan verse potenciados en el fenómeno de las redes empresariales²⁴⁴, pues, al igual que sucede con los deberes derivados de la lealtad, resulta imposible prever todas las situaciones posibles en las que estos pudieran emerger. Así las cosas, procede analizar aquellos deberes en los cuales se puede apreciar de manera clara la intensificación de los deberes dimanantes de la buena fe propios de los contratos.

Como punto de partida, son de especial interés, dada su similitud con las relaciones existentes en la dimensión interna de la red, aquellos vínculos contractuales establecidos entre las partes a largo plazo y de manera estable. En este contexto, seguidamente se hará referencia a aquellos deberes en el ámbito contractual extrapolables a la esfera de la red empresarial, a saber: el deber de revelar información, los deberes de confidencialidad y coordinación, así aquellos deberes de no discriminación, de exclusividad y de pactos de no competencia.

²⁴³ Un completo estudio sobre los deberes fiduciarios, en concreto los del cabeza de red, puede encontrarse en la siguiente monografía: GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit., 2015.

²⁴⁴ TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, op.cit., p. 186.

1.1.1.1 Deber de revelar información

El deber de revelar información entre los operadores que conforman la red es mucho más intenso que el propio de las relaciones contractuales. Más que favorecer, en el contexto de las redes contractuales resulta imprescindible garantizar los intercambios de información entre los miembros en aras de asegurar el óptimo funcionamiento de este tipo de estructuras²⁴⁵. De aquí que, para conseguir un desempeño que sea capaz de maximizar el interés compartido, el deber de revelar información se revela como un instrumento claramente eficaz a tal efecto.

La presencia de deberes que obliguen a intercambiar información en el seno de la red redundan, a la postre, en una mayor facilidad a la hora de crear soluciones que coadyuven en la adaptación de la red a las nuevas circunstancias. Ello es así debido a que, generalmente, en los procesos de toma de decisiones caracterizados por la apertura a distintas y más variadas fuentes de información, aumenta la probabilidad de obtener resultados más innovadores y adaptativos²⁴⁶. No obstante, cabe matizar que este deber de revelar información habrá de imponerse, exclusivamente, respecto de aquella que sea necesaria para la consecución del fin colectivo de la red, sin extenderse, por tanto, a otras informaciones que no vengan relacionadas con el propósito de la misma.

²⁴⁵*Ibidem*, p. 187.

²⁴⁶SHARFMAN, M.P., DEAN, J.W., "Flexibility in strategic decision making: informational and ideological perspectives", *Journal of management studies*, Blackwell Publishers, vol. 34 :2, 1997, p. 194.

Finalmente, destacar que estos intercambios de información, configurados como verdaderos deberes derivados de la buena fe en el seno de la red, vienen siendo observados estrechamente y con desconfianza desde el punto de vista de la Defensa de la competencia pues dichos flujos, a menudo entre competidores, pueden ser considerados como ilícitos antitrust²⁴⁷.

1.1.1.2 Deberes de confidencialidad

Las consideraciones en torno a la confidencialidad en la red empresarial están presentes a los efectos de generar confianza entre los operadores, ya sea en el inicio de la relación, durante o llegado el momento de su extinción.

En los albores de cualquier tipo de negociación que conlleve un mínimo intercambio de información, es práctica habitual la firma de los denominados *acuerdos o pactos de confidencialidad*²⁴⁸, ello con la finalidad de proteger a las partes ante un mal uso de la misma o ante una divulgación no consentida, aportando así, en esos momentos iniciales, un

²⁴⁷Para un análisis más profuso al respecto, en ESTEVAN DE QUESADA, C., “Intercambios de información en las redes empresariales: problemática antitrust”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 507-530.

²⁴⁸Comúnmente denominados por sus siglas en inglés (“NDAs”, Non-Disclosure Agreements), los acuerdos de confidencialidad tienen por objeto comprometer contractualmente a las partes a no revelar la información intercambiada, ya sea en el seno de una relación contractual o en los tratos preliminares, para un objetivo o fin determinado. Estos pactos, a su vez, pueden adoptar la forma de contrato o de cláusula en un contrato que regule la operación principal entre las partes (ej. un contrato de suministro o una licencia de software).

mayor nivel de seguridad jurídica. Igualmente, el respeto a la confidencialidad desempeña un rol esencial en los procesos de *due-diligence*²⁴⁹.

Posteriormente, fruto del clima de confianza que emerge entre las partes a raíz del contacto repetido en el tiempo²⁵⁰ y del respeto a la mutua confianza, se potencia la estabilidad de la red. Esto conduce a una minoración del riesgo de comportamiento oportunista, cuestión capital en el entorno de red a fin de garantizar su viabilidad y óptimo funcionamiento.

Por último, en cuanto al contenido que debe ser protegido en virtud del deber de confidencialidad, destacar que este habrá de venir referido, al igual que sucediera con el deber de revelar información, exclusivamente a aquellas cuestiones que afecten a la consecución del propósito de red. De lo contrario, se disiparía en la red uno de los factores claves que la hacen especial: la ventaja competitiva ganada como consecuencia del uso restringido de la información intercambiada²⁵¹.

²⁴⁹ En Derecho español no existe ninguna norma que regule el procedimiento que hay que seguir para llevar a cabo un procedimiento de *due-diligence*, si bien este tipo de acuerdos suele materializarse a través de una carta de intenciones. Mediante la firma de dicho documento el receptor de la información manifiesta, entre otras cosas, su compromiso de actuar conforme al deber de confidencialidad, entendido este según lo pactado por las partes en el propio acuerdo.

²⁵⁰CAPALDO, A., “Network structure and innovation: the leveraging of a dual network as a distinctive relational capability”, *Strategic Management Journal*, vol. 28, John Wiley & Sons, 2007, p. 601.

²⁵¹GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit., p. 265.

1.1.1.3 Deber de no discriminación, exclusividad y pactos de no competencia

Al igual que los principios rectores del Derecho Privado, particularmente en el derecho corporativo, imponen deberes de no discriminación en virtud de diferentes esferas, de la misma manera deben ser observados estos deberes en el contexto interno de las redes. Así, en compensación a la obligación de seguir las directrices del cabeza de red, el deber de no discriminación compensaría las tendencias centrífugas que podrían producirse en la misma como consecuencia de la autonomía y de los intereses divergentes del interés común que existiera en cada miembro²⁵².

En sentido similar, los pactos de no competencia incentivan a los miembros de la red a que realicen actividades ajenas a esta, potenciando así la protección legítima de sus intereses particulares –actividades no concurrentes con las desarrolladas en el seno de la red-, y, preservando, simultáneamente, el interés común. Las cláusulas de exclusividad, por su parte, coordinadas tanto dentro de los contratos bilaterales como de los multilaterales, sirven para definir los límites de la red y generar interdependencia, protegiéndola así de la intervención de terceros²⁵³.

²⁵²TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, op.cit., p. 188-189. En este sentido, señala el autor, un claro ejemplo puede verse en el contrato de franquicia: si todos los operadores tienen que cumplir un mismo estándar, estos deberían ser tratados por igual.

²⁵³CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo”, *op.cit.*, p. 42.

Igualmente, parece plausible afirmar que estas últimas, las cláusulas de exclusividad, potencian una mayor integración y una reducción del riesgo de comportamientos oportunistas entre los distintos elementos de la red por cuanto que engendran una mayor interdependencia; interdependencia que, por su parte, tendrá una mayor o menos intensidad en función del contenido y alcance de la cláusula de exclusividad.

En definitiva, todos estos deberes son instrumentos jurídicos que ayudan a configurar un correcto diseño de la red empresarial, de ahí que su presencia sea sintomática de la realidad de la red empresarial que se puede esconder detrás una maraña de relaciones contractuales aparentemente no conectadas entre sí.

1.1.2 Deberes de lealtad

Tomando como base la regulación contenida en el Derecho de sociedades, aquellas situaciones que generan conflictos de interés constituyen el caso más típico en el cual el deber de lealtad se pone de manifiesto²⁵⁴; deber del cual, a su vez, emerge la obligación para los

²⁵⁴ No obstante, esta afirmación es controvertida debido a que “la mayor parte de la doctrina tiene una visión reducida del supuesto de hecho y lo sitúan en la disparidad que se produce entre los intereses de los administradores y los intereses de la sociedad, pero estos últimos relacionados únicamente con los socios. Desde esta perspectiva parte de la doctrina debate sobre si el deber de lealtad queda protegido por el contenido contractual que regula la relación del administrador y la presión del propio mercado o si es preciso además establecer una sanción a las conductas desleales. Sin embargo, otra parte reconoce que ninguno de esos instrumentos por sí solo es suficiente.” *Vid. ALEJOS GARMENDIA, C., Los Deberes de Diligencia y de Lealtad de los Administradores de las Empresas*, Aranzadi, 2017, (Cap. II, *Algunas características de las Sociedades no Cotizadas*, p. 20/74, versión electrónica).

administradores²⁵⁵ de abstenerse de hacer uso de la información confidencial de la compañía con fines privados²⁵⁶, extendiéndose dicha obligación tanto a los beneficiarios de los actos como a las actividades a las cuales esté vinculado el administrador²⁵⁷.

En lo relativo al compendio de obligaciones dimanantes del deber de lealtad, la Ley de Sociedades de Capital ofrece una serie de obligaciones básicas en su artículo 230, ello sin circunscribir el alcance de dicho deber a actuaciones específicas. En concreto, uno de los principales problemas que surge en torno a la regulación de los grupos por subordinación es la pluralidad de intereses presentes en su seno, pues puede que, en determinadas circunstancias, los objetivos de la matriz perjudiquen a alguna de las filiales, o viceversa. Este hecho conlleva, a su vez, la necesidad de configurar un deber de lealtad más reforzado e intenso en este tipo de jerarquías que ayude a gestionar las eventuales tensiones que pudieran surgir dentro de las mismas²⁵⁸.

No obstante, en el contexto de los denominados grupos por coordinación, a priori más próximos a la realidad de la red empresarial toda vez que sus miembros se encuentran en un plano de mayor igualdad, no parece que este deber de lealtad se muestre con la misma intensidad que

²⁵⁵ Nótese que el respeto a la confidencialidad se configura no como un deber sino como una obligación, con los efectos jurídicos que tal condición comporta.

²⁵⁶ Art. 229.1.c) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

²⁵⁷ Art. 229.2 del mismo texto.

²⁵⁸ LÓPEZ EXPÓSITO, A.J., “Aspectos societario-mercantiles de los grupos de sociedades”, *El control societario en los grupos de sociedades. Un enfoque práctico y multidisciplinar*, Wolters Kluwer España, 2017, p. 106.

en los anteriores.

Desde la lógica de la red empresarial, en palabras de RUIZ PERIS, “el deber de lealtad implica actuar realizando una adecuada armonización entre intereses compartidos y divergentes propios y legítimos en el seno de la red de acuerdo con lo pactado por sus miembros. Actuación en «interés de la red», realizando una adecuada ponderación entre interés compartido e interés divergente de acuerdo con lo indicado anteriormente”²⁵⁹, cobrando especial importancia a la hora de analizar la gobernanza de las redes empresariales²⁶⁰.

Finalmente, y a diferencia de lo que sucede en las sociedades de capital (en las cuales este deber de lealtad solo ha de estar presente en las actuaciones realizadas por determinados sujetos ²⁶¹), en el seno de la red el alcance de este deber de lealtad llega a todos y cada uno de los miembros que la componen, debiéndose extender este no solo a los intereses

²⁵⁹ RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 117.

²⁶⁰ En este sentido, TEUBNER, G., “Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization”, *op.cit.*, p. 18. “In stark contrast to the duties of good faith governing exchange contracts on the one side and to duties of loyalty to the association on the other, the legal category that is best suited to capture the network logic, to give it institutional support, and to compensate for some of its negative implications, is surely the duty of loyalty to the network. This duty is distinguished by virtue of its double orientation within one formula to both network and contract.”

²⁶¹ De hecho, la insuficiencia en la identificación de los destinatarios del deber de lealtad en el seno de las sociedades de capital constituye uno de los puntos de mejora que se ha pretendido corregir con la reforma de la normativa dispuesta a estos efectos, extendiendo, para ello, el régimen de responsabilidad a todas aquellas personas que, aun sin ostentar la posición formal de administrador, desempeñasen en la sociedad un papel de índole similar –los administradores de hecho-. En este sentido, PAZ ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 39, 2015, p. 58.

comunes, sino también a los propios.

1.1.3 Dimensión interna de la red y Derecho de contratos

La aproximación al estudio de la dimensión interna de la red y el Derecho de contratos parte del análisis clásico de los contratos bilaterales vinculados, conexos e interrelacionados en el ámbito del Derecho privado. En este contexto, la dificultad estriba, fundamentalmente, en determinar las consecuencias de la vinculación de cada uno de los contratos conexos y no tanto en los problemas planteados sobre su regulación individual.²⁶² La problemática jurídica en torno a esta cuestión se reduce, pues, a dos cuestiones: cómo y hasta dónde han de extenderse las consecuencias jurídicas derivadas de la interconexión contractual²⁶³.

La conexidad o coligamiento contractual²⁶⁴ no tiene cabida, *stricto*

²⁶²*Vid.* FERNANDO MÁRQUEZ, J., “Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-2, p. 151: “Un problema nuevo para la teoría se planteó ante la presencia de pluralidad de contratos vinculados. Las mismas partes, o distintas, articulan varios contratos que no funcionan aislados, sino que se imbrican, de manera que no pueden ser interpretados sino como un sistema. Se está ante la cuestión de la vinculación, coligación o conexidad entre los contratos. En este plano de análisis la doctrina (primero, especialmente, la italiana y francesa; más recientemente la argentina), visualizó un nuevo panorama: además de los negocios llevados a cabo mediante un solo contrato, la contratación se realiza mediante convenios plurales, independientes entre sí mas formando parte de un mismo negocio. Se presentan los contratos conectados o vinculados, en los que los intereses de las partes (muchas veces más de dos) no se satisfacen a través de una relación simple (o compleja, pero única).

²⁶³GONZÁLEZ CASTILLA, F., “La aplicación del principio de relatividad de los contratos a las redes de distribución”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 98.

²⁶⁴ Los contratos coligados o conexos son calificados por la doctrina, en términos generales, como aquellos en los cuales “las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad

sensu, en el Código Civil dado que este tipo de relaciones multilaterales no gozaban, por aquel entonces, de gran relevancia. De aquí que las disposiciones establecidas en dicho texto legal en torno a los elementos del contrato, su validez y eficacia o su interpretación, se encuentren totalmente alejados de esta realidad²⁶⁵. Sin perjuicio de lo antedicho, el mero hecho de que la Ley no otorgue expresamente carta de naturaleza a la red empresarial no significa que esta resulte automáticamente prohibida, siendo necesario, pues, recurrir a las estructuras actualmente amparadas por el Derecho privado a fin de garantizar una forma jurídica válida y eficaz de la red empresarial en el tráfico mercantil.

El principal escollo de cara a resolver el problema planteado por el fenómeno de la conexidad o coligamiento contractual, amparado en la doctrina italiana bajo el término “collegamento negoziale” o en la francesa como “groupes de contrats”²⁶⁶, parece hallarse en el principio de la relatividad de los contratos, contenido en la regla general del artículo 1.257.1 del Código Civil, según la cual “los contratos sólo producen efecto

empírica que persiguen o pretenden.” Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Aranzadi, 6ª edición, 2007, p. 490. Se ha optado por esta denominación (contratos “conexos” o “coligados”), si bien existen multitud de expresiones empleadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para referirse a esta misma realidad: “contratos enlazados”, “grupo de contratos”, “contratos vinculados”, “ensamblaje contractual”, “contratos auxiliares”, “contratos satélites”, “convenciones complementarias”, así como “uniones de contratos”. BERNARD MAINAR, R., “A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2010, pp. 1.451-1.452.

²⁶⁵ LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch Editor, 1994, p. 35.

²⁶⁶ LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, op.cit., pp. 27-33.

entre las partes que los otorgan y sus herederos”.²⁶⁷ El desafío jurídico irá orientado, pues, a la búsqueda de mecanismos que den encaje a dicho fenómeno dado el actual paradigma normativo y sus propios límites, identificados estos, en última instancia, con la imposibilidad de invadir la esfera jurídica ajena. Por su parte, trasladada la problemática apuntada desde el escenario del Derecho contractual clásico al contexto de las relaciones “intrad”, la dificultad estribaría en dilucidar si la existencia de la red provoca consecuencias jurídicas diferentes a las que un contrato, individualmente considerado, no hubiese producido entre sus miembros²⁶⁸.

Junto a la necesaria superación del principio de relatividad de los contratos que parece exigir la realidad de la red empresarial, se abren paso, asimismo, otro tipo de inconvenientes fruto de la especial naturaleza de dicho tipo de estructuras tales como aquellos derivados de los especiales deberes de conducta existentes en el seno de la red²⁶⁹, del “encroachment” practicado entre sus miembros²⁷⁰, o de ciertas vicisitudes contractuales entre los miembros de una red de franquicia²⁷¹.

²⁶⁷ GONZÁLEZ CASTILLA, F., “La aplicación del principio de relatividad de los contratos a las redes de distribución”, *op.cit.*, p. 100; LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, *op.cit.*, p. 256.

²⁶⁸ GRUNDMANN, S., “Redes contractuales. ¿Contratos o Sociedades no personificadas?”, *op.cit.*, p. 131.

²⁶⁹ Sobre el deber de lealtad, *vid.* GÓMEZ ASENSIO, C., *El deber de lealtad en las redes empresariales: los interproveedores*, *op.cit.* Relativo a los deberes fiduciarios, *vid.* GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, *op.cit.*, 2015.

²⁷⁰ Al respecto, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (Encroachment)*, *op.cit.*

²⁷¹ MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de master franquicia”, *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, 2018, pp. 231-262; MARTÍ MIRAVALLS, J., *El Contrato de Master Franquicia*, Aranzadi, 2009, especialmente los capítulos Quinto y Sexto, dedicados al estudio del

Igualmente, de los conflictos que pueden originarse entre distribuidores situados al mismo nivel de una red empresarial o entre aquellos otros vinculados a través de contratos encadenados verticalmente, surgirán problemas específicos propios de la naturaleza de la red empresarial a consecuencia de la existencia de la misma.²⁷² Por su parte, la presencia de un interés común a todos los miembros de la red plantea dudas sobre si, en último término, este hecho impacta directamente en cada uno de los contratos individuales que conforman el tejido de la misma²⁷³.

Ahora bien, pese a toda la problemática apuntada, lo cierto es que en el Derecho de contratos se contemplan ciertos mecanismos que permiten, en mayor o menor medida, procurar un diseño a la red empresarial que atienda a sus especiales necesidades y dar una respuesta distinta de la que podría alcanzarse considerando a cada una de las partes involucradas de forma aislada. En tal sentido, CAFAGGI ofrece posibles soluciones:

“Las cláusulas contractuales pueden asignar la responsabilidad inmunizando algunas partes a través de exenciones de responsabilidad y de imposiciones de responsabilidad a partes no contratantes mediante indemnizaciones. De este modo las partes, incluso en las redes de

contenido del contrato y a las diferentes obligaciones contractuales del franquiciador y del master, respectivamente.

²⁷² En concreto, sobre los problemas específicos que surgen a través de contratos sucesivos encadenados verticalmente, *vid.* GONZÁLEZ CASTILLA, F., “La aplicación del principio de relatividad de los contratos a las redes de distribución”, *op.cit.*, p. 97-134.

²⁷³ GRUNDMANN, S., “Redes contractuales. ¿Contratos o Sociedades no personificadas?”, *op.cit.*, p. 134.

contratos, pueden reasignar la responsabilidad, utilizando un criterio de asunción del riesgo que difiere de los aplicados a los contratos bilaterales considerados de forma aislada. Para prevenir la creación de una red contractual, las partes pueden establecer cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad hacia terceros cuyos contratos dependen funcionalmente de los suyos. Son la expresión de la intención de las partes de reducir la interdependencia contractual, y cuando son exigibles eliminan el riesgo”.²⁷⁴

Ahora bien, no puede afirmarse que estas medidas sean válidas para todos los casos pues, pese a que estos instrumentos jurídicos puedan ser adecuados a fin de lograr una correcta gestión interna de la red empresarial, no responden completamente ni a sus expectativas ni a su realidad²⁷⁵.

1.2 Dimensión externa: relaciones de la red con terceros

Como ya se ha dejado apuntado, del mismo modo en que de los contratos emergen dos esferas que gravitan en torno a la propia existencia del mismo, la creación de una estructura en forma de red genera dos universos diferenciados que habrán de valorarse en función de sus particulares características y circunstancias.

Procede ahora, pues, analizar la esfera correspondiente a las

²⁷⁴ CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo”, *op.cit.*, p.43.

²⁷⁵ Como se señalaba en la nota al pie número 41, TEUBNER llama la atención sobre la complejidad que supone para jueces y magistrados aplicar la normativa vigente al existir notables desajustes con la realidad de la red empresarial.

relaciones externas de la red con terceros ajenos a la misma. En concreto, se examinarán los dos aspectos más significativos de la proyección de la red empresarial en el exterior, a saber, la responsabilidad civil frente a terceros y la Defensa de la competencia.

1.2.1 Responsabilidad civil frente a terceros

Junto a la problemática “infrared” analizada en el epígrafe anterior, resulta necesario poner de relieve ciertos aspectos relativos a la responsabilidad frente a terceros a los cuales puede enfrentarse la red empresarial en determinados supuestos. Un ejemplo claro sería aquel en el cual un miembro de la red solicita una indemnización por daños causados por otro miembro de la red con el cual el demandante no tiene una relación contractual directa²⁷⁶.

Ahora bien, la ausencia de un Derecho autónomo que regule este tipo de vicisitudes no es óbice para que el Ordenamiento no contemple distintos mecanismos jurídicos orientados a procurar una solución²⁷⁷. Uno de ellos, por lo que se refiere a la dimensión externa de la red empresarial, sería el reconocimiento expreso de acciones directas en determinados

²⁷⁶ GRUNDMANN, S., “Redes contractuales. ¿Contratos o Sociedades no personificadas?”, *op.cit.*, p. 131.

²⁷⁷ “La ausencia en nuestro Ordenamiento de una normativa propia de la conexión de contratos no impide que la legislación civil, de forma aislada, recoja algunas manifestaciones de los vínculos existentes entre determinados contratos. Las podemos agrupar del siguiente modo: aquellas que se derivan del carácter dependiente o subordinado de determinados contratos regulados por el Código Civil y las leyes especiales; las acciones directas reconocidas por nuestro Derecho en favor de una persona que no ha contratado con el legitimado pasivamente.” *Vid.*, LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, *op.cit.*, p. 36.

supuestos; reconocimiento que puede entenderse como una atribución de efectos jurídicos a la conexión apreciable entre determinados contratos²⁷⁸.

Como se ha dejado apuntado en el Capítulo 2, la interdependencia es uno de los rasgos que define al fenómeno de la red empresarial y que quizá más la separa de otros tipos de estructuras organizacionales presentes en los mercados y en las jerarquías; rasgo que, por otra parte, genera una dificultad adicional a la hora de imputar a cada uno de uno de los miembros de la red aquellos efectos derivados de un eventual incumplimiento contractual frente a terceros.²⁷⁹

La existencia de la red empresarial sugiere, asimismo, que, ante las eventuales responsabilidades que pudieran surgir frente a terceros, haya

²⁷⁸ Acciones directas que, en ocasiones, pueden surgir a raíz no necesariamente como consecuencia de dos contratos sino de la concurrencia entre dos relaciones jurídicas. *Vid.*, LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, op.cit., p.45. Frente a estas tesis, cabe destacar, desde la perspectiva del Derecho alemán, el rechazo de GRUNDMANN al reconocimiento de la acción directa en el contexto de las redes empresariales. *Vid.* GRUNDMANN, S., “Redes contractuales. ¿Contratos o Sociedades no personificadas?”, *op.cit.*, pp. 135-143.

²⁷⁹ Una sentencia llamativa en este sentido es la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 2009, mediante la cual se admite la extensión solidaria al cabeza de red de la responsabilidad contractual por las indemnizaciones debidas por el distribuidor al agente tras la extinción de la resolución contractual. Ahora bien, pese a que esta doctrina parezca reconocer, si bien implícitamente, el fenómeno de la red empresarial, es necesario poner de manifiesto que dicha afirmación se contempla en el supuesto analizado como consecuencia de la existencia de una situación de fraude de ley con abuso de la personalidad jurídica que permite, excepcionalmente, levantar el velo y considerar a todas las demandadas como a una sola empresa. Un comentario en profundidad sobre la referida Sentencia puede consultarse en GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Reflexiones sobre la responsabilidad contractual del cabeza de red respecto de las indemnizaciones por clientela o daños y perjuicios debidas por el concesionario al agente”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 275, 2010, pp. 450-469.

que aplicar la normativa sobre la responsabilidad civil. En este sentido, remarcar que la aplicación analógica puede no ser una solución plenamente satisfactoria pues, al configurarse esta desde la perspectiva del paradigma clásico del Derecho privado, no tiene en cuenta la esencia ni las particularidades que caracterizan a la red empresarial. La analogía facilita la adaptación del Derecho a los nuevos fenómenos que van surgiendo en el tráfico jurídico; sirve para innovar, pero conservando la estructura del ordenamiento jurídico vigente²⁸⁰. En consecuencia, quizá parezca más adecuado hacer una interpretación extensiva de la norma dada o crear una regulación *ex novo* pues, precisamente, lo que se pretende es ir más allá del actual marco jurídico.

Por último, destacar que el fenómeno de la red empresarial constituye también un desafío desde el punto de vista procesal, alcanzando, quizá, su mayor complejidad en aquellos litigios en los cuales intervienen entidades sin personalidad jurídica, ya sean o no de naturaleza empresarial. Dificultades que se identifican, principalmente, con dos cuestiones clave para esta disciplina: la atribución de capacidad para ser parte en el procedimiento y su representación²⁸¹.

²⁸⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 2, 1985, p.224.

²⁸¹“En la realidad ocurre con frecuencia que varias personas se organizan transitoriamente para la obtención de una finalidad común, realizando para conseguirla actos jurídicos internos y externos. (...) No se trata aquí de entidades que no han cumplido los requisitos legales para constituirse como personas jurídicas, sino de entes transitorios sobre los que ni siquiera está dispuesto legalmente que deban constituirse como personas jurídicas. (...) Los problemas procesales empiezan cuando alguno de los actos jurídicos materiales origina un conflicto y éste ha de llegar al plano judicial. (...) El art. 6.1, 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lugar de reconocerles sin más capacidad para ser parte, hace una remisión genérica a la ley, de modo que no acaba de entenderse cómo una ley distinta de la LEC puede reconocerles capacidad

1.2.2 Defensa de la competencia

Las redes se desenvuelven en un contexto de mercado competitivo que, de forma ideal, se identifica con un entorno en el cual están presentes comportamientos individualistas y no cooperativos; mercado, asimismo, caracterizado por la existencia de una interacción entre los distintos operadores sin restricción alguna²⁸². No obstante, estas características responden a un modelo ideal, existiendo en la práctica otros tipos de estructuras empresariales basadas en la cooperación sin llegar a configurarse como jerarquías, estando estas últimas en el extremo opuesto al de los mercados.

Las redes empresariales, a falta de una regulación específica, han de adaptarse a las estructuras tradicionales dadas en el Derecho privado, bien por la vía contractual, bien por la organizativa. Radica aquí, pues, el principal problema en torno al abordaje de la realidad de la red empresarial desde la óptica de la Defensa de la competencia pues su diseño no siempre encaja adecuadamente con las necesidades y configuraciones propias de las redes empresariales ya que estas parten de un paradigma diferente: los mercados y las jerarquías como únicas dos categorías.

para ser parte, siendo aquélla la norma adecuada para el otorgamiento de este tipo de capacidad. De la misma manera el art. 7.6 de la LEC dice que esas entidades sin personalidad comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades, y otra vez no se entiende esa remisión genérica a la ley.” *Vid.* MONTERO AROCA, J., “Las partes: Capacidad”, *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, 24ª edición, 2016, p. 67-68.

²⁸² POWELL, W., “Neither market nor hierarchy: network forms of organization”, *op.cit.*, p. 302.

Desde la óptica de la Defensa de la competencia se pueden identificar varios fenómenos que requieren una especial atención en clave de red. El control sobre las operaciones de concentración sería un buen ejemplo²⁸³, así como determinados aspectos relacionados con el intercambio de información entre competidores que participan en una misma red²⁸⁴, ciertos problemas relativos a las restricciones accesorias en las redes de distribución²⁸⁵ o aquellos derivados de la actuación conjunta de los miembros de una red que les permita abusar, conjuntamente, de una posición de dominio colectiva²⁸⁶.

La urgencia del análisis de este tipo de situaciones, pues, se hace cada vez más acuciante toda vez que las redes empresariales, en concreto las contractuales, han venido ganando una importante presencia en el tráfico económico desde hace décadas. Y no solo a nivel cuantitativo, sino

²⁸³ Concretamente serían dos los aspectos más relevantes en torno a las operaciones de concentración empresarial en las cuales se integran miembros de una misma red: determinar si la especial posición que ocupa el cabeza de red le proporción control sobre el resto de miembros y si, de cara a calcular el volumen de negocio, es necesario incluir, o no, a todos los miembros de la red. *Vid.* en este sentido, VICIANO PASTOR, J., “La tutela de intereses públicos y las redes contractuales. Especial referencia al control de concentraciones y las redes empresariales”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 223-240.

²⁸⁴ ESTEVAN DE QUESADA, C., “Intercambios de información en las redes empresariales: problemática antitrust”, *op.cit.*, pp. 507-530; ESTEVAN DE QUESADA, C., “Información y colaboración empresarial en el derecho de defensa de la competencia”, *Cooperación empresarial y derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 51-77.

²⁸⁵ Sobre el régimen jurídico de las inversiones en redes de distribución, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., “Redes de distribución: régimen jurídico de las inversiones”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 191-227.

²⁸⁶ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, *op.cit.*, pp. 38-39.

que han adquirido, en términos económicos, un peso muy relevante y estratégico.

Precisamente, la Defensa de la competencia ha sido una de las disciplinas en las que se han reconocido ciertas particularidades del fenómeno de la red empresarial con mayor antelación, por ejemplo, a la hora de establecer el concepto de qué se debe entender por “empresa”, superando arcaicos postulados²⁸⁷.

En relación a los acuerdos restrictivos, esta adecuación puede advertirse en la aprobación de determinados Reglamentos de exención por categorías referidos a ciertos tipos de colaboración y/o cooperación empresarial que atienden a una configuración de tipo reticular²⁸⁸. En estos supuestos, quizá la mayor dificultad estriba en la adecuada valoración de

²⁸⁷ Según reiterada jurisprudencia del TJUE, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación (véanse, en particular, las sentencias de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, 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, aptdo. 112; de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros, C-222/04, Rec. p. I-289, aptdo. 107, y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C-205/03 P, Rec. p. I-6295, aptdo. 25). Precisa, igualmente, el Tribunal de Justicia que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (ss. de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Rec. p. I-11987, aptdo. 40 y de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión, C-407/08 P, Rec. p. I-0000, aptdo. 64).

²⁸⁸ Sin duda merecen especial atención aquí, en relación a las redes contractuales verticales, el Reglamento 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; y, en el plano horizontal, los distintos Reglamentos de exención del sector asegurador que se han sucedido desde el año 1991.

determinadas redes empresariales que caen fuera de la aplicación de estos Reglamentos dado que, al encuadrarse en el marco de aplicación general de los apartados 1 y 3 del artículo 101 del TFUE, existe el riesgo de que las particularidades que caracterizan a estas estructuras reticulares no sean tenidas en cuenta.²⁸⁹ De aquí que resulte necesario matizar ciertos aspectos en el análisis antitrust de estas estructuras a fin de integrar las particulares propias de la red empresarial²⁹⁰; aspectos sobre los que se volverá con mayor atención en la Parte IV.

2. Otros problemas jurídicos en torno a las redes empresariales

Junto a los retos planteados desde las dimensiones interna y externa, se advierten otra serie de inconvenientes que dificultan el acomodo de la realidad de la red empresarial en el vigente Ordenamiento jurídico. Dificultades que, en la práctica, se ponen de manifiesto en ciertos aspectos que conciernen al Derecho internacional privado o al Derecho concursal y que, a su vez, son consecuencia de una misma causa: la discordancia existente entre las lógicas de la cual parten dichas disciplinas y la presente en el paradigma de la red empresarial. A estas dos cuestiones nos dedicaremos a continuación.

2.1 Derecho internacional privado

²⁸⁹ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, op.cit., pp. 36-37.

²⁹⁰ ESTEVAN DE QUESADA, C., “Información y colaboración empresarial en el derecho de defensa de la competencia”, op.cit., pp. 67-74; ESTEVAN DE QUESADA, C., “Redes empresariales y derecho de la competencia”, op.cit., p. 165.

Como se advertía en epígrafes anteriores, uno de los problemas que plantea el fenómeno de la red empresarial es la ausencia de su positivización ya no solo en el plano nacional sino en el supranacional²⁹¹, lo cual complica, inevitablemente, las dificultades existentes en torno a la determinación del Derecho aplicable y la jurisdicción competente en caso de surgir un conflicto.

Como era de esperar, habida cuenta de la ausencia de regulación local de las redes empresariales, tampoco existen normas en el Derecho internacional privado específicamente dirigidas a dar carta de naturaleza a este fenómeno. Por su parte, los instrumentos actuales²⁹² resultan ineficaces a la hora de dar respuesta a los desafíos planteados por la realidad de la red empresarial por una sencilla razón: estos rigen bajo la lógica de los contratos considerados como sistemas bilaterales de intercambios diferenciados de los contratos organizativos²⁹³.

Así las cosas, la principal cuestión que se plantea desde la

²⁹¹Con las excepciones señaladas: caso italiano (*Contratto di reti*) y la Ley de Auditoría española.

²⁹²A fin de determinar el foro de competencia judicial, se estará a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Al respecto, destacar que la Sección 3, intitulada “Competencia en materia de seguros” viene referida exclusivamente a este sector dadas las especiales características que posee (pensando, sobre todo, en la acción directa de los terceros perjudicados contra el asegurador). Por lo que a la aplicación de la Ley material se refiere, es necesario acudir al Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Igualmente, este texto recoge especialidades (Artículo 7) referidas al sector asegurador.

²⁹³CAFAGGI, F., “Redes contractuales y small business act. ¿Hacia unos principios europeos?”, *op. cit.*, p. 26.

perspectiva del Derecho internacional privado es si los objetivos perseguidos por sus normas, así como la interpretación y aplicación de estas, deberían modificarse a la luz de las características propias de las redes empresariales²⁹⁴. No obstante, y previamente, también convendría determinar si las instituciones europeas tienen la capacidad y la legitimación necesaria para elaborar normas de tal calado.

Empezando por esta segunda cuestión, destacar que el Tratado de Lisboa²⁹⁵ no otorga una competencia específica a las instituciones comunitarias para la armonización jurídica en materia de Derecho privado, dificultando, por ende, la adopción de medidas generales en esta materia.

Sin perjuicio de lo antedicho, se debe llamar la atención sobre las posibilidades que las instituciones Europeas tienen a su disposición para unificar el Derecho privado, pues “el Derecho de la Unión Europea permite solamente la unificación de los Derechos nacionales, incluidas las relaciones internas cuando la diversidad de legislaciones afecte de forma sensible a las condiciones de competencia en el mercado excluyendo cualquier diversidad jurídica que pueda implicar una disfunción en el mercado interior”²⁹⁶.

²⁹⁴GRUSIC, U., “Contractual networks in European Private International Law”, *op.cit.*, p. 589.

²⁹⁵ Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

²⁹⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., “¿Hacia un Código civil europeo?”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, 2003, pp. 389.

Por su parte, en cuanto a la creación de normas y su interpretación, señalar que existen diversos instrumentos a través de los cuales el Derecho internacional privado podría facilitar la adecuación de dicha disciplina al fenómeno de la red empresarial. Por ejemplo, atribuyendo más peso a los aspectos organizativos de las redes así como al objetivo de la unidad de ley aplicable, o dando una mayor importancia a los objetivos presentes en la red a la hora de decidir sobre la aplicación de las normas imperativas²⁹⁷.

Con base en estos argumentos, resulta claro que, dadas las actuales herramientas jurídicas, el Derecho internacional privado podría llevar a cabo un mejor acomodo de las redes empresariales y superar las lógicas sobre las cuales se construye esta disciplina. Sin embargo, no parece que este sea uno de los objetivos prioritarios, al menos en el corto y medio plazo, aunque la evidencia práctica aconsejaría que se hiciera algo al respecto. Nuevamente parece que se trate, más que de una imposibilidad puramente técnica, de una cuestión de voluntad del legislador.

2.2 Derecho concursal

A fin de regular el fenómeno de la red empresarial, resulta esencial elaborar nuevas normas o matizar las existentes en relación a los procedimientos concursales, así como con los procesos de reestructuración empresarial²⁹⁸. Y ello obedece a una sencilla razón apuntada de forma

²⁹⁷GRUSIC, U., “Contractual networks in european private international Law”, *op.cit.*, p. 614.

²⁹⁸CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, p. 58.

similar en ocasiones anteriores: la lógica que rige el actual sistema normativo poco o nada tiene que ver con el paradigma de las estructuras reticulares; en consecuencia, las soluciones que estas proveen, con frecuencia, no son las más apropiadas.

Aunque con grandes diferencias, el tratamiento del fenómeno de la red empresarial en la Ley Concursal se puede asimilar al otorgado a los contratos bilaterales de larga duración. La principal diferencia estriba en la presencia de un alto nivel de interdependencia en las redes que no se da en el contexto de contratos bilaterales de larga duración, haciéndose necesario, en consecuencia, una supervisión colectiva de la ejecución de los miembros de la red para garantizar la consecución de un mejor resultado final²⁹⁹.

No obstante, este específico requerimiento que precisan las redes en el seno de un concurso va más allá de las funciones atribuidas a la Administración Concursal en la referida Ley, luego se antoja necesario buscar diferentes fórmulas que sean capaces de tomar en consideración las particularidades de la red.

Algunas de las medidas propuestas a estos efectos, apuntadas por el Prof. RUIZ PERIS³⁰⁰, serían las que siguen: (i) normas que aseguren una adecuada representación en el procedimiento concursal de los miembros

²⁹⁹MORALEJO MENÉNDEZ, I., “El concurso del cabeza de red”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 353.

³⁰⁰RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, pp. 120-124.

de la red, (ii) la comunicación al juzgado del carácter de empresa perteneciente a la red del acreedor personado en el procedimiento en el momento de comunicación del crédito, (iii) establecimiento de un cauce formal y estable de colaboración entre la administración concursal y las empresas pertenecientes a la red, (iv) audiencia a las empresas miembros de la red personadas, antes de que el juez decida respecto al cese total o parcial o la suspensión de la actividad empresarial, o respecto al cierre de oficinas, establecimientos o unidades de producción, (v) establecer un derecho autónomo de los miembros de la red a formular observaciones o propuestas de modificación respecto al plan de liquidación presentado por la administración concursal al juez, (vi) reconocerse a los miembros de la red, de modo individual o colectivo, un derecho de tanteo y retracto respecto de activos del deudor concursado subastados separadamente que sean indispensables para la prosecución eficiente de la actividad objeto de la red empresarial, o para el mantenimiento de la competitividad de las empresas pertenecientes a la red, etc.

La implantación de este tipo de soluciones, en principio, parece plausible pues conjugan los legítimos intereses del concurso³⁰¹ con los propios de la red³⁰² en la cual se encontraría incardinada la concursada. Asimismo, la declaración de concurso no interrumpiría la continuación de

³⁰¹ El fin principal del concurso es la satisfacción ordenada de los acreedores. Para ello se somete a la generalidad este colectivo, con determinadas excepciones, a la comunidad de pérdidas que puedan derivarse de la insolvencia del deudor/concursado, ello como reflejo del principio clásico de la *pars conditio creditorum*. Vid. BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil. Vol. II*, Tecnos, 23ª edición, 2016, p. 568.

³⁰² Siendo estos, estrictamente, los intereses comunes a todos los miembros de la red, dejando al margen los propios de la concursada.

la actividad profesional o empresarial que esta viniera ejerciendo³⁰³. Sin embargo, lo cierto es que la inclusión de las mismas obedece única y exclusivamente a la voluntad del legislador y ya no solo de la interpretación judicial y más flexible que se pueda dar a la norma.

Por su parte, en relación a los efectos producidos en la red por la declaración de uno de sus miembros en concurso, es relevante conocer si hay interés en mantener operativa la red empresarial, total o parcialmente, una vez que todos o algunos de sus miembros han sido declarados en concurso³⁰⁴.

Finalmente, aunque no menos importante, resultarían de interés los efectos de la declaración del concurso sobre los pactos de no competencia, así como las cuestiones que suscita la compensación por clientela cuando el concursado es el cabeza de red³⁰⁵.

3. Fallos característicos de las redes fruto de su estructura reticular. *Governance* como instrumento mitigador de los fallos de la red.

A lo largo del presente trabajo se ha venido sosteniendo que una de

³⁰³ Ex. Art. 44.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. No obstante, no siempre la actividad desarrollada por la concursada va a seguir una vez haya sido declarada en concurso dado que se podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, ex. Art. 44. 4 del mismo texto legal.

³⁰⁴ RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, p. 121.

³⁰⁵ MORALEJO MENÉNDEZ, I., “El concurso del cabeza de red”, *op.cit.*, 2012, pp. 359 – 372.

las ventajas más notorias que supone la organización de la empresarial es la persecución de una mayor eficiencia del conjunto frente a las estructuras clásicas imbricadas en los mercados (contratos) y las jerarquías (empresa). Sin embargo, las redes empresariales, además de numerosas ventajas, tienen debilidades fruto, precisamente, de su estructura reticular.

Ubicada en los mercados, la teoría de la agencia explica cómo la presencia de costes de transacción en los mercados, incluyendo aquí contingencias, asignar quién asumirá el riesgo, determinar qué constituye el cumplimiento y, finalmente, especificar cómo se llevará a cabo la monitorización y ejecución del contrato, provoca pérdidas irre recuperables y perjudica la eficiencia en el conjunto³⁰⁶.

Las jerarquías, por su parte, presentan fallos principalmente relacionados con la internalización de los costes (necesidad de un operador que realice tareas de coordinación, dependencia tecnológica, una mala integración puede no compensar las sinergias creadas frente al incremento de los costes, etc.) y la pérdida de competitividad (hay menos facilidad para remover procesos de producción obsoletos, se generan barreras de entrada y/o salida, no se beneficia de la información útil que pueda provenir de proveedores o distribuidores, se perpetúan formas de gestión que puede que no sean las más eficientes, etc.), los cuales, asimismo, generan ineficiencias³⁰⁷.

³⁰⁶KEECH, W.R., MUNGER, M.C., SIMON, C., “Market Failure and Government Failure”, *Paper submitted for presentation to Public Choice World Congress*, Miami, Public Version 2-27-12, 2012, p.18.

³⁰⁷HARRIGAN, K. R., “Formulating Vertical Integration Strategies”, *The Academy of Management Review*, Vol. 9, No. 4, 1984, p. 639.

La pérdida de eficiencia en el contexto de las redes empresariales tiene un origen diferente al propio de los mercados y las jerarquías a consecuencia de su especial configuración y funcionamiento. El punto de partida es simple: en el seno de las redes pueden darse situaciones en las cuales los incentivos racionales de los individuos no llevan a resultados racionales para el grupo, esto es, que cada individuo se comporta de tal forma que sus decisiones van encaminadas a la maximización de su propia utilidad en detrimento del resto de miembros de la red y afectando negativamente a la utilidad total de la estructura.

Fruto de lo anterior cabe afirmar que los problemas relacionados con la gobernanza de las redes empresariales se erigen como el principal fallo al que se le puede atribuir la pérdida de eficiencia en el seno de las estructuras empresariales reticulares³⁰⁸; problemas denominados en la literatura como “failure of networks” o “managerial mistakes”.

3.1 Governance como instrumento mitigador de los fallos de la red.

En términos generales, la gobernanza es una función de supervisión que, ejercida en una red empresarial a través del establecimiento de mecanismos de coordinación que vinculan los objetivos de los miembros de la red, enfatiza la equidad, la responsabilidad, la transparencia y responsabilidad entre los operadores creando conexiones entre todos los

³⁰⁸ ALBERS, S., “Cooperation and Competition Dynamics of Business Networks: Strategic Management Perspective”, *Claves del derecho de redes empresariales*, Publicacions de la Universitat de València, 2017, p. 116.

niveles organizacionales de tal forma que conlleve resultados más eficientes para el conjunto³⁰⁹.

Fundamentalmente, son dos los problemas que pueden surgir en el seno de las redes empresariales a consecuencia de una gobernanza ineficiente: ora la existencia de organizaciones con graves desajustes en su correcto funcionamiento, ora la presencia de circunstancias que dificulten su paulatina adaptación en el transcurso de su existencia³¹⁰.

Como ya se ha dejado apuntado en anteriores capítulos, en el plano económico se identifican una serie de eficiencias ligadas al fenómeno de la red empresarial, entre otras, la reducción de costes, la mayor celeridad en la toma de decisiones, el incremento de la transparencia, la disminución de la probabilidad de que se den errores en la ejecución del proyecto común, la duplicación de tareas y recursos innecesarios, etc. Por ello, si la *governance* no se desempeña adecuadamente o tiene una configuración inapropiada, puede generar ineficiencias tales como la contradicción de órdenes o el retraso en la toma de decisiones que resten eficiencia al conjunto³¹¹ desvirtuando, asimismo, la razón de ser de la estructura en red: cooperar para competir.

Por su parte, la presencia de circunstancias que dificulten el

³⁰⁹ MOSSALAM, A., ARAFA, M., “Governance model for integrating organizational project management (OPM) with corporate practices”, *Housing and Building National Research Center Journal*, nº13, 2017, p. 303.

³¹⁰ ALBERS, S., “Cooperation and Competition Dynamics of Business Networks: Strategic Management Perspective”, *op.cit.*, p. 116.

³¹¹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Aspectos jurídicos de las redes empresariales en internet”, *op.cit.*, p. 422.

acomodo de la red empresarial a las nuevas necesidades que puedan surgir en el transcurso del tiempo conduce, inexorablemente, a la generación de ineficiencias en el seno de la misma.

Los contratos que sirven de base para la configuración de las redes empresariales de tipo contractual poseen un carácter duradero e *intuitu*, dos ingredientes que favorecen la aparición de un mayor grado de cooperación entre sus miembros y hacen del conjunto una estructura más eficiente y competitiva³¹². Cuando la *governance* no garantice una cierta estabilidad y duración de los miembros de la red, podría peligrar la eficiencia de la estructura pues el grado de compromiso de los operadores disminuiría y, con ello, la maximización de la utilidad compartida.

En definitiva, la cuestión de la adecuada *governance* en el seno de la red empresarial constituye, a todas luces, una pieza fundamental en aras de lograr la eficiencia de la misma y a la que sus miembros, ya sean los fundadores o subsiguientes, deben prestar especial atención en su configuración y ulteriores adaptaciones.

³¹²MARTÍ MIRAVALLS, J., “Redes de distribución: régimen jurídico de las inversiones”, *op.cit.*, p. 217.

PARTE II.- SECTOR ASEGURADOR: FALLOS DE MERCADO Y SOLUCIONES JURÍDICAS

CAPÍTULO 1. - FUNCIONES DEL SECTOR ASEGURADOR

La actividad aseguradora puede definirse como *aquella por la cual el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas*³¹³. Partiendo de esta definición, resulta evidente que la primera y principal función del seguro es la creación de seguridad ante el acaecimiento de un eventual siniestro cuyos efectos positivos van más allá del propio interés del asegurado³¹⁴.

A continuación, pondremos el foco de atención en las tres funciones más relevantes a los efectos que ahora mismo nos ocupa atendiendo al objeto de estudio del presente trabajo de investigación. En concreto, nos referiremos por este orden a la función que el seguro ejerce en el conjunto de la sociedad, en la estabilización del mercado financiero, así como en el desarrollo y crecimiento de la economía.

³¹³CALVO BERNARDINO, A., ALCALDE GUTIÉRREZ, E.E., “El espacio financiero único”, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, (Tomo VII), Aranzadi, 2016, pp. 837-938 (versión e-book, nota al pie nº 56).

³¹⁴ VAUGHAN, E.J., VAUGHAN, T., *Fundamentals of risk and insurance*, Wiley, 2003, p.34.

1. Función social del seguro

Sin perjuicio de la concepción doctrinal del seguro como un elemento encaminado a una función eminentemente económica, resulta indubitado que, asimismo, va orientado al cumplimiento de una función social que trasciende a los intereses de los propios individuos³¹⁵.

El riesgo supone un coste tanto para el individuo que sufre el siniestro de forma directa (coste individual) como para la sociedad (coste social), manifestándose este último en una pérdida de utilidad para el conjunto de la economía. Ello es así puesto que el riesgo disuade a los inversores afectando a la asignación óptima de los recursos lo cual, a la postre, conlleva una merma en la eficiencia para la sociedad³¹⁶.

Asimismo, ante la perspectiva de primas más bajas, los individuos pueden modificar su comportamiento e implantar mejores prácticas de gestión de riesgos a fin de reducir la siniestralidad. De aquí que, alentados por el incentivo de una reducción de la prima de seguro, su comportamiento puede verse alterado en el sentido de ser más cautelosos y prudentes en la gestión del mismo, lo cual redundará en una mejora del bienestar social³¹⁷.

³¹⁵VEIGA COPO, A.B., “Contrato de seguro”, *Tratado del contrato de seguro*, Aranzadi, 2017, versión electrónica, p. 16.

³¹⁶MEHR, R.I., CAMMACK, E., *Principles of Insurance*, Irwin Series in Insurance and Economic Security, 1980, p. 22.

³¹⁷Informe de *Insurance Europe*: “How insurance works”, Bruselas, 2012, p. 14. En concreto el documento se refiere una serie de conductas que reproducimos a continuación: dejar de fumar para reducir las primas de seguro de vida, instalar detectores de humo para reducir el coste del seguro del hogar o la conducción más

En este sentido la tecnología *Blockchain* y el empleo de herramientas basadas en *Big Data* o *Data mining* pueden servir como instrumentos efectivos para el diseño de sistemas de identificación de riesgos más precisos y sofisticados a fin de ajustar la fijación de la prima a pagar por el tomador del seguro. Así pues, indirectamente, el empleo de estas tecnologías puede llevar aparejado una mejora en el beneficio social.

En relación con las conclusiones obtenidas por diversos estudios, el seguro también se muestra como un instrumento que favorece la disminución de los niveles de pobreza en tanto que permite evitar situaciones de empobrecimiento extremo ante el acaecimiento de un siniestro, logrando, en consecuencia, una mayor equidad económica en el conjunto de la población³¹⁸.

Así las cosas, puede afirmarse que el sector asegurador ejerce una función social pues desempeña un papel relevante, contribuyendo, en definitiva, al bienestar general³¹⁹.

2. Función del seguro como estabilizador del mercado financiero

En el actual contexto histórico, el dinero es un elemento clave que

segura a través de descuentos por la ausencia de reclamaciones en primas de seguros de vehículos a motor.

³¹⁸ LESTER, R., “Insurance and inclusive growth”, *The World Bank*, Working Paper num. 6943, 2014, p. 12.

³¹⁹ COUILBAULT, F., COUILBAULT-DI TOMMASO, S., HUBERTY, V., *Les grands principes de l'assurance*, L'Argus Editions, 2017, p. 37.

permite el desarrollo de la actividad económica y, para ello, el sistema financiero – compuesto por entidades de distinta naturaleza, entre otros, bancos, aseguradoras y los mercados financieros- ejerce un papel fundamental a la hora de canalizar los flujos monetarios entre los distintos operadores.

Procurar la estabilidad de este sistema financiero, máxime tras la crisis económica y financiera que se viene atravesando desde el año 2007, es uno de los principales objetivos marcados en la agenda política de la mayor parte de los Estados que, a través de la implantación de políticas macroprudenciales, pretenden controlar aquellos riesgos de carácter sistémico que pudieran poner en peligro el sistema.

En el concreto caso europeo, destacar la creación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS) como parte del nuevo Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF), conformado, a su vez, por la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, la Autoridad Europea de Valores y Mercados, el Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión y las distintas autoridades de supervisión de los Estados miembro de la Unión Europea³²⁰ cuya misión principal se concreta en la creación, ejecución y monitorización de políticas macroprudenciales que velen por el correcto funcionamiento del sistema financiero³²¹.

³²⁰ Reglamento (UE) no 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico.

³²¹ En la página web de la Junta Europea de Riesgo Sistémico pueden consultarse los numerosos documentos elaborados a estos efectos.

Un instrumento clásico para favorecer la estabilidad financiera ha sido la inversión a largo plazo³²² y, en ese sentido, el sector asegurador ha jugado un papel muy importante tanto desde el punto de vista de las inversiones propias como de aquellas que posibilita realizar a sus clientes³²³. No obstante, desde hace ya algunos años, cabe cuestionar esta tradicional función estabilizadora de la industria aseguradora.

Así pues, pese a que históricamente el sector asegurador haya sido uno de los mayores inversores en el mercado inmobiliario, en las últimas décadas ha ido decantándose por efectuar inversiones menos largoplacistas atraído por la liquidez y facilidad que otorgan otro tipo de inversiones a efectos de asegurar la obtención de flujos³²⁴. Pero no solo debido a la lógica especulativa del mercado: la propia Comisión Europea animaba a que la industria del seguro incrementara su inversión en activos a corto plazo y así reactivar la maltrecha economía³²⁵.

En el concreto caso español, la evolución hacia los activos

³²² INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Global Financial Stability Report 2016*, Abril 2016, International Monetary Fund Publications, 2016, p. 87.

³²³ El sector asegurador es uno de los mayores inversores institucionales en Europa y su actividad inversora representa, aproximadamente el 60% del PIB de todo el territorio de la Unión Europea; actividad dirigida, fundamentalmente, a productos estables y de largo plazo. *Vid.* The High-Level Expert Group on Sustainable Finance, *Financing a Sustainable European Economy, Interim Report*, European Commission, July 2017, p. 33.

³²⁴ TORTELLA CASARES, G. y otros, *Historia del seguro en España*, Fundación Mapfre, 2014, p. 446. Nótese que el autor se refiere exclusivamente al mercado asegurador español, pero es perfectamente extrapolable al conjunto de la industria aseguradora europea.

³²⁵ The High-Level Expert Group on Sustainable Finance, *Financing a Sustainable European Economy, Interim Report*, European Commission, July 2017, p. 29.

cortoplacistas resulta más evidente en las inversiones de las provisiones técnicas provenientes del ramo vida. Así mientras en el ejercicio 2015 la inversión total del sector asegurador de las provisiones técnicas se colocaba en renta fija –pública y privada- era de un 71,80% para la rama vida, tan solo se invertía un 2,34% en activos inmobiliarios. Por su parte, las provisiones técnicas obtenidas por el ramo no vida en el mismo periodo iban destinadas en un 10,81% a inversiones inmobiliarias, siendo el 53,10% colocado en renta fija³²⁶.

Visto lo anterior, no parece sostenible que el sector asegurador siga siendo un sector que contribuya a la estabilidad financiera, acercándose este cada vez a la dinámica cortoplacista del resto de subsectores del sistema financiero.

3. La función del seguro como vector del crecimiento económico

El seguro es concebido como un elemento esencial en las economías de las naciones avanzadas³²⁷ así como vector del desarrollo económico³²⁸.

Ya en la primera sesión de la Conferencia de las Naciones Unidas

³²⁶ Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, *Informe 2016. Seguros y Fondos de Pensiones*, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2016, p.58.

³²⁷ ARROW K.J., “Insurance, Risk and Resource Allocation”, *Foundations of Insurance Economics, Huebner International Series on Risk, Insurance and Economic Security*, vol. 14, Springer, 1992, p. 220.

³²⁸ Añade LESTER que, además, la función del seguro como vector del desarrollo es inclusivo. En LESTER, R., “Insurance and inclusive growth”, *op.cit.* No obstante, como se verá más adelante, esta postura resulta discutible.

sobre Comercio y Desarrollo en 1964 se aseveraba que la existencia de un mercado nacional de seguros y reaseguros sólido era un rasgo inherente al crecimiento económico; incluso recomendaban a los países desarrollados la creación de instituciones de reaseguro como mecanismo de estabilización de sus economías³²⁹.

Posteriormente, han sido varios los trabajos que, en idéntico sentido, apuntan que el sector financiero es un claro y potente motor del crecimiento económico y de la actividad comercial en su conjunto³³⁰. Otros estudios más recientes, por su parte, se han dedicado a analizar cuestiones específicas que asocian directamente el mercado asegurador al crecimiento económico con base en determinados factores tales como la relación bidireccional positiva entre el nivel de la actividad económica y los mercados de seguros de vida a largo plazo³³¹, o que tanto los seguros de vida como los de no de vida tienen un impacto causal directo y positivo en

³²⁹ UNCTAD, “Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development”, Final Act and Report, Anexo A.IV.23, 1964, p. 65.

³³⁰ Por mencionar algunos de los estudios realizados en los años 90 en los que se analiza la relación que existe entre el nivel de desarrollo de los mercados financieros y el grado de desarrollo económico, destacar los siguientes: DEMETRIADES, P.O., HUSSEIN, K., “Does financial development cause economic growth? Time series evidence from sixteen countries”, *Journal of Development Economics*, Vol. 51, 1996, pp. 387–411. GREENWOOD, J., SMITH, B., “Financial markets in development and the development of financial market”, *Journal of Economic Dynamics and Control*, vol. 21, 1997, pp. 145-181. RAJAN, R. G., ZINGALES, L., Financial dependence and growth, *American Economic Review*, vol. 88 (3), 1998, pp. 559–586.

³³¹ LEE, C.C., LEE, C.C., CHIU, Y.B., “The link between life insurance activities and economic growth: Some new evidence”, *Journal of International Money and Finance*, vol. 32, 2013, pp. 405-427. Los autores concretan que un alto nivel del crecimiento conduce a un alto nivel de prima de seguro y viceversa. Además, en países de altos ingresos, parece que exista una tendencia a depender de los mercados de seguros y que cuanto mayor sea la actividad aseguradora parece corresponderse con un mayor nivel de crecimiento económico.

el crecimiento económico³³². Igualmente, otros trabajos que abordan la correlación entre el PIB y el crecimiento de la industria de seguros en países de la OCDE, concluyen que el seguro es una causa que favorece el aumento del PIB pero que esta incidencia varía en función de las características particulares de cada territorio, principalmente las relativas al escenario cultural y regulatorio del país en cuestión³³³.

Teniendo presente la profunda crisis económica que se viene atravesando durante los últimos años, algunos de estos estudios van un paso más allá, sugiriendo, incluso, que los gobiernos deberían tomar medidas esenciales para fomentar el desarrollo del sector financiero (incluido el asegurador) de sus respectivos países y acelerar así el crecimiento económico de los mismos³³⁴.

Grosso modo, las conclusiones alcanzadas por estas publicaciones que analizan la contribución específica del mercado asegurador al desarrollo económico podrían sintetizarse en las que siguen: facilitan las transacciones económicas gracias a la transferencia de riesgos, mejoran la gestión de riesgos y la promoción de prácticas seguras, fomentan el ahorro en forma de seguros de vida y fondos de pensiones y favorecen la estabilidad financiera en su conjunto a través de inversiones a largo

³³² ARENA, M., “Does insurance market activity promote economic growth? A cross-country study for industrialized and developing countries”, *The Journal of Risk and Insurance*, vol. 75, n° 4, 2008, pp. 921-946.

³³³ WARD, D., ZURBRUEGG, R., “Does insurance promote economic growth? Evidence from OECD countries”, *The Journal of Risk and Insurance*, vol. 67, n° 4, 2000, pp. 489-506.

³³⁴ DURUSU-CIFTCI, D., SERDAR ISPIR, M., YETKINER, H., “Financial development and economic growth: Some theory and more evidence”, *Journal of Policy Modeling*, vol. 39, 2017, pp. 303-304.

plazo³³⁵.

3.1 Críticas en torno al seguro como vector del crecimiento económico

En esta tesitura y pese a las virtudes enunciadas en párrafos anteriores, lo cierto es que no todas las voces señalan al seguro como un vector del crecimiento económico en tanto que los parámetros empleados en estos estudios han de interpretarse con prudencia puesto que no queda claro que sean los instrumentos econométricos más apropiados a esos efectos. De ahí que resulte de interés abordar qué parámetros son utilizados a efectos de medir si, en definitiva, el sector asegurador contribuye al desarrollo económico o no.

El principal indicador econométrico empleado para obtener las referidas conclusiones es el índice de penetración del seguro (primas de seguros / PIB), métrica generalmente aceptada por la comunidad científica a fin de evaluar el peso que la industria aseguradora tiene en un determinado territorio. Incluso algunos estudios llegan a afirmar que, más allá de entender el indicador de penetración como una medida del tamaño relativo de la industria aseguradora en un país, debería tenerse en cuenta como un índice que mide la contribución del seguro a la generación de riqueza en la sociedad³³⁶.

³³⁵ FOCARELLI, D., Why Insurance Regulation Is Crucial for Long-Term Investment and Economic Growth?, *Insurance Regulation in the European Union. Solvency II and beyond*, Palgrave Macmillan, 2017, p. 339.

³³⁶ AGUILERA VERDUZCO, M., GONZÁLEZ GARCÍA, R., DE CADENAS SANTIAGO, G., *Elementos para la expansión del seguro en América Latina. Un análisis de los determinantes del nivel de penetración del seguro*, Servicio de Estudios de Mapfre, 2017, p. 34.

No obstante lo anterior y pese a los numerosos estudios que relacionan el sector financiero en general (y el asegurador en particular) con el desarrollo económico, otros apuntan que se precisa más información para llegar a esas conclusiones³³⁷.

En sentido similar, diferentes trabajos advierten que este índice de penetración del seguro no es el más adecuado para valorar el grado de contribución del sector asegurador al desarrollo de un territorio, pues deja de lado magnitudes relevantes a estos efectos que deberían incluirse. Algunos de estos factores relevantes omitidos por la ratio de penetración de seguros son la dinámica real del mercado local de seguros, cuántas personas tienen contratados estos seguros y su distribución, si la calidad de la cobertura es adecuada o y si el seguro proporciona valor a los clientes cumpliendo así su función más básica³³⁸.

Por su parte, la Junta Europea de Riesgo Sistémico de la Unión Europea afirma que, pese a que el sector asegurador tienda a tener un mayor peso en las economías maduras, no hay una relación de causalidad clara y unidireccional que necesariamente vincule ambas cuestiones³³⁹.

En consecuencia, pese a que la mayor parte de los estudios señalen

³³⁷ PRADHAN, S., ZENG, Z., DAVE, A., *Seguros: añadiendo valor al desarrollo en los mercados emergentes*, Sigma, Swiss Re Institute, nº 4, 2017, p. 4.

³³⁸ Vid. International Association of Insurance Supervisors (IAIS), *Measuring insurance development: beyond the insurance penetration rate*, IAIS, 2017, p. 2.

³³⁹ EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD (ESRB), *Report on systemic risks in the EU insurance sector*, 2015, p.7.

que el sector asegurador es un claro vector del crecimiento económico, estos han de interpretarse con prudencia puesto que los instrumentos econométricos empleados puede que no sean los más adecuados para tal fin.

4. Actividad aseguradora y reaseguro

Por su parte, resulta igualmente de interés destacar, si bien someramente por razones de espacio, el importante papel que el mercado reasegurador desempeña en relación con el seguro directo. A través de un contrato de reaseguro³⁴⁰, las entidades aseguradoras consiguen un doble objetivo pues pueden, ora incrementar su ritmo de negocio y expandirse en el mercado, ora mantener su margen de solvencia en caso de que acontezca un cambio normativo sin tener que aumentar sus fondos a cargo de aumentos de capital, cumpliendo así con la legislación sectorial que les sea aplicable en cada momento.

Así el Profesor BROSETA, citando a DONATI, asevera que “desde un punto de vista financiero, el reaseguro sustituye al capital del asegurador y por lo que se ha afirmado que el reasegurador es un banquero para el asegurador y se ha comparado el reaseguro con el contrato de

³⁴⁰ El contrato de reaseguro puede definirse como aquel “en el que una parte, el reasegurador, acepta, a cambio de una prima establecida, indemnizar total o parcialmente al reasegurado por la responsabilidad que éste último adquiera como consecuencia de la suscripción de una póliza de seguros, o de un conjunto de ellas.” ROMERO MATUTE, B., *El reaseguro, tomo I*, Pontificia Universidad Javeriana y AIDA-CILA, 2001, pp. 73-74. En similar sentido, CARTER, R.L., *El reaseguro*, Mapfre, 1979, p. 6.

descuento bancario”³⁴¹.

Sin perjuicio de lo antedicho, es cierto que el empleo del reaseguro en los últimos años ha ido descendiendo en detrimento de una mayor utilización de otras fórmulas alternativas de transferencia de riesgos categorizadas, fundamentalmente, en tres grupos: (i) productos, incluidos, entre otros: los productos multirriesgo; la titulización o *Insurance Linked Securities* -bonos de riesgos catastróficos-; las estructuras de capital comprometido o contingente; y los derivados del seguro; (ii) vehículos: sociedades cautivas³⁴²; los grupos de retención de riesgos; las filiales en mercados de capitales; los *special purpose vehicles* (SPVs); y los *Bermuda transformers*; y (iii) soluciones, comprendiendo aquí cualquier programa de gestión de riesgos que efectúe una visión global u holística de los mismos atendiendo a los distintos tipos de productos y/o vehículos³⁴³.

En su virtud, actualmente, no puede afirmarse que el reaseguro sea

³⁴¹ BROSETA PONT, M., *El contrato de reaseguro*, Editorial Aguilar, 1961, p.10.

³⁴² La creación de sociedades cautivas ha estado desde sus inicios en el punto de mira de las autoridades competentes. No obstante, desde hace algunos años, el empleo de este tipo de sociedades se ha normalizado y cada vez goza de un mayor peso en el mercado tanto asegurador como reasegurador. PORTELLANO DÍEZ, P., *El reaseguro: nuevos pactos*, Thomson-Civitas, 2007, p.48. De hecho, ante el peligro de eventuales insolvencias que pudieran surgir en el entorno del mercado reasegurador, el legislador europeo ha puesto el foco sobre este tipo de sociedades cautivas a través de la Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2005 sobre el reaseguro y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2002/83/CE con el fin de tratar de garantizar su solvencia y evitar el colapso del sistema. VERCHER MOLL, J., “El coaseguro marítimo”, *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Thomson Reuters-Civitas, 2018, p. 1.339.

³⁴³ CASTILLO PLAZA, C.A., “El concepto de entidad cautiva en el ámbito del seguro: evolución y regulación actual”, *Un derecho de seguros más social y transparente*, Aranzadi, 2017, pp. 339-341.

un negocio indispensable para el correcto funcionamiento del sector asegurador pues existen otros mecanismos alternativos de transferencia de riesgos que, aun teniendo una naturaleza distinta, cumplen en esencia con la misma función de dispersar el riesgo por las entidades aseguradoras directas³⁴⁴.

En último lugar, cabe hacer una precisión sobre el reaseguro como objeto de estudio en el presente trabajo, pues, la aproximación efectuada al sector reasegurador estará excluida del mismo, salvo que se indique expresamente lo contrario.

Ello es así debido, fundamentalmente, a que tanto los principios inspiradores como la estructura y dinámica del mercado reasegurador distan mucho de las propias del sector de seguros. Igualmente, como se señalará en el epígrafe oportuno, la opacidad del sector reasegurador impide trazar un mapa que muestre la realidad y el intenso dinamismo de esta industria, entorpeciendo así su estudio.

En conclusión: ya sea por la ausencia de información o debido a las diferencias naturales que el sector de aseguramiento directo presenta frente al reasegurador, las afirmaciones que pueden hacerse respecto del mercado asegurador no serán, en su mayor parte, extensibles al campo del reaseguro, por lo cual conviene eliminarlo del objeto de estudio del

³⁴⁴ Instrumentos que pueden ser calificados como afines en cuanto a su función, pero no en lo relativo a su naturaleza jurídica. *Vid.* ROMERO MATUTE, B., “Instrumentos de transferencia de riesgos en la práctica aseguradora: distinción de figuras afines”, *Revista Española del Seguro*, nº 168, 2016, p. 514 y ss.

presente trabajo a estos efectos.

CAPÍTULO 2.- FALLOS EN EL SECTOR ASEGURADOR

1. Fallos de mercado

Tanto la teoría económica como la experiencia histórica han demostrado que los mercados financieros que operan en una economía de libre mercado a menudo no cumplen sus funciones esenciales de gestión del riesgo y asignación de capital de forma eficiente, dando lugar a profundas consecuencias de carácter social y económico³⁴⁵. Y esto mismo se refleja, como no podría ser de otra manera, en el mercado asegurador.

En palabras de VEIGA COPO, “(...) no olvidemos (...) que el mercado del riesgo no es perfecto, y no lo es por la asimetría. Ni es, ni tampoco funciona, de un modo perfecto en el contrato de seguro. Y no lo es por la selección adversa, por los riesgos morales en los comportamientos conductuales que sobre el riesgo puede tener el asegurado y no siempre descontados por el asegurador, así como por los costes de transacción ínsitos al propio seguro. Saber descontarlos, saber anticiparse y asumirlos es prioritario desde la óptica de la aseguradora.”³⁴⁶

A continuación, nos centraremos en analizar aquellos fallos del mercado clásicos presentes en el sector asegurador, a saber: (i) el riesgo moral, (ii) la selección adversa y (iii) la asimetría de la información. Fallos que, en gran medida, han motivado el especial tratamiento del sector

³⁴⁵STIGLITZ, J., “Regulation and failure”, *New Perspectives on Regulation*, (The Tobin Project), 2009, p.21.

³⁴⁶ VEIGA COPO, A.B., “Contrato de seguro”, *op.cit.*, p. 12.

asegurador tanto a nivel regulatorio como desde un punto de vista de distintas disciplinas tales como el derecho antritrust, el derecho de consumo o el propio derecho del seguro en su vertiente iusprivatista.

1.1 Riesgo moral

Uno de los sectores en los cuales el fenómeno del riesgo moral se puede observar con mayor facilidad es, sin duda, el mercado asegurador³⁴⁷.

En primer lugar, conviene diferenciar los dos tipos principales de riesgos. De un lado el denominado riesgo físico (*physical hazard*), que es una condición material que incrementa la probabilidad de acaecimiento de un siniestro; de otro, siendo lo que a los efectos del presente trabajo interesa, el riesgo moral (*moral hazard*) como característica individual del asegurado que aumenta la posibilidad de que el riesgo cubierto por la compañía aseguradora finalmente se concrete³⁴⁸.

En términos generales, el riesgo moral puede definirse como un conflicto de intereses entre un individuo (que se comporta racionalmente) dentro de una organización y el interés colectivo del conjunto al que pertenece³⁴⁹. En consecuencia y referido al concreto sector asegurador,

³⁴⁷ No obstante, este fallo del mercado también está presente en otros ámbitos tales como el mercado laboral, los mercados de capital, así como el mercado del suelo; concretamente en aquellos campos en los que la teoría de la agencia sea aplicable. Vid. ARNOTT, R.J., "The Welfare Economics of Moral Hazard", *National Bureau of Economic Research*, Working paper no. 3316, 1990, p.38.

³⁴⁸ MEHR, R.I., CAMMACK, E., *Principles of Insurance*, op.cit., p. 20.

³⁴⁹ WINTER, R.A., "Moral hazard and insurance contracts", *Contributions to insurance economics*, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 65.

existirá riesgo moral cuando el resultado final del contrato de seguro dependa del asegurado y el asegurador no pueda observar, sin incurrir en costes adicionales, en qué medida las pérdidas reportadas son atribuibles a su comportamiento³⁵⁰.

Son numerosos los estudios realizados por los economistas en los cuales se distinguen dos tipos de riesgo moral dependiendo del momento en el cual se produce la acción que provoca el siniestro. Así, será riesgo moral *ex post* cuando la acción del asegurado se dé con posterioridad al siniestro y *ex ante* en caso de producirse este comportamiento antes del evento dañoso³⁵¹.

Las consecuencias de este riesgo moral para la eficiencia de una economía de mercado han sido estudiadas por multitud de autores, siendo contundentes todos ellos en afirmar que la existencia de este fallo del mercado conlleva ineficiencias para el mercado en su conjunto³⁵².

Así las cosas, en un primer momento parecería razonable la intervención por parte de los poderes públicos, de una forma más o menos intensa, a fin de corregir las ineficiencias generadas a consecuencia del riesgo moral. Sin embargo, parece que la solución al problema que plantea el riesgo moral no tiene cabida desde una perspectiva iuspublicista a través

³⁵⁰ LOUBERGÉ, H., “Developments in Risk and Insurance Economics: The Past 40 Years”, en *Handbook of insurance*, Springer, 2013, p. 13.

³⁵¹ Al respecto, *vid.* ROBINSON, C., ZHENG, B., “Moral hazard, insurance claims, and repeated insurance contracts”, *The Canadian Journal of Economics*, Vol. 43, No. 3, 2010, pp. 967-993.

³⁵² STIGLITZ, J.E., “Risk, incentives and insurance: the pure theory of moral hazard”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 8, nº 26, 1983, pp. 4-33.

de la implantación de políticas intervencionistas del sector, ya sean conducentes al total control del mismo por parte de las autoridades públicas o mediante la imposición de gravámenes que desincentiven los comportamientos de los individuos que lo generen³⁵³.

Para abordar el problema del riesgo moral, pues, las entidades aseguradoras han de recurrir a diferentes mecanismos de naturaleza privada tales como la inclusión en sus pólizas de disposiciones relativas a los deducibles, franquicias y las cláusulas delimitadoras del riesgo³⁵⁴ pues no parece que la provisión pública sea eficaz a estos efectos.

Nótese que, al respecto, solo habrán de tenerse en cuenta las *cláusulas delimitadoras del riesgo* (aquellas que concretan el objeto del contrato fijando qué riesgos, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla), y no las *cláusulas limitativas de derechos* (aquellas que operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido), puesto que estas últimas únicamente constriñen el derecho a recibir la prestación y no el riesgo asegurado y, en consecuencia, sin afectar al riesgo moral³⁵⁵.

³⁵³ Por todos: ARNOTT, R.J., “The Welfare Economics of Moral Hazard”, *op.cit.*

³⁵⁴ GEISTFELD, M. A., “Interpreting the rules of insurance contract interpretation”, *New York University Law and Economics Working Papers* (Paper 416), 2015, p. 387.

³⁵⁵ Sobre la distinción entre ambos tipos de cláusulas, sin duda controvertida, *vid.* en la responsabilidad civil: PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transparencia en el Contrato de Seguro”, *Revista española de seguros*, Nº. 123-124, 2005, pp. 529-546; REGLERO CAMPOS, L.F., “Cláusulas limitativas y cláusulas delimitativas del riesgo en los seguros de responsabilidad civil: sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006”,

En cualquier caso, conviene poner de relieve que, aunque haya fuertes razones teóricas para creer que el riesgo moral representa uno de los principales problemas en el seguro, es difícil abordarlo desde una perspectiva pública. Esto es así debido a las dificultades prácticas al analizar el riesgo moral de forma aislada de otros factores íntimamente relacionados³⁵⁶, en concreto la selección adversa; factor al cual se hará referencia a continuación.

1.2 Selección adversa

Pese a que, tradicionalmente, la selección adversa y el riesgo moral hayan sido tratados de forma conjunta pues constituyen dimensiones distintas de un mismo problema, la asimetría de la información en la contratación de seguros³⁵⁷, ambos conceptos son totalmente autónomos e

Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil, Vol. 1, 2008, pp.165-210; GUIASOLA PAREDES, A., *Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto: las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil*, Fundación MAPFRE, 1997. En el transporte aéreo: PETIT LAVALL, M.V., “Las cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo en el seguro de transporte de mercancías por carretera”, *Seguros de transporte terrestre de mercancías: situación jurídica actual y perspectivas de futuro*, Marcial Pons, 2013, pp. 89-106.

³⁵⁶ LOUBERGÉ, H., “Developments in Risk and Insurance Economics: The Past 40 Years”, *op.cit.*, p. 15.

³⁵⁷ ROWELL, D., CONNELLY, L.B., “A history of the term moral hazard”, *The Journal of Risk and Insurance*, vol. 79, nº 4, 2012, p. 1.059. Asimismo, señalan los autores que “Both moral hazard and adverse selection result in a correlation between insurance and claim; however, the direction of causation is opposite. The distinction is subtle: whereas moral hazard posits that the purchase of insurance will induce individuals to invest less preventive effort, adverse selection posits that high-risk individuals (including individuals with fraudulent intent) will purchase more insurance. Moral hazard is not “unfavourable features of a risk arising from the

independientes el uno del otro.

Para calcular la probabilidad de que suceda un siniestro futuro, las entidades aseguradoras se valen de los datos obtenidos de la propia experiencia pasada propia y de la de sus homólogas³⁵⁸. Sin embargo, el término medio de la siniestralidad obtenida no es más que un valor comprendido entre extremos, por lo que dentro del conjunto habrá individuos que presenten un menor grado de siniestralidad y otros uno superior. Y estos últimos individuos, al tener una mayor propensión al sufrir un concreto siniestro, tenderán en mayor medida a contratar un seguro que les cubra ante eventuales pérdidas. Esta tendencia es lo que se denomina “selección adversa”³⁵⁹.

En comparación con los supuestos en los que existe información

character of the insured,” but rather the “unfavourable features of risk” arising from the purchase of insurance”.

³⁵⁸ El intercambio de datos estadísticos en forma de recopilaciones, tablas y estudios conjuntos en el concreto caso del sector asegurador conduce un funcionamiento más eficiente por una razón fundamental: la obtención de estadísticas más fiables que les permitan comprender con un menor margen de error los riesgos que pretenden asegurar. De ahí que este tipo de intercambios de información entre competidores, pese a que, a priori, podrían chocar con la normativa de Defensa de la competencia, haya gozado de un régimen específico durante casi tres décadas gracias a diversos reglamentos de exención por categorías. No obstante, pese a que el último reglamento de exención no haya sido renovado (en vigor hasta el 31 de marzo de 2017), no significa que, automáticamente, los intercambios de información que tengan por objeto la elaboración conjunta de tablas y estadísticas a fin de obtener datos que permitan calcular con mayor precisión y fiabilidad la siniestralidad esperada pasen a estar prohibidos con arreglo al art. 101.1 del TFUE; simplemente deberán ser evaluados según las normas estándar de competencia. *Vid.* GÓMEZ SANTOS, M., “De la exención a la autoevaluación en el sector asegurador: pasado, presente y lo que está por venir”, *Revista Española de Seguros*, nº 178, 2019, pp. 130-153.

³⁵⁹ VAUGHAN, E.J., VAUGHAN, T., *Fundamentals of risk and insurance*, op.cit., p.41.

simétrica, los potenciales asegurados que tengan un riesgo superior al de la media para el colectivo con riesgos homogéneos al que pertenecen, obtienen la misma utilidad esperada. Sin embargo, aquellos que tienen un riesgo igual o inferior al riesgo medio sufrirán una pérdida de bienestar, de ahí que exista un fallo de mercado al no alcanzarse la eficiencia en el conjunto³⁶⁰.

Pese a estar presente en todos los tipos de aseguramiento, parece que la selección adversa cobra una mayor intensidad en determinados mercados de seguros (como el seguro agrícola) pero no en otros (automóvil, ramo vida), siendo mixta en el caso de otros mercados (seguros de salud)³⁶¹.

Al igual que sucede con el riesgo moral y a fin de abordar el problema que supone la selección adversa, las entidades aseguradoras tienen a su disposición distintas herramientas para controlarla. En este supuesto, fundamentalmente a través de la implantación de una correcta política de suscripción de riesgos así como mediante la inclusión de cláusulas delimitadoras en las pólizas³⁶² o directamente la exclusión del aseguramiento³⁶³.

Sin embargo, esta última opción puede causar efectos perniciosos en

³⁶⁰ ROTHSCHILD, M., STIGLITZ, J.E., “Equilibrium in competitive insurance markets: the economics of markets with imperfect information”, *op.cit.*, p. 633-638.

³⁶¹ LOUBERGÉ, H., “Developments in Risk and Insurance Economics: The Past 40 Years”, *op.cit.*, p. 17.

³⁶² REJDA, G. E., *Principles of risk management and insurance*, Pearson, 2011, p.26.

³⁶³ REJDA, G. E., *Principles of risk management and insurance*, Pearson, 2011, p.114.

el mercado: la imposibilidad de contratar un seguro por parte de determinados potenciales asegurados cuyo riesgo excede al riesgo medio. El fatal efecto que provocaría este tipo de decisiones por parte del sector asegurador resulta palmario en el mercado de seguros sanitario estadounidense, motivo por el cual se instauró en dicho territorio el sistema “Medicare”, firmado bajo el mandato del presidente Johnson en 1965³⁶⁴.

Igualmente, la clarividencia de la selección adversa puede ponerse de manifiesto en la negativa de las entidades aseguradoras a cubrir los daños por inundación en zonas geográficas propensas a sufrir este tipo de fenómenos o la exclusión de las pólizas de seguro de aquellos daños ocasionados con motivo de conflictos bélicos debidamente declarados³⁶⁵. De aquí que, ante la falta de interés por parte de las aseguradoras privadas en cubrir determinados riesgos como consecuencia de, entre otras cuestiones, las dificultades para calcular el riesgo asumido, en el caso concreto español surge el Consorcio de Compensación de Seguros a fin de cubrir este tipo de necesidades de aseguramiento³⁶⁶.

³⁶⁴ La Ley de Seguridad Social de 1965, aprobada como ley el 30 de julio de 1965 por el presidente Johnson, implantaba en los Estados Unidos el sistema Medicare: un programa de cobertura de seguro de salud administrado por el gobierno del referido país que provee atención médica -pero con una cobertura muy limitada- a todas las personas mayores de 65 años o aquellas más jóvenes con determinados problemas de salud. Una breve síntesis sobre el sistema Medicare y su configuración puede consultarse en DING, A., “The History of Health Care in the United States Pre- 1965”, *An Introduction to Health Policy: A Primer for Physicians and Medical Students*, Springer Science+Business Media, 2013, pp. 3-13.

³⁶⁵ VAUGHAN, E.J., VAUGHAN, T., *Fundamentals of risk and insurance*, op.cit., p.42.

³⁶⁶ Concretamente, los daños provocados por riesgos extraordinarios sobre personas y bienes quedarán cubiertos cuando se deriven de inundaciones extraordinarias o actos terroristas en virtud del art. 6.1, apartados a) y b) del Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente.

1.3 Información asimétrica

La asimetría de información hace referencia a los diferentes conocimientos o informaciones que cada una de las partes que participan en una transacción comercial poseen sobre la otra; más concretamente, cuando una de ellas no tiene la misma información que la otra parte en relación a los riesgos relacionados con la ejecución del contrato, dando lugar así a un entorno en el que existe información imperfecta o asimétrica³⁶⁷.

A diferencia de lo que sucede con la selección adversa y el riesgo moral, la asimetría en la información se muestra como una característica que emerge a consecuencia del nacimiento de las primeras compañías aseguradoras³⁶⁸. No obstante, esta asimetría, a su vez, afecta al grado de riesgo moral y selección adversa en función del momento en el cual se ponga de manifiesto. De este modo, si la información imperfecta entra en juego antes de la perfección del contrato de seguro, se favorece la aparición del fenómeno de la selección adversa; si esta surge *a posteriori*, el riesgo

³⁶⁷ FERRETTI, F., *EU Competition Law, the Consumer Interest and Data Protection. The Exchange of Consumer Information in the Retail Financial Sector*, Springer, 2014, p. 8.

³⁶⁸ “(...) esta asimetría no ha caracterizado siempre al contrato de seguro, por lo menos no en sus albores, cuando la contratación tenía lugar en un contexto de clases mercantiles inter pares. El problema de la información precontractual está, sobre todo, a partir del “avvento” de la empresa y se articula en dos diversas, aunque complementarias, direcciones: de un lado el problema de incidir sobre el contenido del contrato para garantizar el equilibrio, sino también sobre la actividad de la empresa para evitar desequilibrios en el mercado asegurador”. VEIGA COPO, A.B., citando a PIRILLI. *Vid.* VEIGA COPO, A.B., “Caracteres del contrato de seguro”, *Tratado del contrato de seguro*, Aranzadi, 2017, (versión electrónica), nota al pie nº 164.

moral deviene más intenso³⁶⁹.

Lejos de ser un elemento congénito, la presencia de información imperfecta obedece a la coyuntura del contexto en el que se desarrolla la actividad aseguradora en cada momento e incide en la acentuación o minoración del riesgo moral y la selección adversa. En consecuencia, si se logra mitigar esas situaciones de desequilibrio informativo entre las partes, parece razonable concluir que la dulcificación del riesgo moral y de la selección adversa se hace posible. Por tanto, la normativa irá orientada, en buena medida, a tratar de corregir este tipo de situaciones con el objetivo de dotar al sistema de una mayor simetría informativa.³⁷⁰

Si bien el análisis teórico de los contratos en los que existe información asimétrica comenzaba en la década de 1970³⁷¹, el estudio de este concreto fallo del mercado en el campo asegurador se ha dado ya iniciada la siguiente década³⁷².

³⁶⁹ VEIGA COPO, A.B., “Caracteres del contrato de seguro”, *op.cit.*, p. 29.

³⁷⁰ Información asimétrica que, por otra parte, se muestra evidente a lo largo de la vida del seguro; desde la fase precontractual hasta el eventual acaecimiento del siniestro. VEIGA COPO, A.B., *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*, Civitas-Thomson Reuters, 2018, p. 35.

³⁷¹ Destacar al respecto, desde un punto de vista transversal, el trabajo de AKERLOF, G.A., “The market for “Lemons”: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, N°3, 1970, pp. 488-500.

³⁷² CHIAPPORI, P.A., SALANIÉ, B., “Asymmetric Information in Insurance Markets: Predictions and Tests”, *Handbook of insurance*, Springer, 2013, p. 408. En este sentido, señalan los autores que los primeros estudios específicos en el sector asegurador datan desde mediados de los años 80. No obstante, cabe traer a colación, asimismo, el trabajo realizado décadas anteriores por ARROW, sin duda este uno de los autores más prestigiosos y renombrados en el referido campo. *Vid.* ARROW, K.J., “Uncertainty and the welfare economics of medical care”, *American Economic Review*, Vol. 53, N° 5, 1963, pp. 941-973.

Cuando hay incertidumbre, la información se convierte en una mercancía que, al igual que el resto, supone un coste de producción y de transmisión. Y dichos costes, lógicamente, serán asumidos por la parte que mayor beneficio obtenga del conocimiento de esas informaciones. El problema, antes de llegar a esa tesitura, reside en el conocimiento preexistente de las partes sobre la importancia que esa información les puede reportar de forma que solo aquella que sea consciente del valor añadido de la misma estará dispuesta a acarrear con los costes que supone su producción y ulterior transferencia³⁷³.

Este axioma, definido en términos económicos, sirve de base, en definitiva, a los postulados jurídicos que dan soporte al tratamiento del problema de la información imperfecta en el concreto campo del sector asegurador. De ahí que determinar qué parte y respecto de qué concreta información se va a ver beneficiada por su conocimiento resulte crucial para el legislador a la hora de abordar y tratar de mitigar este fallo del mercado asegurador; tarea que, por su parte, irá esencialmente enfocada hacia el acceso a la información relevante para cada una de las posiciones.

En vista de lo antedicho, en cuanto a la aproximación a la información asimétrica que se realizará en las siguientes líneas, lo relevante será la posición que las partes ostentan ante el acceso a la misma y no tanto su contenido o el proceso de comunicación³⁷⁴, careciendo estos

³⁷³ ARROW, “Uncertainty and the welfare economics of medical care”, *op.cit.*, p. 946.

³⁷⁴ HUTTER, M., “Transaction Cost and Communication: A Theory of Institutional Change, Applied to the Case of Patent Law”, *Law and Economics & The Economics of Legal Regulation*, 1986, p.114.

factores de interés a los efectos que ahora nos ocupan.

En presencia de asimetrías en la información, es decir, en situaciones en las que una de las partes tiene más información y más precisa que las otras, los mercados no alcanzan la eficiencia³⁷⁵. Y, en el concreto caso del sector asegurador, este fenómeno resulta palmario tanto desde la perspectiva de las entidades aseguradoras como desde la de los asegurados. Veamos, pues, a continuación, qué formas adopta este fallo de mercado en uno y otro caso y qué soluciones jurídicas se ofrecen al respecto.

1.3.1 Asimetría en la información desde la posición aseguradora

Las implicaciones que conlleva la asimetría informativa, en concreto para las entidades aseguradoras, son cruciales a fin de regular el sector, determinar la cuantía de la prima, así como elaborar los clausulados de las pólizas³⁷⁶.

En este sentido, resulta imprescindible prestar atención a este fallo del mercado que, a diferencia de la selección adversa o el riesgo moral, se encuentra presente en otros sectores tales como el mercado laboral, el bancario o el bursátil. Sectores en los que, al igual que sucede en la industria aseguradora, parece haber un elevado nivel de competencia y en los cuales la información imperfecta desempeña un importante rol³⁷⁷.

³⁷⁵ STIGLITZ, J., “Regulation and Failure”, *op.cit.*, p. 14.

³⁷⁶ SPINDLER, M., WINTER, J., HAGMAYER, S., “Asymmetric Information in the Market for Automobile Insurance: Evidence From Germany”, *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 81, No. 4, 2014, p. 781.

³⁷⁷ ROTHSCHILD, M., STIGLITZ, J.E., “Equilibrium in competitive insurance markets: the economics of markets with imperfect information”, *op.cit.*, p. 648.

La información imperfecta se deriva de multitud de situaciones y afecta negativamente a la valoración que pueda realizar la aseguradora a fin de evaluar un determinado riesgo. Esto es así, fundamentalmente, debido a que mientras que la correlación entre la cobertura y el riesgo es controlable (dado que son características observables para las entidades aseguradoras que les permiten colocar a los asegurados en diferentes clases de riesgo)³⁷⁸, en presencia de información asimétrica no pueden distinguir entre aquellos asegurados que representan un mayor o menor riesgo, lo cual supone que, a la postre, tengan un menor control sobre el riesgo asumido³⁷⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario poner de relieve que la información asimétrica no opera con igual intensidad en todos los grupos de asegurados cuyas pólizas cubren riesgos de la misma naturaleza. Un ejemplo ilustrativo sobre tal afirmación puede encontrarse en el concreto caso del seguro de automóvil³⁸⁰, pues, pese a las dificultades encontradas a la hora de valorar el riesgo presente un grupo homogéneo de asegurados

³⁷⁸ En términos estadísticos, la noción de información asimétrica implica una correlación positiva (condicional) entre cobertura y riesgo. *Vid.* SPINDLER, M., WINTER, J., HAGMAYER, S., “Asymmetric Information in the Market for Automobile Insurance: Evidence From Germany”, *op.cit.*, p. 782; ZHU, N., BAUER, D., “Coherent Pricing of Life Settlements Under Asymmetric Information”, *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 80, No. 3, 2013, p. 829.

³⁷⁹ COHEN, A., SIEGELMAN, P., “Testing for Adverse Selection in Insurance Markets”, *The Journal of Risk and Insurance*, 2010, Vol. 77, No. 1, 2010, p.44.

³⁸⁰ Se trae a colación este ejemplo puesto que, precisamente, el mercado de seguros de automóviles ha sido uno de los más ampliamente analizados en este aspecto a nivel internacional (Alemania, Francia, Israel, Canadá, Corea, Japón, o Singapur). *Vid.* SPINDLER, M., WINTER, J., HAGMAYER, S., “Asymmetric Information in the Market for Automobile Insurance: Evidence From Germany”, *op.cit.*, p.785.

a consecuencia de la información imperfecta que impregna la relación asegurado-aseguradora, es posible distinguir distintos grados de información imperfecta en función del vínculo con los clientes (nuevos *vs* habituales) o de su experiencia (experimentados *vs* noveles)³⁸¹.

En este contexto, las nuevas tecnologías se muestran como un gran aliado a fin de recabar aquella información conocida y la conocida pero no revelada, de forma que los problemas de información asimétrica podrían reducirse notablemente en un futuro próximo³⁸². Y para muestra, un botón.

En el caso del seguro de accidentes, a través de la instalación de un dispositivo que monitorice el uso del automóvil, la compañía aseguradora podría conocer las pautas de conducta del asegurado como conductor, más allá de las declaradas, a fin de obtener información veraz para calcular el riesgo real asumido y, por ende, determinar la cuantía de la prima. O, en el seguro de salud, con los datos recabados mediante el análisis de sangre o de ADN se podría conocer con mayor precisión el riesgo de contraer algunas enfermedades y la prima se ajustaría en función de los resultados obtenidos. No obstante, en este último caso, la crítica a la implementación

³⁸¹ COHEN, A., “Asymmetric Information and Learning: Evidence from the Automobile Insurance Market”, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 87, No. 2, 2005, p. 206.

³⁸² En este sentido, VEIGA COPO sugiere que el carácter aleatorio predicado del contrato del seguro puede verse alterado fruto de la implementación de las nuevas tecnologías. “¿Sigue siendo aleatorio el seguro en la era de la digitalización, el big data, el insurtech? Sin duda, uno de los grandes retos a futuro, eso sí, inmediato y próximo, es saber qué papel y cómo jugarán las tecnologías en el contrato, en la selección, en la perfección, en el desarrollo y cómo no, ejecución de las obligaciones.” *Vid.* VEIGA COPO, A.B., *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*, op.cit., p.55.

de este tipo de prácticas está servida. Ello es así debido a que, en el concreto caso del seguro de salud³⁸³, podría plantear problemas desde el punto de vista de la protección de datos de carácter personal de los asegurados, concretamente en relación con la protección de sus datos genéticos³⁸⁴ y, asimismo, afectar a la tutela de otros derechos tales como el derecho a la no discriminación o el derecho a no saber³⁸⁵.

De lo anterior cabe colegir que, si bien el problema de la información asimétrica desde la posición de las entidades aseguradoras ha sido un fallo de mercado clásico, puede que en los años venideros su importancia se vea diluida debido a la incursión de tecnologías capaces de dar un salto cualitativo en este campo, favoreciendo, asimismo, el proceso de desintermediación y desregulación del sector asegurador.

1.3.2 Información asimétrica desde la posición asegurada

Los mercados están plagados de asimetrías de información y existen

³⁸³ Referido a la utilización de datos de salud en los contratos de seguro, la AEPD ya ha manifestado en su Informe 452/2012, que la doctrina del interés legítimo y la aplicabilidad directa del artículo 7. f) de la Directiva 1995/46/CE, consagrada a través de la TJCE 2001/373, no resulta de aplicación a los datos de salud puesto que existe una normativa específica que afecta a la legitimación para su tratamiento. Un análisis más detallado sobre la cuestión puede consultarse en: ÁLVAREZ HERNANDO, J., *Practicum de Protección de datos 2018*, Pamplona, Thomson Reuters, 2017, p. 1003.

³⁸⁴ El legislador europeo, consciente de la relevancia y potencial peligro que supone el mal uso de estos datos, les otorga expresamente una definición propia (ex. Art. 4.3 del RGPD) y separada del concepto de “datos relativos a la salud”, ello a fin de dar una mayor protección jurídica.

³⁸⁵ Un interesante análisis sobre esta cuestión puede consultarse en la siguiente monografía: AZEVEDO CUNHA, M.V., *Market Integration Through Data Protection An Analysis of the Insurance and Financial Industries in the EU*, Springer, Rio de Janeiro, 2013.

claros incentivos para que los participantes aumenten esas asimetrías³⁸⁶, siendo este un fallo de mercado en el sector asegurador que afecta tanto a las entidades aseguradoras como a los asegurados.

Examinado este problema desde la óptica de las compañías aseguradoras, conviene ahora referirnos a los perjuicios que este fenómeno provoca en el asegurado, agravándose más aún cuando este ostenta, a su vez, la condición de consumidor.

Más allá del interés mostrado por el legislador a fin de intentar equilibrar el modelo de economía de mercado y corregir aquellas situaciones de indefensión que pudieran afectar a los consumidores en la propia Constitución Española³⁸⁷, en similar sentido, ya sea desde la esfera pública o la privada, la última ratio ha sido la tutela de los intereses del asegurado.

En este sentido, la exigencia de transparencia por parte del regulador europeo se erige como el instrumento idóneo a fin de equilibrar la asimetría informativa en que se encuentran los consumidores que contratan productos de cualquiera de los tres subsectores financieros (seguros, banca y valores), incidiendo esta tendencia legislativa no solo a nivel comunitario y nacional, sino también en la jurisprudencia que opera en ambos

³⁸⁶ STIGLITZ, J., “Regulation and failure”, *op.cit.*, p. 11.

³⁸⁷ DE LEÓN PONCE, A., “La protección legal de consumidores y usuarios en España”, *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Tirant lo Blanch, Vol. I, 2007, pp. 107-116.

niveles³⁸⁸.

Así las cosas, el régimen general de transparencia en la contratación de seguros se proyecta en tres direcciones: (i) la normativa de ordenación y supervisión, (ii) la de distribución de seguros y la referida a (iii) la contratación de los mismos. Y el objetivo común de estas categorías es claro: implementar e intensificar nuevos deberes de información para los distribuidores de seguros con la finalidad de reducir la información imperfecta entre las partes contratantes. A continuación, se apuntan algunas cuestiones relevantes a estos efectos.

1.3.2.1 Ordenación y supervisión de seguros

La ordenación y supervisión del sector asegurador, en referencia a las conductas de mercado, tiene como objetivo velar por la transparencia y el desarrollo ordenado del mercado de seguros, la libertad de los tomadores

³⁸⁸ La información facilitada al cliente es clave en materia de servicios financieros, más si cabe a la hora de ventilar en sede judicial aquellas posibles patologías del contrato que puedan conllevar su nulidad. Y así ha sido puesto de manifiesto en numerosa jurisprudencia en la que se ha estimado la nulidad por vicio en el consentimiento al no haber sido atendidos debidamente los deberes de información. Un ejemplo sobre esta cuestión, en concreto relativa a seguros de vida Unit-linked, puede encontrarse en la STS núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015: “el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa.”. En igual sentido las STS núm. 460/2014, de 10 de septiembre y la STS núm. 102/21016, de 25 de febrero, y STS núm. 63/2016, de 12 febrero.

para decidir la contratación de los seguros y la aseguradora con la que lo contratan y, en general, la protección de tomadores, asegurados y beneficiarios promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines³⁸⁹.

Con el fin de lograr los objetivos de mejor protección de los tomadores, asegurados y beneficiarios y equilibrar la situación de información asimétrica entre las partes, la norma de supervisión y ordenación consagra un deber general de información³⁹⁰ que grava a las entidades aseguradoras planteado desde una doble perspectiva: como un fin preventivo en el sentido de suministrar información relacionada con la naturaleza y características del servicio, así como un mecanismo de mantenimiento y actualización de aquella información que pudiera ser relevante en la relación asegurativa³⁹¹. Y junto a este deber de información general, se establecen una serie de deberes especiales de información, desarrollados reglamentariamente, en función del tipo de seguro que se trate³⁹².

Si bien la antigua norma de supervisión y ordenación contemplaba

³⁸⁹ Art. 118 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

³⁹⁰ Art. 96 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

³⁹¹ CALONJE CONDE, M., "Novedades en materia de contratación de seguros", *Comentarios a la Reforma de la Normativa de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Análisis de la Ley 34/2003 y de la Normativa Reglamentaria aprobada por los Reales Decretos 297 a 301/2004*, Aranzadi y Ernst & Young Abogados, 2004, pp. 357-358.

³⁹² Deberes de información específicos contenidos en los arts. 122 al 127 del ROSSEAR.

un Capítulo completo relativo a la protección del asegurado³⁹³ (el cual ya fue introducido por la Ley de 1995 de forma novedosa³⁹⁴), en la nueva regulación se elimina tal referencia y se reconduce al concepto de conductas de mercado, más en sintonía con la actual terminología y las técnicas públicas empleadas conjuntamente en el resto de subsectores financieros³⁹⁵.

En este sentido, no debe olvidarse que la LOSSEAR³⁹⁶ y el ROSSEAR³⁹⁷ son, esencialmente, la expresión de la Directiva Solvencia II cuyo objeto va encaminado al establecimiento de un marco legal dentro del cual las entidades aseguradoras y reaseguradoras puedan operar en el mercado único europeo³⁹⁸ y no tanto a contrarrestar aquellas situaciones de desequilibrio existentes entre los operadores de dicho sector, entre otras, las de información imperfecta. Ello sin perjuicio de que la consecución de la protección de los asegurados, tomadores y beneficiarios exija, en buena medida, la uniformidad de las normas reguladoras de la supervisión de la actividad aseguradora³⁹⁹.

³⁹³ En concreto el capítulo VI, intitulado “Protección del asegurado”, incluyendo aspectos de la tutela de los asegurados a través de la prelación de créditos, mecanismos de solución de conflictos, protección administrativa, el defensor del cliente o el deber general de información.

³⁹⁴ PEÑAS MOYANO, M.J., “Relaciones entre la normativa contractual y de supervisión para la protección del asegurado: El deber de información previa al tomador del seguro”, *Supervisión en seguros privados*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 672.

³⁹⁵ BELANDO GARÍN, B., “La protección pública del consumidor de servicios financieros (banca, bolsa y seguros). Una perspectiva transversal.”, *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Aranzadi, 2014, p. 282.

³⁹⁶ Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

³⁹⁷ Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

³⁹⁸ Preámbulo III *in fine* de la LOSSEAR.

³⁹⁹ Preámbulo II de la LOSSEAR.

El nuevo enfoque adoptado por el legislador en torno a la concepción del riesgo económico como incentivo a fin de efectuar una mejor valoración y gestión del riesgo asumido por las entidades aseguradoras se materializa, entre otras formas, a través del establecimiento de requisitos de solvencia más efectivos a fin de proteger a los clientes de seguros⁴⁰⁰. Sin embargo, pese a que estas medidas tendentes a garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por las aseguradoras con sus clientes puedan servir, a priori, como justificación de la importancia que ese colectivo ostenta en lo que a su tutela se refiere⁴⁰¹, lo cierto es que no necesariamente puede deducirse esto a tenor del espíritu teleológico de la norma: proteger la solvencia del sistema financiero en su conjunto y por encima de todo.

En este sentido, quizá propiciado por el duro contexto económico experimentado en los últimos años, parece que el anterior énfasis otorgado por el legislador europeo y el nacional a la tutela de los intereses de los asegurados se haya desplazado (no eliminado) para dar paso a la protección de un interés mayor, este es, la estabilidad, la transparencia y la solvencia del conjunto del mercado financiero. Y esta tendencia, lejos de ser una novedad, no supone más que una vuelta al pasado puesto que, desde los inicios de la industria aseguradora, la protección de la solvencia de sus

⁴⁰⁰ Considerando (14) de la Directiva Solvencia II.

⁴⁰¹ En este sentido MORILLAS JARILLO, M.J., “Fundamentos de la ordenación del mercado de seguros privados y derechos fundamentales”, *Supervisión en seguros privados*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 40-41.

entidades se erigía como un objetivo primordial⁴⁰².

No obstante, en mi opinión, de lo antedicho no se puede deducir que el legislador haya pretendido dejar de lado, en particular, la necesidad de llevar a cabo ese necesario reajuste producido por la asimetría informativa. Ni tampoco considerar que la protección del asegurado, en general, haya dejado de ser uno de los pilares básicos de la supervisión del seguro, tal y como la doctrina ha venido reiterando⁴⁰³. En realidad, más que eliminar los preceptos que conducen al equilibrio entre las partes, los ha reubicado en otros cuerpos normativos, como el relativo a la distribución de seguros, sobre el cual nos detendremos a continuación.

1.3.2.2 Distribución de seguros

En lo que a la protección del asegurado en la distribución de seguros se refiere, son objetivos fundamentales el incremento de la protección de estos a través de la transparencia así como el establecimiento de unas condiciones de competencia equitativa para todos los operadores del sector que sean adecuadas y proporcionadas a los distintos tipos de canales de distribución⁴⁰⁴.

En cuanto al primer objetivo y dado que las entidades aseguradoras

⁴⁰² CALZADA CONDE, M.A., “La protección del asegurado en la ley de contrato de seguro”, *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Aranzadi, 2014, p. 108.

⁴⁰³ PEÑAS MOYANO, M.J., “Relaciones entre la normativa contractual y de supervisión para la protección del asegurado: El deber de información previa al tomador del seguro”, *op.cit.*, p. 667.

⁴⁰⁴ Considerandos 6 y 16 de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros (en adelante “IDD”).

no siempre tienen incentivos para fomentar la transparencia y dar información sobre sus productos (incluso podría afirmarse que tienen incentivos para favorecer la ausencia) resulta fundamental el diseño de normas que corrijan y traten de equilibrar esta asimetría⁴⁰⁵.

Así pues, con la finalidad de dotar al mercado asegurador de un mayor nivel de transparencia, se han implantado nuevos deberes de información que recuerdan a las técnicas empleadas en el resto de subsectores financieros (banca y valores), materializándose estas a través de la realización de análisis de conveniencia e idoneidad. Sin duda, la normativa MIFID I y II ha servido de inspiración al legislador a fin de implantar mejoras en la transparencia del mercado asegurador.

Este proceso de acercamiento entre marcos normativos, denominado por algunos autores como "midificación", pivota, fundamentalmente, en aquellos aspectos relativos a la gobernanza y la supervisión de productos así como en la protección de la clientela, alcanzando quizás su mayor expresión en lo referido a los productos de inversión basados en seguros (como los unit-linked)⁴⁰⁶.

Como consecuencia de esta "midificación", el legislador se ha valido de dos nuevos instrumentos a saber, (i) el *documento de datos*

⁴⁰⁵ STIGLITZ, J., "Regulation and failure", *op.cit.*, p. 115.

⁴⁰⁶ MARANO, P., "Sources and Tools of the Insurance Regulation in the European Union", *Insurance Regulation in the European Union. Solvency II and beyond*, Palgrave Macmillan, 2017, p. 10.

*fundamentales*⁴⁰⁷ en el caso de la contratación de productos de inversión minorista vinculados y productos de inversión basados en seguros – fundamentalmente Unit linked-, y (ii) el *documento de información sobre productos de seguro*⁴⁰⁸ para el resto de seguros.

Ambos documentos tienen la finalidad de facilitar la comprensión del seguro a contratar a fin de contrarrestar la asimetría informativa entre las partes a través de un mecanismo: la dotación de transparencia a la labor de distribución de seguros con base en la información. Sin embargo, esta transparencia no se muestra como único objetivo del legislador pues, garantizar la comparabilidad entre los distintos seguros del mercado⁴⁰⁹ se erige como otro aspecto fundamental del nuevo marco normativo de distribución. Así pues, parece razonable dudar sobre si la finalidad última de las normas referidas a la distribución va a ser impulsar la fijación de condiciones de competencia equitativas en la comercialización de los distintos seguros a través de la comparación o, por el contrario, reforzar la información a facilitar al tomador⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Reglamento delegado (UE) 2017/653 de la Comisión, de 8 de marzo de 2017, por el que se completa el Reglamento (UE) nº 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, mediante el establecimiento de normas técnicas de regulación respecto a la presentación, el contenido, el examen y la revisión de los documentos de datos fundamentales y las condiciones para cumplir el requisito de suministro de dichos documentos (*Reglamento delegado del PRIIPS*).

⁴⁰⁸ Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1469 de la Comisión, de 11 de agosto de 2017, por el que se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro (*Documento de Información sobre productos de seguro*).

⁴⁰⁹ Considerando (4) del Reglamento delegado del PRIIPS y Considerando (3) del Documento de Información sobre productos de seguro.

⁴¹⁰ CARRASCO PERERA, Á.; “El Reglamento UE 1286/2014, sobre documentos de datos fundamentales relativos a productos de inversión minorista vinculados y los

Por último, en la comercialización a distancia de seguros destinados a los consumidores, destacar la provisión de una especial tutela a los consumidores que decidan contratar a través de la vía telemática estableciendo un riguroso régimen en cuanto a la información que deben recibir estos antes de la celebración del contrato, a saber: la relativa al proveedor, el servicio financiero, el propio contrato a distancia, así como a los medios de reclamación e indemnización⁴¹¹.

1.3.2.3 Contratación de seguros

La asimetría informativa constituye, sin duda, “el talón de Aquiles del contrato de seguro” para todas las partes implicadas⁴¹².

Desde la perspectiva de las entidades aseguradoras, la información imperfecta derivada de la ausencia de un conocimiento real sobre el riesgo asumido se traduce en la imposición a la parte asegurada de la obligación de suministrar información veraz y objetiva sobre aquello que conoce o que, siendo mínimamente diligente, debiera conocer⁴¹³.

productos de inversión basados en seguros. Comentario y crítica de una reforma”, *Revista CESCO*, núm. 13, 2015, p. 210. Referido al concreto caso de los PRIIPS, pero enteramente aplicable al resto de seguros.

⁴¹¹ Art. 7 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

⁴¹² VEIGA COPO, A.B., “Caracteres del contrato de seguro”, *op. cit.*, p. 37.

⁴¹³ Sin ser exhaustivos y en atención a todos los tipos de seguro, muestra de estos son los consabidos deberes en relación con la declaración del riesgo (art. 10 LCS), la agravación del riesgo (art. 11 LCS) o la minoración de las consecuencias del siniestro (art. 17 LCS).

Sin embargo, quizá el problema de la información asimétrica sea más acuciante para la parte asegurada concretamente en el momento de la perfección o conclusión del contrato, entendido este desde la óptica de la ausencia real de capacidad de entendimiento jurídico y práctico que ostenta la misma sobre el concreto contrato de seguro a suscribir (*Verständnisfähigkeiten*)⁴¹⁴. Igualmente, el hecho de que el contrato de seguro sea el paradigma de la contratación por adhesión incide notablemente en las desventajas operantes del lado de los asegurados, tomadores y beneficiarios⁴¹⁵.

Como ya ha señalado el Tribunal Supremo en varias ocasiones “la Ley de Contrato de Seguro de 1980 tuvo la clara intención de tutelar a los asegurados como contratantes más débiles, con el propósito de equilibrar la posición que de hecho tienen las partes en el contrato de seguro, y para ello declaró que sus preceptos tenían el carácter imperativo a no ser que dispusieran otra cosa, siendo no obstante válidas las cláusulas contractuales que fueran más beneficiosas para el asegurado”.⁴¹⁶

En este contexto, el carácter imperativo de la Ley de Contrato de

⁴¹⁴ VEIGA COPO, A.B., *Tratado del contrato de seguro*, Tomo I, Aranzadi, 2014, p. 1.291. El autor incluso se refiere a que en ocasiones esta falta de capacidad de comprensión es utilizada por parte de las aseguradoras en su propio beneficio.

⁴¹⁵ Consecuencia de esta contratación por adhesión surgen desequilibrios que, por su parte, son corregidos en virtud del principio de interpretación “contra proferentem”, también denominado “interpretatio contra stipulatorem”, sancionando la nulidad de los extremos afectados por los mismos.

⁴¹⁶ *Vid.* STS 3 de mayo de 2006. En igual sentido, destacar la STS de 28 de julio de 1990, STS de 23 de mayo de 1988 o la STS de 30 de abril de 1999.

seguros se consagró como un instrumento apropiado y útil⁴¹⁷ a fin de proteger a “la otra parte” (formada por los asegurados, tomadores y beneficiarios), frente a aquellos desequilibrios que pudieran existir en su relación con las compañías aseguradoras⁴¹⁸, siendo una clara muestra de estas situaciones de desequilibrio la disimilitud en la información obrante a uno y otro lado del contrato de seguro.

No obstante, pese a este carácter imperativo de la Ley, siempre prevalecerán y se tendrán por válidas aquellas cláusulas que sean más beneficiosas para el asegurado, actuando como límite al principio general de imperatividad.

En definitiva, la tutela prevista en la norma española del contrato de seguro no viene orientada a proteger la posición de “la otra parte” en tanto que esta sea, a su vez consumidor, sino que viene más bien a tutelar a la parte que, dependiendo del momento, se encuentre en una posición más desventajosa⁴¹⁹.

En otro orden de cosas conviene igualmente destacar que la

⁴¹⁷ No hay que olvidar el carácter disruptivo que la imperatividad de la Ley del contrato de seguro supuso en relación con el régimen anterior. *Vid.* CABALLERO SÁNCHEZ, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Fundación Mapfre, 1997, p. 57.

⁴¹⁸ BATALLER GRAU, J., “El régimen jurídico del contrato de seguro”, *Derecho Mercantil. Estudios in Memoriam de Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 511. El autor se refiere aquí a “el otro lado” y entiende este concepto como término omnicomprendivo de las posiciones enfrentadas a la compañía aseguradora en el contrato de seguro, a saber, asegurado, tomador y beneficiario.

⁴¹⁹ CALZADA CONDE, M.A., “La protección del asegurado en la ley de contrato de seguro”, *op.cit.*, Aranzadi, 2014, pp. 109-110.

normativa de contratación de seguros quizá sea la que más problemas plantea a nivel comunitario en términos de homogeneidad dado que la legislación, a diferencia de lo que ocurre con el funcionamiento o la distribución de los seguros, no está armonizada ni unificada, obligando a cada uno de los Estados miembro a remitirse a sus propias normas. De ahí que el nivel de protección de la parte asegurada en el contrato de seguro sea dispar pues, a estos efectos, resulta necesario atender a lo previsto en cada uno de los ordenamientos nacionales.

En la actualidad, lo único que sí existe es una armonización de la norma de conflicto en vistas a evitar posibles divergencias en lo que a la aplicación de la ley material se refiere, pero sin alterar los ordenamientos internos de los Estados miembro⁴²⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, pese a que un mayor grado de cohesión a nivel comunitario (bien a través de la unificación o incluso de la armonización) se antoje indispensable para lograr el mercado único del seguro abriendo nuevas oportunidades de negocio para la industria aseguradora así como una oferta más variada para los consumidores⁴²¹, no

⁴²⁰ BATALLER GRAU, J., “¿Hacia la unificación de la normativa del contrato de seguro en Europa? Tópicos para un debate”, *Derecho patrimonial europeo*, Aranzadi, 2003, p.59.

⁴²¹ Conviene hacer un matiz sobre esta cuestión. Mientras que en las relaciones B2B ya se puede hablar, en cierta medida, de una cierta aproximación en su regulación a través de la *lex mercatoria* desarrollada mediante las condiciones generales presentes en los contratos de carácter internacional (ej. en el reaseguro y el seguro marítimo), el siguiente paso hacia una ley de contrato de seguro europea debería ir orientada a la contratación B2C cuya aproximación conllevaría notables efectos positivos para los consumidores al poder disfrutar de las ventajas que supondría la mayor integración de mercado de seguros en términos de competitividad. *Vid.* BATALLER GRAU, J., “The

parece este que sea un objetivo fácilmente alcanzable, al menos en el medio plazo⁴²²⁴²³.

1.3.2.4 Conclusiones respecto a la información asimétrica

En resumidas cuentas, a luz de lo expuesto resulta claro que el problema de la información imperfecta, con mayor o menor acierto, se ha abordado tanto desde el plano público como el privado valiéndose, para ello, de diversos mecanismos jurídicos.

Así las cosas, desde una perspectiva jurídico-pública, si bien desde el control y la supervisión se ha tratado de garantizar a los asegurados que la prestación comprometida por el asegurador va a ser satisfecha y proteger así a la otra parte ante situaciones de insolvencia, desde la normativa relativa a la distribución, el objetivo ha sido la dotación de transparencia a la labor de intermediación con la finalidad de preservar los derechos del tomador asegurado.

Y, por su parte, en el plano jurídico-privado, a través de la

harmonization of european contract law: the case of insurance contracts”, *Connecticut Insurance Journal*, Vol. 21.1, 2014, p. 170.

⁴²² BASEDOW, J., “Towards a European Insurance Contract Law? The Commission Expert Group, its Antecedents and Consequences”, *Research Paper Series, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, N° 15/18, 2015, p. 17.

⁴²³ En igual sentido, VEIGA COPO, A.B., *Los principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro*, Colección Prospectivas del Derecho, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 25, al referirse a esta misma cuestión afirmando que, frente a los progresos realizados en aras de aproximar la regulación de ordenación y supervisión, “Regular la dimensión privada del contrato es harina de otro costal”.

declaración genérica de la imperatividad mediante el artículo 2 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, se pretende garantizar que no pueda ser excluida por las partes la protección dispensada en la referida norma en beneficio de los asegurados, entre otras cuestiones, a fin de compensar la asimetría informativa.

2. Fallos de naturaleza sistémica

2.1 En el sector financiero

Sin perjuicio de los fallos de mercado a los que se ha hecho referencia en anteriores epígrafes, quizá en la actualidad el fallo más novedoso del sistema financiero, incluido aquí el asegurador, esté asociado a las externalidades sistémicas, estas son, aquellas que provocan efectos sistémicos tanto en el propio mercado financiero como en el orden económico internacional⁴²⁴.

Uno de los principales factores que puede contribuir a la generación de riesgo sistémico son las interconexiones, tanto directas como indirectas, presentes entre los distintos operadores del sistema financiero, incluido el sector bancario, el bursátil y, por supuesto, el sector asegurador, ya sea desde la realidad del mercado o desde el punto de vista normativo⁴²⁵.

⁴²⁴STIGLITZ, J., “Regulation and failure”, *op.cit.*, p. 14.

⁴²⁵Afortunadamente la tendencia existente en la doctrina de marcar las conexiones existentes entre el sector bancario y el bursátil, destacando las diferencias de estos en relación al mercado asegurador, va desapareciendo de modo que las diferencias entre estos tres subsectores se van difuminando, especialmente las relativas a la ordenación y la supervisión. Buena muestra de ello es la creación del Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF). Por su elevado interés ilustrativo sobre este

De aquí que la eventual situación de insolvencia en cualquiera de los operadores puede provocar un efecto dominó que genere un grave riesgo para el concreto sector financiero y, a la postre, para la economía global. Ello es así debido a que los mercados financieros se erigen en la actualidad como los principales valedores de la economía en sustitución del papel que, otrora, el oro había venido ejerciendo.

En su virtud, la lucha contra el riesgo sistémico se contempla como un objetivo prioritario a los efectos de proteger no solo el correcto funcionamiento del sector financiero sino a fin de proteger el conjunto de la economía de ámbito internacional.

Antes de avanzar, conviene hacer una cautela: los estudios sobre el riesgo sistémico, pese al elevado interés que ha suscitado en los últimos años a consecuencia de la crisis económica, se encuentran en una fase

fenómeno, conviene traer al texto una breve y clara explicación que resume cómo el sector asegurador se ha ido interconectando con mayor intensidad en el sector financiero durante las últimas décadas: “Los ejemplos de esta integración son múltiples, tanto desde un punto de vista de la realidad del mercado, como desde el plano normativo. Entre los primeros podemos aludir al denominado fenómeno de la banca-seguros, que ya ha superado el inicial modelo de la mera distribución de seguros a través de las redes distribución bancarias, para alcanzar importantes niveles de integración, materializados a través de *joint-venture* entre entidades de crédito y entidades aseguradoras, o, incluso, mediante la constitución de grupos financieros. También podemos citar el papel que las distintas figuras de ahorro (p. ej. seguros *unit linked*) juegan en el mercado de valores o las importantes sumas de capital que las aseguradoras invierten en el mercado de deuda pública. Y como no podía ser de otra forma, la realidad del mercado ha tenido que ser disciplinada, por lo que también encontramos numerosas muestras de regulaciones horizontales, donde se aborda el sistema financiero como unidad”. *Vid.* BATALLER GRAU, J., “Los rasgos conformadores del derecho de seguro”, *Derecho de los Seguros Privados*, Marcial Pons, 2007, p. 32.

embrionaria, por lo que en muchos aspectos no se alcanza el consenso generalizado por parte de la comunidad económico-científica, y más concretamente sobre su propia definición⁴²⁶.

Puesta de manifiesto la anterior prevención, y por señalar una de las primeras aproximaciones dadas por un organismo internacional, a juicio del Grupo de los Diez el riesgo sistémico podría definirse como aquel evento susceptible de provocar una pérdida de valor económico o confianza, junto con un aumento en la incertidumbre sobre una parte sustancial del sistema financiero, de tal magnitud que pueda surtir efectos adversos significativos en la economía real⁴²⁷.

⁴²⁶ GOTTESMAN, A., LEIBROCK, M., *Understanding Systemic Risk in Global Financial Markets*, Wiley, 2017, p. 2. En todo caso, pese a que la doctrina económica no se ponga de acuerdo en ofrecer una definición unánime sobre qué debe considerarse como riesgo sistémico, sí hay consenso en que deben existir los siguientes tres factores que extractamos por su elevado interés ilustrativo: “1. Risk of an event: For each risk, there must be an associated event that can occur. The associated event is the dysfunction of financial services, default of financial institutions, or a shock to the economy. 2. Impact of the event: Most definitions specify the consequences if the event occurs, which are typically that the real economy is negatively affected. 3. Causation of the event: Some definitions require the risk to have a certain causation before it is labeled systemic. These causations can be general in nature and/or specific and are mostly related to the financial services sector.” *Vid.* ELING, M., PANKOKE, D.A., “Systemic risk in the insurance sector: a review and directions for future research”, *Risk Management and Insurance Review*, Vol. 19, No. 2, 2016, p. 251.

⁴²⁷Esta es una de las primeras definiciones dadas al concepto y realizada por el Grupo de los Diez (pero que en realidad son once: Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, los Países Bajos, Suecia, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos) que consultan y cooperan sobre cuestiones económicas, monetarias y asuntos financieros con la OECD. *Vid.* GROUP OF TEN OF THE OECD, *Report on Consolidation in the Financial Sector*, OECD, 2001, p. 126. No obstante, posteriormente se han dado otras definiciones, siendo mayoritariamente acogida por la doctrina económica la de CSISZAR. Así, riesgo sistémico sería aquel “(...) that the failure of a participant to meet its contractual obligations may in turn cause other participants to default, with the chain reaction leading to broader financial difficulties”. *Vid.* FAISAL, B.,

Dada la relevancia que este riesgo sistémico ha alcanzado en los últimos años a consecuencia de la crisis económica, los distintos Estados han intentado identificar aquellas instituciones de gran magnitud que hacen vulnerables al conjunto del sistema financiero (las denominadas “too big to fail”) a fin de protegerlas frente ante las distintas eventualidades en las que puedan incurrir y, en la medida de lo posible, tratar de evitar mayores pérdidas en la economía global como consecuencia de su colapso⁴²⁸.

Por este motivo, la intervención estatal ha venido ganando relevancia en esta última década con el claro objetivo de sortear situaciones de insolvencia en el sector financiero, incluido aquí el sector asegurador⁴²⁹, en países a uno y otro lado del atlántico⁴³⁰.

MUTENGA, S., PARSONS, C., “Insurance, Systemic Risk and the Financial Crisis”, *Geneva Papers*, Vol. 36, 2011, p. 137.

⁴²⁸ Se puede consultar el listado actualizado de entidades aseguradoras que son consideradas como como entidades sistémicas en el siguiente enlace:

<http://www.fsb.org/2017/11/review-of-the-list-of-global-systemically-important-insurers-g-siis/> Por el momento hay dos informes: el de 2013, que incluye 9 entidades http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_130718.pdf, en 2016 se han incluido 9 entidades: <http://www.fsb.org/2016/11/2016-list-of-global-systemically-important-insurers-g-siis/>

⁴²⁹HIERRO ANIBARRO, S., CASTILLO PLAZA, C.A., *Las sociedades cautivas de reaseguro*, Fundación Mapfre, 2011, p. 80.

⁴³⁰ El caso más llamativo es el de la aprobación de la Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act en los Estados Unidos, por el Presidente Barack Obama el 21 de julio de 2010, teniendo esta como principales objetivos: simplificar el marco regulatorio y supervisor, promover la estabilidad financiera de dicho país a través de medidas que ofrezcan transparencia y estabilidad en el sistema financiero, monitorizar las prácticas bancarias y la actividad realizada por las distintas instituciones financieras, evitar costes a los contribuyentes así como proteger al consumidor de servicios financieros. *Vid.* GONZÁLEZ MOTA, E., MARQUÉS SEVILLANO, J.M., “Dodd-Frank Wall Street Reform: un cambio profundo en el sistema financiero de Estados Unidos”, *Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 19, 2010, p. 74 -75.

En el caso de la Unión Europea, la Junta Europea de Riesgo Sistémico es el órgano encargado de elaborar informes periódicos basados en criterios asimilables que afectan a todo el sector financiero de la Unión Europea⁴³¹, siendo cinco los factores básicos observados para valorar el grado de riesgo sistémico: (i) la interconexión, (ii) la sustituibilidad⁴³², (iii) la dimensión⁴³³, (iv) la actividad global⁴³⁴ y (v) la relevancia de actividades ajenas⁴³⁵. Y, en términos casi idénticos, el Fondo Monetario Internacional hace lo propio elaborando fichas técnicas por país⁴³⁶.

⁴³¹ Informe de 2016, accesible en:

<https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/ar/2017/esrb.ar2016.es.pdf?e39f7afd015975638191bb2648e34ae1>

⁴³² La importancia sistémica de un operador individual aumenta en los casos en los que es difícil para el sistema proporcionar los mismos o similares servicios que produce este operador en caso de que incurra en una situación de insolvencia.

⁴³³ La relevancia que un solo operador puede tener para el funcionamiento del sistema financiero generalmente aumenta con la cantidad de servicios que proporciona. Sin embargo, resulta necesario poner de manifiesto que, en el concreto caso de la actividad aseguradora, el tamaño es un requisito previo para la puesta en común efectiva y la diversificación de los riesgos.

⁴³⁴ La metodología tiene como objetivo identificar los operadores del sistema financiero cuya situación de insolvencia pueda tener externalidades negativas que repercutan a escala global, ello sin tener en cuenta las localizadas en un territorio.

⁴³⁵ Como se ha visto, las actividades de seguros no tradicionales y las actividades financieras no relacionadas con seguros llevadas a cabo por empresas del sector asegurador son las únicas que entrañan riesgo sistémico, dejando de lado aquellas orientadas al seguro tradicional.

⁴³⁶ En concreto, la última ficha referida al sector asegurador español es la recogida en el siguiente documento: INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Technical note—interconnectedness and spillover analysis in spain’s financial system*, IMF Country Report, N° 17/320, International Monetary Fund Publication Services, 2017. “Insurance companies have cross-sectoral linkages with the rest of the financial system even though they usually do not hold significant positions in other non-insurance financial entities. However, some insurance undertakings belong to banking groups or financial conglomerates. Most Spanish insurance companies have portfolios consisting mainly of bonds, deposits, property and equity. Spanish insurance companies have steadily increased their government bond portfolio to around 50 percent of their total investment portfolio, while corporate bonds are currently only

Por su parte, la EIOPA ya ha puesto de manifiesto su preocupación por el riesgo de insolvencia que puede originarse en el ramo vida pues las entidades que operan en este ramo poseen un mayor grado de correlación con el ciclo económico, probablemente, debido a la alta exposición de las actividades desarrolladas por este ramo en los mercados de deuda y valores.⁴³⁷

Pese a que el análisis de riesgo sistémico se haya venido efectuando sobre el conjunto del sector financiero, lo cierto es que, pese a estar incluido en los mismos, en los últimos años el estudio desagregado del sector asegurador está cobrando importancia⁴³⁸. Y esto es así debido, principalmente, a la penetración cruzada entre el sector asegurador y el

20 percent. Cross-sectoral linkages also exist from insurance companies' investment in deposits and bonds issued by banks, commonly banks of the same group. New regulation (Solvency II), has affected these linkages since risk concentration against one counterparty leads to higher capital requirements and, thus, insurance companies now usually have much more diversified investment portfolios. ”

⁴³⁷ Así se constata el informe publicado por la EIOPA en julio de 2018, intitulado *Failures and near misses in insurance. Overview of the causes and early identification* (p.22): “For the life insurance segment, particularly, it can be argued that the possibility of collective failures occurring in future financial crises cannot be ruled out, given the empirical indications of the database. This might confirm a higher degree of correlation of life insurers with the business cycle, likely due to the high exposure of life insurers to debt and securities markets (...). As regards the non-life sector, conversely, the database seems to suggest a lesser degree of correlation with the business cycle, by means of the failures being more evenly distributed across years. This appears to indicate that the non-life sector might indeed be less cyclical than the life sector.”

⁴³⁸ Simplemente con una rápida revisión de las revistas internacionales más prestigiosas (*The Journal of Risk and Insurance*, *The University of Chicago Law Review*) o de las publicaciones e informes *think tanks* especializados en el sector financiero de prestigio internacional (*The Geneva Association*) y otras organizaciones (*International Association of Insurance Supervisors*, *Fondo Monetario Internacional*), puede apreciarse esta clara tendencia.

financiero en casos como el de los seguros “Unit-linked” que, pese a ser seguros de vida, sirven como instrumentos de inversión, o los “Credit Default Swaps” o “Swaps de incumplimiento crediticio” (conocidos por sus siglas en inglés como “CDS”), los cuales, pese a tener naturaleza de producto financiero, llevan a cabo funciones que son más bien propias de los seguros⁴³⁹.

Sin duda el asegurador no es el principal subsector que genera riesgo sistémico en el conjunto del sistema financiero. Sin embargo, lo que sí es cierto es que, pese a que la mayor parte de entidades no puedan ser consideradas como “too big to fall”, han sido muchas, fundamentalmente aquellas de pequeño y mediano tamaño, las que durante los últimos años han llevado a cabo operaciones cortoplacistas de alto riesgo incentivadas por un escenario de bajos tipos de interés⁴⁴⁰. De aquí que el riesgo sistémico en el sector asegurador no se identifique con la posibilidad de que una o algunas de las grandes aseguradoras puedan caer, sino más bien el peligro se circunscribe a que muchas de las pequeñas y medianas entidades del sector puedan colapsar en un momento dado y provocar, a la postre, efectos igualmente devastadores⁴⁴¹.

⁴³⁹Vid. BATALLER GRAU, J., “Los rasgos conformadores del derecho de seguro”, *Derecho de los Seguros Privados*, Marcial Pons, 2007, p. 32.

⁴⁴⁰ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Global Financial Stability Report 2016*, Abril 2016, International Monetary Fund Publication Services, 2016, pp. 87-107.

⁴⁴¹Nótese que, al menos en la Unión Europea, tal y como ya se ha apuntado, la normativa impuesta por Solvencia II ha provocado que, precisamente estas entidades medias y pequeñas tiendan a desaparecer, fortificando así la concentración del mercado asegurador. Sin embargo, no debe dejarse de lado que el mercado asegurador tiene un mercado alcance internacional y que la tendencia en la Unión Europea no es la seguida por todos los países.

2.2 El riesgo sistémico en la industria aseguradora

Desde la década de los años setenta, la industria aseguradora se ha venido analizando como un componente incardinado en el contexto de la teoría financiera general y no aisladamente del resto de subsectores que conforman el ecosistema financiero⁴⁴². Sin embargo, su estudio individual, por supuesto dentro del contexto global del sector financiero, ha venido cobrando peso en los últimos años, ubicando el punto de inflexión en el colapso de la entidad AIG⁴⁴³.

Por todos es conocido el papel que la quiebra de Lehman Brothers jugó en el inicio de la crisis económica y financiera, pero junto a ella, el rescate de Merrill Lynch por parte del Banco de América y el colapso del grupo asegurador AIG hicieron que la bolsa se desplomase no solo en los Estados Unidos, sino que sus efectos se propagasen en todo el panorama internacional⁴⁴⁴.

⁴⁴² LOUBERGÉ, H., “Developments in Risk and Insurance Economics: The Past 40 Years”, *op.cit.*, p. 24; KESSLER, D., Why (re)insurance is not systemic, *The Journal of Risk and Insurance*, 2013, Vol. 81, No. 3, p. 478.

⁴⁴³ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Global Financial Stability Report 2016*, Abril 2016, International Monetary Fund Publication Services, 2016, p. 87: “The financial crisis put the insurance sector on the map as a source of systemic financial risk. Before the global financial crisis of 2007–09, insurers were not thought to pose significant systemic risks. Insurers have longer-term liabilities than banks, greater diversification of assets, and less extensive interconnections with the rest of the financial system. It was assumed that the functions of any failed firm would be relatively easily picked up by others (high substitutability). However, the near-collapse of the insurer AIG during the crisis prompted a rethinking of the sector’s systemic risk contribution.”

⁴⁴⁴ Desde luego que el colapso de AIG no ha sido el primero en el sector asegurador. Para un estudio más detallado sobre las crisis del sector asegurador sistémicamente

Desde luego, el impacto mediático -que no económico- de la caída de una empresa que opera principalmente en el mercado de valores (Lehman Brothers) es mayor debido a la rapidez de la comunicación de su fracaso a otros mercados. Sin embargo, esta pomposidad atribuible al mercado de valores no es posible en la industria aseguradora ya que, al contrario que este, las crisis en este sector asegurador se caracterizan por su especial lentitud⁴⁴⁵.

En este contexto, la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) publicó en 2013 la primera guía⁴⁴⁶ precisando qué metodología servía para identificar a aquellas entidades aseguradoras

más relevantes a lo largo de las últimas décadas, *vid.* FAISAL, B., MUTENGA, S., PARSONS, C., “Insurance, Systemic Risk and the Financial Crisis”, *op.cit.*, pp. 127-128.

⁴⁴⁵ Las entidades aseguradoras no pueden cesar su actividad de un día para otro pues tienen que atender las eventuales indemnizaciones a las que deban hacer frente; de aquí que no sea posible que desaparezcan de manera fulminante. En KESSLER, D., “Why (re)insurance is not systemic”, *op.cit.*, p. 478. “In fact, a failing (re)insurance company does not interrupt its contracts overnight but continues settling the claims. In most cases, the portfolio is sold to another (re)insurer, with multiple buyers generally being easy and quick to find. Claims continue to be settled in an orderly manner, which precludes any disrupting effects on the insureds. In some cases, the company might be placed in run-off, often several years before formal wind-up takes place. Some companies even specialize in managing run-off business. This shows that the market usually perceives a failing (re)insurer as a still valuable asset, rather than a worthless one. The length of the process, along with regulatory provisions, cause supervisors to intervene early on in the process, in order to protect the policyholder. This is further facilitated by the fact that policyholders are the only holders of liability.”

⁴⁴⁶ “Global Systemically Important Insurers: Initial Assessment Methodology” y “Global Systemically Important Insurers: Policy Measures”, ambas publicadas por la IAIS en julio de 2013, habiendo sido actualizadas por la misma organización en 2016 (“Global Systemically Important Insurers: Updated Assessment Methodology”).

globales que pudieran tener importancia a nivel sistémico⁴⁴⁷; metodología que, posteriormente, ha sido adoptada por el Consejo de Estabilidad Financiera⁴⁴⁸.

Desde una perspectiva macroeconómica, destacar que, a diferencia de los otros sectores financieros (el bancario y el mercado de valores), prácticamente la totalidad de la literatura económica ha venido considerando que la actividad aseguradora es un sector que no entraña riesgo sistémico pues genera su propia liquidez, no dependiendo así de la

⁴⁴⁷ Este tipo de entidades, tanto aseguradoras como de otros subsectores financieros, son conocidas como “SIFIs” por su acrónimo en inglés (“Systemically Important Financial Institutions”).

⁴⁴⁸ El Consejo de Estabilidad Financiera es un organismo internacional que persigue la eficacia y estabilidad del sistema financiero internacional creado tras la Cumbre del G-20 (2009) en Londres como sucesor del Foro de Estabilidad Financiera. En concreto, viene a suscribir la metodología sostenida por la IAIS en el siguiente documento, de fecha 18 de julio de 2013: *Global systemically important insurers (G-SIIs) and the policy measures that will apply to them*.

evolución general del mercado⁴⁴⁹.

Sin embargo, teniendo en cuenta los estudios más recientes al respecto, la anterior afirmación solo es válida si viene referida a la actividad que no conlleve riesgos idiosincráticos⁴⁵⁰, sosteniendo así que las únicas entidades de seguros que pueden ser sistémicamente relevantes son aquellas cuyo riesgo se deriva de la realización de actividades no

⁴⁴⁹ SCHWARCZ, D., SCHWARCZ, S.L., “Anticipating New Sources of Systemic Risk in Insurance”, *Systemic Risk and the Future of Insurance Regulation*, Informa Law from Routledge, 2016, p. 52. Los autores, en este sentido, se toman la molestia de recopilar los trabajos en los que apoyan dicha afirmación a la cual nos remitimos. Igualmente llevan a cabo el mismo cometido BERDIN, E., SOTTOCORNOLA, M., “Assessing Systemic Risk of the European Insurance Industry,” *EIOPA Financial Stability Report - Thematic Articles 6*, EIOPA, Risks and Financial Stability Department, 2015, pp.1-2. KESSLER apuesta, igualmente, por la exclusión del sector asegurador como generador del riesgo sistémico: “There is a legitimate desire on the part of the regulators to prevent a reoccurrence of the kind of systemic event we experienced a few years ago. However, regulators should resist the temptation to put (re)insurers in the same basket as banks and other financial institutions. It should be recognized that neither insurance nor reinsurance companies, insofar as they operate within their traditional business models, create significant systemic risk, and that ongoing improvements to insurance and reinsurance regulation will add further stability by themselves. Creating SIFIs would actually generate competitive distortions and reduce insurers’ and reinsurers profitability at the expense of solvency. Instead, the focus should be placed on better monitoring of noncore activities and on increased cooperation between regulators.”, *vid.* KESSLER, D., “Why (re)insurance is not systemic”, *op.cit.*, p. 486.

⁴⁵⁰ Los riesgos idiosincráticos o no sistemáticos –aquellos que son consecuencia de la variabilidad propia y específica de la empresa- así como los riesgos sistemáticos – los que afectan a la empresa en función de la totalidad del mercado- constituyen los dos grandes tipos de riesgos a los que se enfrenta cualquier empresa, siendo esta división ampliamente aceptada por la economía financiera. *Vid.* NÚÑEZ NICKEL, M., CANO RODRÍGUEZ, M., “Las tres caras del riesgo estratégico: riesgo sistemático, riesgo táctico y riesgo idiosincrático”, *DEE - Documentos de Trabajo, Economía de la Empresa. DB db021508*, Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Economía de la Empresa, 2002, p .3. De hecho, cuanto mayor sea la cartera, más fácilmente se podrá diversificar y reducir el riesgo tendiendo a aproximarse a cero a medida que se acerca al infinito. *Vid.* MARÍN VIGUERAS, J.M., RUBIO IRIGOYEN, G., *Economía Financiera*, Antoni Bosch Editor, 2011, p. 342.

tradicionales, estas son, las relacionadas con la banca y más concretamente con la banca aseguradora⁴⁵¹.

Así las cosas, y dado que están expuestos a las fluctuaciones del mercado, sí contribuirán al riesgo sistémico aquellas actividades no tradicionales realizadas por el sector asegurador⁴⁵², cuyo máximo exponente podríamos considerar que se alcanza con los productos de inversión basados en seguros, en concreto los denominados los seguros de vida Unit-linked⁴⁵³.

⁴⁵¹ BALUCH, F., MUTENGA, S., PARSONS, C., “Insurance, Systemic Risk and the Financial Crisis”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice*, Volume 36, Issue 1, 2011, pp. 126-163; CUMMINS, J.D., WEISS, M.A., “Systemic risk and the U.S. insurance sector”, *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 81, No. 3, 2014, pp. 489-527.

⁴⁵² Solo aquellas entidades dedicadas a áreas no tradicionales son las verdaderamente vulnerables ante las fluctuaciones que puedan experimentarse en el mercado financiero y, en consecuencia, las únicas capaces de contribuir al riesgo sistémico. *Vid.* GUINÉ, C., *Global Systemically Important Insurers*, Financial Stability Report, EIOPA, May 2014, p. 3.

⁴⁵³ Por el elevado interés que en el presente trabajo ostenta la comercialización de seguros a través del canal de la banca aseguradora, resulta conveniente hacer una breve reseña sobre los seguros Unit-linked, ello por ser uno de los productos que más éxito ha tenido –sobre todo en los últimos años debido a los bajos tipos de interés– como fruto de la colaboración entre la banca y el negocio asegurador. Los contratos de inversión basados en seguros de vida se configuran como una opción de ahorro-inversión dando lugar a nuevas fórmulas que, si bien presentan una naturaleza distinta a la del clásico seguro de vida (*Vid.* TAPIA HERMIDA, A.J., “El seguro de vida como instrumento de ahorro y previsión”, *Revista Española de Seguros*, nº 106, 2006, p. 233), cumplen con el mismo objetivo: dar cobertura a las necesidades de previsión social. Por llamar la atención sobre los aspectos que más chocan con el concepto puro de seguro de vida, señalar uno en concreto: que el riesgo de la inversión lo asume íntegramente el tomador lo cual, en principio, parece no encajar con la necesaria traslación del riesgo a la aseguradora -requisito esencial a efectos del contrato de seguro-, aproximando así su naturaleza a la de otros tipos de productos financieros que se comercializan en el mercado (*Vid.* TAPIA HERMIDA, A.J., “Aspectos polémicos y novedosos del seguro de vida”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense, 2006, p.12). Una de las modalidades de este tipo de productos más extendidas en la práctica comercial son

A decir verdad, la tendencia es que este tipo de productos de seguros con un componente de inversión –en ocasiones muy elevado- va ganado mayor peso en el mercado, desplazando así a los productos de seguro de vida tradicionales⁴⁵⁴.

2.3 Governance como instrumento mitigador del riesgo sistémico en el sector asegurador

Dar cobertura a riesgos catastróficos conlleva que, acaecido el siniestro, una compañía deba hacer frente a cuantiosas indemnizaciones que vencen a corto plazo, generándose una gran necesidad de liquidez para cumplir con los pagos. La transferencia de los riesgos asumidos por la aseguradora directa a través de distintas fórmulas (el reaseguro, la creación de pools de riesgo o la titulización del riesgo y ulterior colocación en los

los seguros Unit-linked, pudiéndose definir como aquellos “seguros de vida en los que el tomador decide en qué activos de los que será titular la aseguradora (y que compondrán las provisiones técnicas) se debe invertir su prima de ahorro, asumiendo él en exclusiva los riesgos de tal inversión” (*Vid. MALDONADO MOLINA, F.J., “Los seguros de vida unit-linked”, *Derecho de los Negocios*, nº 121, 2000, p.1).*

Finalmente, en cuanto al tratamiento jurisprudencial sobre su naturaleza, destacar dos sentencias, todas ellas dictadas por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. De un lado la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo nº 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la cual se calificó como un contrato de inversión complejo a un seguro de vida comercializado bajo el nombre de Unit-linked multiestrategia; de otro, la Sentencia nº 107/2014, de 12 de marzo de 2015, en la que se consideró que un seguro vida ahorro-inversión, carente de cualquier tipo de base técnica actuarial, tenía naturaleza de producto financiero y no de seguro.

⁴⁵⁴ En la Unión Europea los contratos de vida tradicionales crecieron un 8,9% en 2014, lo que representa el 81,3% de toda la vida individual primas. Por su parte, los contratos de seguro con componentes de inversión crecieron a un ritmo más acelerado que los contratos tradicionales (14,1%). Como resultado, su participación en el total de las primas de vida aumentó en un 3.8% en comparación con el año anterior al 18.7%. *Vid. EUROPEAN INSURANCE, *European Insurance — Key Facts*, 2016, p. 14.*

mercados) es un mecanismo clave para garantizar su solvencia en caso de siniestro, pero una mala gestión en la forma de dispersar estos riesgos puede colocarla en jaque mate.

Una estrategia empresarial que apueste por la comercialización excesiva de seguros con componentes de inversión puede, igualmente, poner en compromiso a la entidad dado que intensifica su exposición a las fluctuaciones del mercado. Al igual que sucede si el método de cálculo empleado para realizar las provisiones técnicas necesarias no se realiza correctamente, generando un desfase entre las cantidades que corresponden a las indemnizaciones a abonar y las reservas provisionadas a esos efectos⁴⁵⁵.

De lo anterior se colige que las concretas expresiones de los fallos provocados por el riesgo sistémico pueden advertirse, más allá del propio azar⁴⁵⁶, en multitud de conductas imbricadas fundamentalmente en el gobierno corporativo de las entidades que configuran este amplio y crucial sector y que afectan, en última ratio, a su solvencia.

Otros ejemplos se pueden identificar con aquellas decisiones tomadas por los operadores que desarrollan su actividad profesional de las cuales puedan derivarse graves perjuicios tales como una inadecuada comercialización de productos, la realización de operaciones societarias

⁴⁵⁵ Una explicación detallada sobre cada uno de estos factores que acarrear vulnerabilidad al conjunto del sector asegurador puede consultarse en SCHWARCZ, D., SCHWARCZ, S.L., “Regulating Systemic Risk in Insurance”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 81 (4), 2014, pp. 1610-1626.

⁴⁵⁶ Azar “controlable”, al menos desde el punto de vista de la estadística.

poco viables o ciertas iniciativas empresariales motivadas por una inadecuada estructura de incentivos que fomente la realización de determinadas actividades con base en un comportamiento cortoplacista y extremadamente arriesgado.

Detectados estos fallos que, si bien se producen en el mercado asegurador son susceptibles de perjudicar al sistema financiero y, en última ratio, al conjunto del mercado, gran parte de la reforma regulatoria del mercado financiero se viene centrando, precisamente, en diseñar normas que ayuden a prevenir estas dinámicas⁴⁵⁷. En términos generales, a través de la implementación de instrumentos que conduzcan a un mejor gobierno corporativo de las entidades que generen riesgo sistémico. Y, en el caso concreto del mercado asegurador, por ejemplo, mediante el control de la compensación de los distintos operadores que intervienen en la distribución de seguros⁴⁵⁸.

Con vistas a cumplir con tal objetivo, la normativa de supervisión y ordenación de seguros dedica buena parte de su contenido a la instauración

⁴⁵⁷ Son paradigmáticos de los efectos que pueden ocasionar sobre el conjunto de la economía el caso de Lehman Brothers (2008) o el escándalo Enron (2001), ambos surgidos en los Estados Unidos. Estos dos ejemplos tienen un fondo común: a consecuencia de una gestión llevada a cabo con base en intereses puramente individuales y cortoplacistas, se produjo el colapso de ambas compañías y el efecto dominó sobre otras ajenas. No obstante, este tipo de comportamientos se venían dando intensamente desde principios de los años 90, momento en el cual se pasó de un estilo de dirección más adverso al riesgo que favorecía el crecimiento y la continuidad de la empresa a una gestión basada en la mera especulación. En este sentido, sobre el escándalo Enron, *vid.* BRATTON, W.W., “Enron and the Dark Side of Shareholder Value”, *Public Law and Legal Theory Working Paper N° 035*, The George Washington University Law School, 2002. p.77.

⁴⁵⁸Aunque el autor se refiera al sector bancario, estas afirmaciones son extrapolables al asegurador. *Vid.* STIGLITZ, J., “Regulation and failure”, *op.cit.*, p. 15.

de la exigencia de un eficaz sistema de gobierno de las entidades de seguros y reaseguros, incluyendo las funciones fundamentales de gestión del riesgo, cumplimiento normativo, auditoría interna y actuarial⁴⁵⁹.

Y estas medidas incorporadas por la Directiva Solvencia II conllevan, implícitamente, el reconocimiento de que algunos riesgos solo pueden controlarse a través de exigencias en materia de gobierno y no a través de los requisitos cuantitativos; medidas que, en última instancia, sin duda van orientadas a aminorar el riesgo sistémico.

En consecuencia, cabe deducirse que, al igual que sucediera con los fallos propios de las redes empresariales derivados de su naturaleza reticular (“failure of networks”), la implantación de un adecuado sistema de gobierno es un instrumento indispensable a la hora de paliar perversos efectos del riesgo sistémico en la actividad aseguradora, si bien esta afirmación cabe extenderse al conjunto del sistema financiero.

⁴⁵⁹ Título III de la LOSSEAR. Por su parte, el desarrollo relativo a los requisitos generales que debe reunir el sistema de gobierno para garantizar una gestión sana y prudente de la actividad, como los específicos de cada una de las funciones fundamentales que lo integran, se encuentra en el ROSSEAR.

CAPÍTULO 3.- INTERVENCIÓN EN EL MERCADO ASEGURADOR

La Constitución Española de 1978 reconoce que la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado es uno de los pilares esenciales del estado social y democrático del Derecho, siendo uno de los cometidos de los poderes públicos garantizar y proteger su desarrollo y velar por la productividad⁴⁶⁰.

La actividad aseguradora se desarrolla en este entorno de economía de mercado, entendida como aquel sistema económico en el cual la mayoría de los bienes y servicios que producen los entes económicos se venden en el mercado, donde los precios se establecen libremente con base en la oferta y la demanda existiendo, con frecuencia, una mínima intervención estatal⁴⁶¹.

No obstante, más allá de los postulados formulados por Adam Smith sobre el funcionamiento del mercado y de cómo la "mano invisible" conduce al bienestar general de la sociedad, resulta evidente que se dan una serie de circunstancias en las que los mercados producen demasiadas cosas o muy pocas, o situaciones en las que, debido a imperfecciones y asimetrías de información, los mercados no son eficientes⁴⁶².

⁴⁶⁰ Artículo 38 de la Constitución Española: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

⁴⁶¹ VIZCARRA CIFUENTES, J.L., *Diccionario de Economía. Términos, ideas y fenómenos económicos*, Grupo Editorial Patria, 2014, p. 112.

⁴⁶² STIGLITZ, J., “Regulation and failure”, *op.cit.*, p. 13.

Otros factores son la existencia de costes de transacción así como posibles dificultades relacionadas con la coordinación⁴⁶³. Igualmente, la inercia y la resistencia al cambio, el deseo de los empresarios por alcanzar a toda costa los mayores beneficios, la incertidumbre o los caprichos de la demanda agregada generan pérdidas de utilidad irre recuperables⁴⁶⁴.

Por ello, pese a que el axioma principal sea el libre mercado, en determinados supuestos, los poderes públicos intervienen a fin de corregir estos desajustes con el objetivo de proveer al sistema en su conjunto un mayor grado de eficiencia. A ello nos dedicaremos en ulteriores líneas.

1. La intervención clásica del mercado asegurador

Como se ha visto, la lógica que rige el mercado tiene imperfecciones y fallos que, de no corregirse, pueden alterar su correcto funcionamiento, especialmente desde el punto de vista de la eficiencia, por lo que se justifica la injerencia del poder público a fin de dar cumplimiento al mandato constitucional: proteger el libre mercado y defender la productividad⁴⁶⁵.

La existencia de fallos en el libre funcionamiento del mercado constituye la base que sirve para justificar su intervención y/o regulación

⁴⁶³ ACKERMAN, S.R., "Efficiency, equity and inalienability", *Law and Economics & The Economics of Legal Regulation*, Kluwer Academic Publishers, 1986, p.13.

⁴⁶⁴ BATOR, F.M., "The Anatomy of Market Failure", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 72, No.3, 1958, pp. 352.

⁴⁶⁵ Ex. Art. 38 de la Constitución Española.

por parte de los poderes públicos, ello con la intención de crear un mercado que genere mayor eficiencia económica, un nivel de innovación más elevado y mejorar de satisfacción de los consumidores.

En este contexto, la vertiente económica ha venido incrementando su importancia en los últimos años, en lo que a la actividad de los poderes públicos se refiere, justificando su control y priorizando la aplicación del principio de eficiencia sobre otros objetivos de carácter social, medioambiental o de investigación⁴⁶⁶. La eficiencia, pues, se erige como pilar fundamental tanto en la creación como en la aplicación de las políticas públicas.

En el contexto de una economía de mercado como es la de la Unión Europea, la “regulación económica eficiente” se alza como un objetivo que todo el ordenamiento jurídico-económico debe perseguir, estando los poderes públicos obligados a promover y defender este postulado⁴⁶⁷. Poderes que, por su parte, no son ilimitados y que habrán de ser ejercidos

⁴⁶⁶GIMENO FELIÚ, J.M., “El principio de eficiencia”, *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2010, p. 1.260: “(...) el principio de la eficiencia debe ser visualizado no desde una monolítica perspectiva económica (o estrictamente presupuestaria), sino que deberá valorarse atendiendo a su conexión ineludible con el cumplimiento efectivo de sus fines o políticas públicas. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Como hemos avanzado, este principio ha ganado peso en el Derecho administrativo mediante la incorporación al articulado de recientes leyes de carácter estructurante. Así, si inicialmente parecía un instrumento propio de la materia presupuestaria, ahora presenta especial relevancia a la hora de informar y condicionar la actuación y la organización administrativa, siendo un elemento de fiscalización de indudable valor”.

⁴⁶⁷ Instaurada en la Unión Europea a través de la Comunicación de la Comisión del *Plan de Acción Simplificar y mejorar el marco regulador*, de 5 de junio de 2002 [COM (2002) 278 final].

con base en la regulación económica eficiente -fundamentada básicamente en los principios de necesidad y proporcionalidad-, siendo este el baremo para valorar las posibles restricciones por parte del poder público⁴⁶⁸.

La regulación económica, pues, se erige como un instrumento de intervención administrativa que afecta a aquellas actividades consistentes en el intercambio de bienes y servicios en el mercado como fruto de las relaciones entre los particulares, siendo sus principales objetivos controlar el excesivo poder derivado de una situación de monopolio natural, ejercer un control sobre las ganancias inesperadas, así como corregir las externalidades⁴⁶⁹.

Al respecto existen importantes diferencias entre las posturas adoptadas por los economistas en cuanto al papel que el poder público debe adoptar frente a la regulación. El debate se centra aquí no en la necesidad de la intervención pública a fin de corregir los fallos del mercado, sino más bien en la forma o los mecanismos que han de ser adoptados para lograr tal objetivo⁴⁷⁰.

Así pues, en términos generales, las políticas públicas orientadas a

⁴⁶⁸ MAUDES GUTIÉRREZ, A., SILOS RIBAS, M., “El proyecto europeo y la regulación económica eficiente como esencias de la Ley de garantía de unidad de mercado”, *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, Nº 3089, 2017, pp. 15 y 17; VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, septiembre-diciembre, 2011, pp. 97.

⁴⁶⁹ CASÉS PALLARÉS, L., *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, 1995, pp. 25 y 26.

⁴⁷⁰ VAUGHAN, E.J., VAUGHAN, T., *Fundamentals of risk and insurance*, op.cit., p. 96.

la mejora de la eficiencia podrán tener bien un sentido positivo –incentivar a los operadores a participar en un mercado en el cual sin intervención no lo harían-, bien uno negativo (prohibir o restringir determinadas actividades o la titularidad de ciertos recursos), bien una conjunción de ambas; todas ellas teniendo en cuenta las características concretas del mercado que se pretenda intervenir⁴⁷¹.

Por su parte, resulta de interés poner de relieve que, pese a las críticas que han sido vertidas sobre los poderes públicos fruto de la intervención en determinados mercados, estas no son remarcables en el concreto caso del sector asegurador. Es más, pese a que históricamente el mercado de seguros ha sido intensamente objeto de una fuerte intervención administrativa, la doctrina se muestra unánime en abanderar al sector asegurador como adalid de los mercados que “justamente” han sido intervenidos a fin de maximizar la eficiencia del mismo⁴⁷².

No obstante lo anterior y pese a que la regulación económica trate de prever y evitar mecanismos que provoquen comportamientos indeseados desde una perspectiva *ex ante*, resulta esencial establecer mecanismos que velen por su efectivo reconocimiento⁴⁷³. A este objeto se dedica el Derecho de defensa de la competencia, siendo su cometido castigar o provocar, en términos generales⁴⁷⁴, el cese de conductas

⁴⁷¹ ACKERMAN, S.R., “Efficiency, equity and inalienability”, *op.cit.*, pp. 11-38.

⁴⁷² NÚÑEZ LOZANO, M.C., *Ordenación y supervisión de los seguros privados*, Marcial Pons, 1998, p.22.

⁴⁷³ BOTANA AGRA, M., “Crisis económica y Derecho de la Competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 10, 1984-1985, pp. 190-191.

⁴⁷⁴ La excepción se encuentra en el control de concentraciones, siendo en este caso la intervención de la Defensa de la competencia realizada de manera *ex ante* a fin de

prohibidas por la ley con carácter *ex post*⁴⁷⁵. Asimismo, conviene poner de relieve que algunos autores afirman que la regulación sectorial, lejos de defender a la competencia o complementarla, más bien viene a sustituirla⁴⁷⁶.

El Derecho de la competencia se desarrolla a través de dos bloques normativos diferentes, a saber, la Defensa de la Competencia y la Competencia Desleal. En cuanto al primer bloque, la regulación de la competencia, comprende un grupo de normas cuya finalidad es sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores económicos que impidan la existencia de competencia en el mercado (el denominado derecho antimonopolio o derecho antitrust).⁴⁷⁷ El segundo, relativo a la regulación de la Competencia Desleal, se compone de un conjunto de normas que vienen a sancionar aquellas conductas empresariales que atentan contra la lealtad o la corrección en la realización de actividades

evitar que las fusiones y adquisiciones entre determinados operadores debiliten la estructura competitiva en los mercados en los cuales estos realizan su actividad.

⁴⁷⁵ CUBERO MARCOS, J. I., “Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades”, *Revista de Administración Pública*, núm. 184, 2011, p. 123.

⁴⁷⁶ MUÑOZ, E., PADILLA, J., “El diseño de normas para la defensa de la competencia en sectores regulados”, *Economistas*, nº 120, 2009, p. 8.

⁴⁷⁷ En palabras de los Profesores Manuel Olivencia y Aurelio Menéndez, la disciplina de la Defensa de la competencia se erige desde hace varias décadas como “el más potente *factor de cambio* que marca y orienta las *tendencias del Derecho mercantil moderno* toda vez que éste deja de centrarse ya exclusivamente en el *empresario* y en la *empresa* para adoptar como eje sistemático el mercado.” Concretamente para el Profesor Olivencia, “el Derecho de la competencia se erige en pieza capital del sistema del Derecho mercantil hasta el punto de merecer conceptuarse éste como *Derecho privado regulador del mercado*”. En FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales”, *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, 2005, p. 12.

competitivas en el mercado.⁴⁷⁸

La Defensa de la competencia y la Competencia Desleal son caras de la misma moneda pues entre ambas existe “una recíproca función auxiliar o complementaria, en el sentido de que cada una de ellas suple las carencias de la otra con el fin último de proteger el orden concurrencial del mercado; lo que se articula a través de una peculiar forma de interpretar dos singulares preceptos concurrenciales –uno antitrust y otro desleal- que lleva a concebirlos como normas de cierre del sistema del Derecho de la competencia a las que este encomienda la relevante función de actuar como puentes o canales de comunicación (...)”.⁴⁷⁹

En definitiva, “la competencia es un bien que el derecho viene a tutelar y defender desde una doble vertiente: desde la libertad y desde la lealtad”.⁴⁸⁰

De lo anterior se trasluce un problema práctico: si la actividad económica en cuestión está sujeta tanto a la regulación sectorial como a las

⁴⁷⁸ DIÉZ ESTELLA, F., “El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, Wolters Kluwer, 2017, p. 508. Destacar, no obstante, que el concepto de Competencia Desleal ha evolucionado notablemente desde sus inicios hasta la actualidad, pasando de un modelo paleoliberal, a un modelo profesional y, posteriormente, al actual modelo social. Un completo análisis sobre las diferentes etapas puede encontrarse en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1988.

⁴⁷⁹ FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*, Marcial Pons, 2005, p. 12. En similar sentido, vid. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, La Ley, 2001, p. 78; PORTELLANO DÍEZ, P., *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, 1995, p. 48.

⁴⁸⁰ ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia en España”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 1996, p.10.

de norma de Defensa de la competencia, una misma conducta puede ser abordada desde ambas perspectivas generando una cierta inseguridad jurídica; inseguridad que, por su parte, ya ha sido puesta de manifiesto en los últimos años por la jurisprudencia.

Un ejemplo de este solapamiento o, dicho de otro modo, de los problemas en la delimitación de ambas dimensiones -regulación sectorial y normativa de defensa de la competencia-, puede observarse en tanto que la regulación sectorial también tiene por objeto la vigilancia, y de ahí que se reconozcan a las autoridades reguladoras facultades inspectoras o sancionadoras⁴⁸¹. Y esta realidad está presente, de igual forma, en el sector asegurador.

Así pues, pese a estar fuertemente regulado y sometido a la supervisión y el control ejercido por la Administración en lo relativo al acceso al ejercicio de su actividad, el sector asegurador, a la par, se encuentra liberalizado en cuanto a la comercialización de los seguros⁴⁸², coexistiendo, por tanto, estas dos dimensiones en el mismo sector: intervención y libre mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta claro que, pese a que en ocasiones puedan existir solapamientos, la normativa de defensa de la competencia actúa, a la postre, como un mecanismo que va más allá de los límites

⁴⁸¹MUÑOZ MACHADO, S., ESTEVE PARDO, J., *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, 2009, p. 112.

⁴⁸²ALONSO SOTO, R., “La aplicación de la normativa de la competencia al seguro”, *Revista Española de Seguros*, nº 136, 2008, p. 581.

propios de la legislación sectorial extendiéndose a aquellos supuestos no alcanzados por esta disciplina. El objetivo es claro: impedir que esos márgenes de actuación sean empleados por los operadores para realizar actividades contrarias a la libre competencia⁴⁸³.

La más clara manifestación de esta función de la Defensa de la competencia puede apreciarse en las reiteradas remisiones que la normativa sectorial hace a esta disciplina, concretamente a aquellas cuestiones relativas a la concentración empresarial y a las normas de conducta; aspectos que serán abordados con mayor profundidad en el siguiente Capítulo.

2. Intervención del mercado asegurador en el nuevo paradigma

Fruto de la crisis económica y financiera que ha azotado duramente la economía mundial desde el año 2008, se plantean dos cuestiones clave en torno al sector financiero, en concreto el asegurador. De un lado la implantación de mecanismos que ayuden a mejorar la solvencia de las entidades aseguradoras ante eventuales colapsos a través de la reestructuración y saneamiento del mercado financiero; de otro, compatibilizar el desarrollo de la rentabilidad de modelos de negocio del sector habida cuenta de la irrupción de los nuevos ecosistemas

⁴⁸³ LAGUNA DE PAZ, J. C., “Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 145, 2010, p. 99.

tecnológicos⁴⁸⁴.

En este contexto, estamos asistiendo en los últimos años a un proceso generalizado de fusiones y concentraciones empresariales en todos los sectores económicos, incluido el asegurador, así como a la aparición de nuevos entornos regulatorios⁴⁸⁵ sobre los cuales conviene llamar la atención pues configuran un nuevo paradigma del sector financiero en su conjunto.

En su virtud, se hace necesario revisar los postulados tradicionales sobre los que se asienta tanto la regulación del mercado asegurador como la propia de la Defensa de la competencia en aras de dar respuesta a los desafíos que plantean estas nuevas realidades.

⁴⁸⁴ BLANCO SÁNCHEZ, M. J., “Digitalización del sector financiero y sus consecuencias. Especial referencia a las FinTech”, *Derecho Mercantil y Tecnología*, Aranzadi, 2018, p. 381.

⁴⁸⁵ En concreto y por su novedad, destacar el *Regulatory Sandbox*, el cual “hace referencia a un programa de autorizaciones temporales y limitadas para aquellas entidades que cumplan una serie de requisitos. Tiene la finalidad de crear un entorno seguro donde las empresas FinTech puedan probar distintos productos o servicios antes de comercializarlos en el mercado. En este sentido, se establece un régimen de inaplicación de sanciones para aquellas entidades participantes, así como el apoyo y soporte permanente del regulador. Con ello se persigue, por un lado, la reducción del tiempo que tardan las empresas innovadoras en poner en funcionamiento sus ideas, y por otro, el fomento del desarrollo de productos que reporten mayor utilidad para los consumidores.” *Vid.* GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. M., “La relación entre los modelos de negocio de las entidades FinTech y de la banca tradicional desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal: a propósito del libro blanco de la regulación FinTech en España”, *Derecho Mercantil y Tecnología*, Aranzadi, 2018, p. 1.106.

2.1 El nuevo marco creado por Solvencia II y la concentración empresarial

La globalización de los mercados financieros es una clara tendencia que acarrea un mayor grado en la interconexión entre los Estados y favorece el movimiento de capitales transfronterizos. Asimismo, lejos de la atención prestada históricamente por los economistas a las reservas nacionales de oro, el sector financiero representa en la actualidad uno de los principales parámetros que dan lugar al nivel de riqueza de las naciones, de ahí que los Estados tengan que actualizar constantemente su regulación a fin de irse adaptando a los nuevos escenarios⁴⁸⁶.

Fruto de este contexto surge el nuevo marco regulatorio europeo contenido en la Directiva Solvencia II⁴⁸⁷, cuyos principales objetivos van orientados a la mitigación de los posibles efectos procíclicos del sistema financiero y al fortalecimiento del sector asegurador ante eventuales situaciones de inestabilidad de los mercados⁴⁸⁸, apoyándose para ello en la implantación de nuevos y más exigentes requisitos en torno a los requerimientos de capital obligatorio así como de una gestión del riesgo sujeta al principio de prudencia⁴⁸⁹.

En este nuevo escenario, las entidades que no cumplían con los

⁴⁸⁶ SHIRAEV, E.B., ZUBOK, V.M., *International relations*, Oxford University Press, 2016, pp. 223 y 224.

⁴⁸⁷ Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio.

⁴⁸⁸ Considerando (61) de la Directiva Solvencia II.

⁴⁸⁹ Considerando (47) de la Directiva Solvencia II.

parámetros exigidos por la nueva norma prudencial en relación con los nuevos requerimientos de capital orientados a garantizar un adecuado perfil de riesgo, tuvieron que fusionarse o verse absorbidas por otras de mayor dimensión, ello a fin de cumplir con los nuevos preceptos y seguir operando en el mercado⁴⁹⁰.

La consecuencia de este fenómeno resulta meridiana: dado que las entidades de menor tamaño han tenido elegir entre fusionarse o ser absorbidas por otras a fin de evitar su propia desaparición, el mercado asegurador se ha concentrado sustancialmente durante los últimos años⁴⁹¹. Así pues, en la actualidad existen menos actores en el sector asegurador lo cual facilita la aparición de ciertos comportamientos contrarios a la Defensa de la competencia.

A tenor de dicha conclusión, cabría aquí reflexionar sobre si garantizar la solvencia del sector asegurador resulta prioritario frente al establecimiento de medidas que protejan la efectiva competencia en el mismo pues, en clave antitrust, las concentraciones económicas son procesos claramente susceptibles de afectar de forma significativa

⁴⁹⁰ Vid. *Memoria del análisis de impacto normativo del borrador de real decreto ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras*, de 19 de noviembre de 2015, p.22. “Es previsible que el nuevo marco regulador genere una concentración del sector, creando un mercado con menos actores. Los nuevos requerimientos de capital de Solvencia II podrían producir un incremento en el número de las fusiones y adquisiciones en el sector asegurador. Es posible que las entidades busquen la creación de grupos más grandes para, desde el punto de vista de los requerimientos de capital, disponer de un adecuado perfil de riesgo, lo que conllevaría una concentración del sector.”

⁴⁹¹Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, *Informe 2017. Seguros y Fondos de Pensiones*, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2018, p. 18.

al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados⁴⁹². De ahí que se haga preceptiva su estrecha vigilancia.

Se muestra aquí, por tanto, un claro ejemplo de cómo un incremento en las exigencias establecidas en la norma de ordenación y supervisión del sector asegurador (en concreto aquellos postulados referidos a la solvencia) surten efectos en el plano del Derecho antitrust, dando cabida a nuevos espacios de análisis fruto de la estructura empresarial creada a consecuencia de la intervención pública.

Como se mostrará más adelante, estas operaciones societarias son abordadas desde la norma de ordenación y supervisión, justificándose la intervención de los poderes públicos, fundamentalmente, por tres razones: tutelar los intereses de los asegurados, controlar el cumplimiento de la estricta normativa de solvencia, así como garantizar que este tipo de operaciones responda a las políticas de reestructuración a fin de dar una respuesta adecuada al nuevo contexto jurídico-económico.

2.2 El nuevo marco creado por la irrupción del fenómeno InsurTech: hacia la desregulación del mercado asegurador

Sin perjuicio de lo anterior, otras realidades acuciantes en el actual contexto jurídico-económico han de ser analizadas en el presente trabajo por el interés que suscitan en relación al objeto tratado. Nos referimos aquí

⁴⁹² QUIJANO GONZÁLEZ, J., VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La cesión de cartera entre entidades aseguradoras”, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado, Colegio Universitario de Estudios Financieros*, Madrid, 1988, p. 794.

a la aplicación del fenómeno FinTech en el sector asegurador, esto es, el InsurTech, y más concretamente a las novedades que subyacen en torno a la irrupción de la tecnología Blockchain.

El interés suscitado a consecuencia de la denominada tecnología de bloques (Blockchain) ha hecho que en los últimos años las disertaciones sobre tal cuestión hayan ido en aumento tanto a nivel nacional como internacional. De un lado, ensalzando las bondades que presenta este nuevo paradigma; de otro, llamando la atención sobre los peligros que este fenómeno encierra⁴⁹³.

Así las cosas, pese a que no sea un hecho controvertido que los contratos inteligentes autoejecutables o “Smart Contracts” sean capaces de promover mejoras en la eficiencia, es necesario explorar con mayor detenimiento, por ejemplo y sin ser exhaustivos, qué efectos puede conllevar el intercambio de información entre los usuarios que participan en las distintas plataformas de Blockchain; intercambios de información que, por su parte, pueden permitir o facilitar la colusión entre los distintos operadores y, a la postre, perjudicar la efectiva competencia en el mercado⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Sin duda estas posiciones antagónicas se perciben en las manifestaciones de los representantes de entidades y asociaciones del sector asegurador, así como en las formuladas por la doctrina económica y jurídica, respectivamente. Por su parte, de las comunicaciones realizadas por los organismos y poderes públicos, se trasluce un término intermedio entre ambas posturas: conviene potenciar el empleo de estas nuevas tecnologías, pero controlando *ex ante* aquellos problemas que pudieran emerger a raíz de su implantación.

⁴⁹⁴ CONG, L.W., HE, Z., “Blockchain Disruption and Smart Contracts”, *National Bureau of Economic Research*, Working Paper No. 24399, Febrero 2018, p. 35. En concreto los autores se refieren a un artículo publicado en el Financial Times, cuyo

En este contexto, parece existir una preocupación generalizada en el sector financiero pues la utilización de este tipo de tecnología puede poner en serio peligro y alterar las condiciones de mercado. Paradigmas de esta inquietud son las plataformas de criptomonedas “Bitcoin” y “Ethereum”⁴⁹⁵, ya no solo por la volatilidad que experimentan los mercados que generan, sino por su carente regulación y los riesgos que ello comporta.

No obstante, pese a que la tecnología Blockchain haya adquirido su mayor exponente en los mercados de criptomonedas, la industria aseguradora no se ha quedado atrás y también se posiciona en este nuevo campo⁴⁹⁶.

Habida cuenta de que los propósitos del sector asegurador en cuanto a la inversión orientada a desarrollar este tipo de tecnología hayan sido,

extracto merece la pena ser traído al presente trabajo por su sencillez y especial mordacidad: “what (...) technology really facilitates is cartel management for groups that don't trust each other but which still need to work together if they are the value and stability of the markets they serve.”

⁴⁹⁵ A diferencia de Bitcoin, Ethereum tiene otras funcionalidades tales como la creación y ejecución de *Smart contracts* sencillos. Aquí, únicamente se hace referencia a las implicaciones que conlleva la criptomoneda que lubrica el funcionamiento de dicha plataforma; el Ether.

⁴⁹⁶ Y para muestra, un botón. Varias entidades aseguradoras y reaseguradoras han impulsado la creación en marzo de 2018 de una sociedad (*B3i Services AG*), radicada en Suiza, cuyo objeto social es el desarrollo de tecnología Blockchain adaptada a las concretas necesidades del sector asegurador y reasegurador. En concreto, los socios fundadores de esta iniciativa empresarial orientada al desarrollo de tecnología Blockchain son grandes corporaciones, a saber: Achmea, Aegon, Ageas, Allianz, Generali, Hannover Re, Liberty Mutual, Munich Re, SCOR, Swiss Re, Tokio Marine, XL Catlin y Zurich Insurance Group; entidades que, por su parte, representan una importante cuota del mercado asegurador y reasegurador internacional.

principalmente, proporcionar un ecosistema que permita un crecimiento sostenible a través de la innovación, la reducción de costes y la apertura de nuevos nichos de mercado gracias a la implementación de estas nuevas herramientas, puede que estos efectos procompetitivos se vean neutralizados (o incluso superados) por aquellos anticompetitivos que pudieran surgir en este nuevo sistema.

Al respecto, parece prudente aseverar que la implantación de esta tecnología se encuentra en una fase embrionaria, por lo que extraer conclusiones en uno u otro sentido dado que no existen datos objetivos, resultaría totalmente contraproducente y precipitado.

En cuanto a la regulación de ordenación y supervisión del sector asegurador, poner de manifiesto la ausencia de cualquier mecanismo jurídico establecido a fin de encauzar la realidad del fenómeno InsurTech más allá de la creación de grupos de trabajo o informes específicos sobre la materia⁴⁹⁷.

No obstante, conviene llamar la atención sobre la inclusión en el nuevo marco normativo de la distribución de seguros de una breve pero significativa referencia al asesoramiento llevado a cabo por los “robo-advisors” en la comercialización de productos de inversión basados en

⁴⁹⁷ Por ejemplo, la mesa de trabajo auspiciada por la EIOPA denominada “InsurTech Roundtable”, de cuya primera sesión se publicó el 5 de julio de 2017 un documento titulado: “How technology and data are reshaping the insurance landscape” (EIOPA-BoS/17-165 05).

seguros⁴⁹⁸. Inciso referido a la moderación de la responsabilidad del intermediario o de la empresa de seguros en relación con el asesoramiento prestado a través de “robo-advisors” pero sin abordar cuestiones de fondo y generando, quizás, problemas de otra índole⁴⁹⁹.

En vista de lo anterior, resulta oportuno abordar esta cuestión en un tono crítico, más allá de lo puramente mediático, a fin de valorar en conjunto los pros y los contras que la tecnología Blockchain comporta.

⁴⁹⁸ Art. 12 del Reglamento Delegado (UE) 2017/2359 de la Comisión de 21 de septiembre de 2017 por el que se completa la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los requisitos de información y las normas de conducta aplicables a la distribución de productos de inversión basados en seguros.

⁴⁹⁹ GÓMEZ SANTOS, M., “La distribución de los seguros unit-linked tras la directiva de distribución de seguros y su normativa complementaria”, *El contrato de seguro y su distribución en la encrucijada*, Aranzadi, 2018, pp. 292-294.

PARTE III.- COLABORACIÓN HORIZONTAL EN EL SECTOR ASEGURADOR

CAPÍTULO 1.- LA COLABORACIÓN HORIZONTAL EN EL SECTOR ASEGURADOR E INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN

El objeto de estudio de la Parte III se centrará en analizar los principales instrumentos jurídicos que permiten la colaboración horizontal entre compañías aseguradoras orientados al intercambio de información y a la cobertura conjunta de riesgos, ofreciendo, igualmente, una explicación de los mismos desde la lógica de la red empresarial.

En primer lugar, se efectuarán una serie de precisiones de cara a identificar qué término de los empleados, tanto en la literatura económica como jurídica, parece el más apropiado para hacer referencia a este tipo de sinergias entre empresas. Centrada esta cuestión, se llamará la atención sobre la importancia que comporta la colaboración horizontal en el mercado de seguros como elemento que, desde sus más remotos orígenes, le ha aportado un valor esencial a fin de ganar mayor eficiencia, impulsando, por consiguiente, su desarrollo.

A continuación, y ocupando el núcleo central de esta Parte III, se analizarán dos instrumentos específicos e imprescindibles para la materialización de esta colaboración en la industria aseguradora: los intercambios informativos (Capítulo 1), así como las estructuras para la cobertura conjunta de riesgos (Capítulos 2 y 3).

La primera consiste en una de las formas más básicas de colaboración horizontal en el campo asegurador: el intercambio de información entre competidores. En concreto, se hará referencia a aquellas modalidades empleadas para compartir la información relativa al grado de siniestralidad experimentado por cada compañía de manera individual a fin de ponerlo en común con otras entidades que operen en el mismo riesgo y lograr, en última instancia, predicciones más fiables que beneficien al conjunto del mercado.

En segundo lugar, se examinarán las dos formas jurídicas fundamentales a la hora de dar cobertura conjunta a un mismo riesgo. En un primer bloque, el coaseguro -una de las formas primigenias de colaboración que permitió la cobertura de riesgos puntuales- para, después, ahondar en la tipología y funcionamiento de los denominados pools de riesgo -estructuras reticulares horizontales más evolucionadas que sirven para el aseguramiento conjunto de riesgos homogéneos siempre presentes en la sociedad, como el riesgo nuclear, medioambiental, agrario, etc.-

Por último, respecto de todas las modalidades analizadas, se apuntarán los principales problemas jurídicos que estos suscitan. Así, mientras que en esta Parte III se propondrán soluciones -en clave de red- para aquellas dificultades relacionadas con sus respectivas naturalezas jurídicas, se reservará para un estudio más profundo, en la Parte IV, aquellos derivados de la colaboración entre competidores.

1. Cuestiones preliminares

Antes de abordar qué estructuras de colaboración son las predominantes en el ámbito asegurador, resulta acuciante hacer una serie de puntualizaciones iniciales de cara a delimitar qué se habrá de entender por colaboración a lo largo del presente trabajo.

El fenómeno de la coordinación, la colaboración y la cooperación empresarial ha sido abordado tradicionalmente por la doctrina a fin de hacer referencia a diversas formas jurídicas de organización; formas organizativas que, por su parte, pueden traer causa de acuerdos puntuales o duraderos, presentar una mayor o menor informalidad llegando incluso a formar estructuras de naturaleza asociativa en aquellos supuestos más evolucionados.⁵⁰⁰

“Coordinación”, “colaboración” y “cooperación” empresarial son, asimismo, términos que han venido siendo empleados por las distintas disciplinas jurídicas para hacer referencia a aquellas situaciones relacionales establecidas entre operadores con el objetivo de lograr un fin determinado; fin último, que, por su parte, puede ser común, individual o compartido. Adicionalmente, destacar que, mientras que la denominación “colaboración empresarial” es la más frecuente en la doctrina y jurisprudencia propia del Derecho Privado, “cooperación empresarial” ha sido y es el término utilizado en la mayor parte de los textos (tanto académicos como jurisprudenciales o por parte del propio legislador) que versan sobre cuestiones relativas a la Defensa de la competencia.

⁵⁰⁰ ESTEVAN DE QUESADA, C., “Información y colaboración empresarial en el derecho de defensa de la competencia”, *op.cit.*, p. 51.

Paralelamente a lo que acaece en términos generales, esta misma distinción puede apreciarse en el ámbito del sector asegurador en el cual, si bien desde el punto de vista del Derecho privado las expresiones más habituales aluden a la “colaboración” en el plano horizontal⁵⁰¹ y, en el vertical, a “los colaboradores en la distribución de seguros”⁵⁰², el término

⁵⁰¹ *Vid.*, entre otros: VEIGA COPO, A.B., “Elementos del contrato (III)”, en *Tratado del contrato de seguro*, Aranzadi, (versión electrónica), 2017, p. 141: “El coaseguro contrariamente, refleja la colaboración entre distintas empresas o entidades aseguradoras en orden a la cobertura de un riesgo.”; MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, Civitas, 1996, p. 42: “El coaseguro, como hemos visto, refleja la colaboración entre varias empresas en orden a la cobertura de un riesgo”; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 66, parte Estudios, 1957, p. 11/12 (versión electrónica): “Frente al seguro cumulativo, el coaseguro constituye la forma superior de colaboración aseguradora en la pluralidad de seguros.”; SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *Ley de contrato de seguro: comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, 2010, p. 722: “Lo normal es que, según ha quedado expuesto anteriormente, exista un acuerdo genérico entre los coaseguradores de colaborar en la realización de ciertos contratos mediante la asunción de cuotas que están predeterminadas.” (El subrayado es nuestro).

⁵⁰² *Vid.*, entre otros, los que siguen: SÁNCHEZ CALERO, F., *Curso de Derecho del Seguro Privado*, Volumen I, Ediciones Nauta, Barcelona, 1961, p. 265: “Colaboradores independientes: agentes y corredores de seguros”; RUIZ SÁNCHEZ, J.L., *Principios de la mediación en seguros privados*, Centro de Estudios del Seguro, Madrid, 1993, p. 19: “Colaboradores: Clases. (...) Surgen así los auxiliares y los colaboradores dependientes y los colaboradores autónomos y, entre estos, los mediadores (...)”; refiriéndose a las alianzas estables de banca-seguros, *vid.* DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito: los operadores de banca-seguros*, Aranzadi, 2015, p. 282: “En líneas generales, se trata de estructuras de colaboración reforzada entre dos grupos o entidades financieras, que pasan por que ambas partes ostenten la titularidad conjunta de una o varias compañías de seguros cuyos productos serán distribuidos a través de las redes comerciales de la entidad de crédito participante, y de forma que, sin perjuicio de dicha titularidad compartida sobre la o las compañías de seguros, cada una de las entidades accionistas conserve su identidad independiente y continúe actuando como tal en el mercado.” (El subrayado es nuestro). Asimismo, para referirse a otros operadores distintos de los mediadores de seguros propiamente dichos, la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, emplea el término “colaboradores externos”, expresión mantenida en el Borrador del Anteproyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados (versión última del 12 de mayo de 2017).

“cooperación” es el elegido en materia de Defensa de la competencia⁵⁰³. “Coordinación”, por su parte, no parece estar presente de forma predominante en ninguna de las antedichas disciplinas, relegándose, pues, a servir como una expresión genérica atribuible a cualquier tipo de vínculo empresarial entre aseguradoras sin mayor precisión.

Partiendo de los paradigmas clásicos antes apuntados, *a priori* puede parecer que la terminología más adecuada de cara a enfrentar el presente estudio sería la de “cooperación empresarial”, toda vez que lo que aquí se pretende analizar no son tanto las relaciones (obligaciones, deberes y derechos) establecidas entre los distintos operadores, sino cómo estos interaccionan en el mercado, máxime teniendo en cuenta que, además, son competidores pues se encuentran ubicados en el mismo nivel de la cadena de producción: el seguro directo.

⁵⁰³ En cuanto a la normativa, los distintos Reglamentos de exención por categorías propios del sector asegurador venían referidos a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros que tuviesen por objeto la cooperación en una serie de ámbitos. No obstante, también es cierto que se hace referencia a la colaboración, pero en un sentido más amplio y descriptivo. Lo mismo sucede en la doctrina, en la que cooperación y colaboración parecen emplearse como sinónimos. *Vid.*, entre otros, GONZÁLEZ-PÁRAMO, C., “El sector asegurador y el derecho de la competencia - El nuevo Reglamento 267/2010 de exención por categorías del Sector Asegurador”, *Estudio sobre el sector asegurador en España 2010: los aspectos cualitativos de solvencia II*, Fundación de Estudios Financieros, 2010, pp. 275-286; QUINTÁNS-EIRAS, M.R., “Revisión del coaseguro y del reaseguro desde el derecho de la competencia”, *Revista Española de Seguros*, Nº. 136, 2008, 627-641; CABANILLAS ALONSO, P., “La aplicación del Derecho Comunitario de la competencia al Sector Seguros”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 46, 1988, pp. 17-32; SÁNCHEZ CALERO, F., “La regulación de la competencia en la actividad aseguradora”, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, Nº 3, 2ª época, 1963, pp. 271-298. De lo antedicho, cabe colegir que, si bien en aquellos trabajos realizados con el enfoque propio del Derecho Privado el término “cooperación” no es prácticamente empleado, desde el punto de vista de la Defensa de la competencia es común el uso tanto de la expresión “cooperación” como de “colaboración” para referirse a la misma realidad del tráfico mercantil en el sector asegurador.

Ahora bien, junto a lo antedicho, resulta prioritario considerar el prisma adoptado en el presente trabajo, este es, el del fenómeno de la red empresarial analizado en la Parte I. Ello exige, por consiguiente, matizar los anteriores términos en aras de dotarles de un significado propio desde dicha perspectiva y distinto del atribuido tanto desde el Derecho privado como desde la Defensa de la competencia. Para tal fin, se tomará como referencia la distinción conceptual y terminológica establecida por RUIZ PERIS, quien distingue entre tres tipos de relaciones cooperativas -la coordinación, la colaboración y la cooperación-, siendo el mayor o menor grado de integración entre los operadores que intervienen el criterio empleado para realizar dicha clasificación:

“Denominamos relaciones de *coordinación empresarial* a aquellas en que la falta de conocimientos o recursos de una empresa son cubiertas por otra u otras sobre una base unilateral —por ejemplo, acuerdos de especialización unilateral del Reglamento 1210/2018— o mutua —acuerdos de especialización recíproca del Reglamento 1210/2018—, en modo ocasional o con carácter temporal, creando sinergias entre ambas que les permiten obtener sus propios fines individuales.

Por relaciones de *colaboración* entendemos relaciones estables entre empresas interdependientes en las que puede observarse la existencia de un interés compartido. (...)

Bajo el término *cooperación empresarial* en sentido estricto

incluimos relaciones duraderas entre firmas dirigidas a la obtención de fines comunes tal y como sucede en el caso de las cooperativas de empresas o en los acuerdos de producción en común del Reglamento 1218/2010.”⁵⁰⁴

Vista la anterior clasificación, parece que el fenómeno de la red empresarial ha de incardinarse en las relaciones de colaboración, toda vez que son las que aglutinan aquellas exigencias propias de tal categoría: la existencia de un interés compartido que incentiva a los operadores a colaborar entre ellos, creando, a la postre, un valor para la red que cada uno identifica como propio, ello sin perjuicio de la presencia de un interés individual y legítimo.⁵⁰⁵ En su virtud, el término que será empleado a lo largo del presente trabajo será el de “colaboración empresarial”, habida cuenta de la perspectiva analizada en el mismo: las redes empresariales horizontales, en este caso, referidas específicamente al sector asegurador.

1.1 “Coopetition”: entre la competencia y la cooperación

Sin perjuicio de lo antedicho, resulta oportuno hacer una breve referencia sobre otro término presente fundamentalmente en la doctrina económica que sirve, asimismo, para explicar las relaciones existentes entre distintos operadores que cooperan pero que, de manera simultánea, compiten en un mismo mercado. Estudios que sugieren que, más allá de la clásica distinción entre competencia y cooperación, la denominada

⁵⁰⁴ RUIZ PERIS, J.I., “Cooperación empresarial y Derecho de la competencia”, *op.cit.*, pp. 27-28. (La negrita y cursiva es nuestra).

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 28.

“coopetition” se erige como un concepto teórico intermedio y plausible en la práctica⁵⁰⁶.

La “coopetition” no surge de la simple conjunción entre los términos “competencia” y “cooperación”⁵⁰⁷, sino que entrelaza conceptos e implica la aparición de un tipo de interdependencia estratégica encaminada a la creación de valor; valor que, por su parte, no depende de las aportaciones realizadas por cada operador sino que es producto de la actividad coordinada entre los mismos⁵⁰⁸. Emerge, pues, como un puente teórico integrador entre la perspectiva de la competencia y de la cooperación, exhortando a enfrentar dos comportamientos *a priori* diferentes y

⁵⁰⁶ Por orden cronológico, destacar las siguientes: TEECE, D.J., “Competition, cooperation and innovation: Organizational arrangements for regimes of rapid technological progress”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, Vol. 18, Issue 1, 1992, pp. 1-25; DOWLING, M. J., ROERING, W.D., CARLIN, B.A., WISNIESKI, J., “Multifaceted Relationships under Coopetition”, *Journal of Management Inquiry*, Vol. 5, No. 2, 1996, pp. 155-167; DYER, J. H., SINGH, H., “The relational view: Cooperative strategy and sources of inter-organizational competitive advantage”, *Academy of Management Review*, Vol. 23(4), 1998, pp. 660–679; TSAI, W., “Social Structure of ‘Coopetition’ within a Multiunit Organization: Coordination, Competition, and Intra-organizational Knowledge Sharing”, *Organization Science*, Vol. 13, No. 2, 2002, pp. 179-190; LUO, Y., “Toward coopetition in a multinational enterprise: a perspective from foreign subsidiaries”, *Journal of World Business*, Vol. 40, No. 1, 2005, pp. 71-90; BENGTSSON, M., TATBEEQ, R. U., “A systematic review of research on coopetition: Toward a multilevel understanding”, *Industrial Marketing Management*, Vol. 57, 2016, pp. 23-39.

⁵⁰⁷ Del inglés “(coo)peration” y “com(petition)”. La mayor parte de los autores coinciden en atribuir el término “coopetition” a Raymond Norda; término acuñado y popularizado por este empresario a fin de explicar la estrategia seguida por Novell, de la cual fue CEO desde mediados de la década de los 80 hasta principios de los 90. BRANDENBURGER, A.M., NALEBUFF, B.J., *Co-opetition*, New York Currency/Doubleday, 1996, p. 21.

⁵⁰⁸ RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *op.cit.*, p.12.

antitéticos: el competitivo y el cooperativo ⁵⁰⁹.

De forma análoga a la consideración esgrimida por POWELL en su celeberrimo artículo “Neither market nor hierarchy: network forms of organization”⁵¹⁰, mediante el cual venía a manifestar que, bajo determinadas circunstancias, no hay ni mercados ni jerarquías y lo que existen son organizaciones reticulares, cabría afirmar que, en ciertos supuestos, “no hay ni competencia ni cooperación: hay cooepetition”. Las posturas analíticas más tradicionales, basadas en aspectos competitivos y cooperativos, pues, tienden a difuminarse o redefinirse en el concepto de la “cooepetition”, siendo esta una categoría más inclusiva⁵¹¹.

La “cooepetition”, a mi juicio, estaría presente en tan solo una de las tres categorías analizadas anteriormente: la “colaboración”. Ello es así puesto que en un escenario de “colaboración empresarial” la tensión entre la competencia y la cooperación, esto es, la denominada “cooepetition”, se antoja inexcusable. Nótese aquí que una importante característica de las redes empresariales es, como se ha puesto de relieve en la Parte I, la existencia de relaciones simultáneas de competencia y colaboración entre los distintos nodos que las conforman, por lo que la presencia de

⁵⁰⁹ DAGNINO, G. B., PADULA, G., “Coopetition Strategy. A new kind of interfirm dynamics for value creation”, Paper presented at *EURAM – The European Academy of Management Second Annual Conference - “Innovative Research in Management”*, Stockholm, 2002, p. 3-4; RUIZ PERIS, J.I., “Cooperación empresarial y Derecho de la competencia”, *op.cit.*, p. 17.

⁵¹⁰ Nos referimos, en concreto, a POWELL, W., “Neither market nor hierarchy: network forms of organization”, *op.cit.*, cuya traducción literal expresa la idea mencionada: “Ni mercado ni jerarquía: formas de organización de red”.

⁵¹¹ HEYDEBRAND, W., “The Network Metaphor as Key to the Analysis of Complex Production and Service Relations in a Global Economy”, *op.cit.*, p. 29.

“coopetition” resulta necesaria. Redes empresariales que, como se ha justificado en líneas precedentes, se identifican con la “colaboración empresarial” debido a la existencia de un interés compartido entre sus operadores que les induce a cooperar intensamente, mas conservando su autonomía empresarial.

Frente a lo antedicho, y siguiendo la distinción establecida por RUIZ PERIS, la “cooperación empresarial” engloba aquellas relaciones duraderas entre operadores dirigidas a la obtención de fines comunes, excluyéndose, por consiguiente, la competencia entre los mismos. El objetivo es idéntico para todos los miembros y sus respectivas actividades se dirigen a distintos micro objetivos que, unidos de manera coordinada, se materializarán en un interés en común.

Por su parte, en las relaciones de “coordinación empresarial”, pese a que los operadores puedan competir en el mismo mercado, el grado de integración es muy bajo puesto que los vínculos entre ellos se establecen de manera puntual o temporal y la causa que justifica esas relaciones consiste en la consecución de sus propios fines individuales. Sin un fin común o compartido, los incentivos a la cooperación, en sentido estricto, se ven mermados de manera no hay cabida para la “coopetition” en este contexto.

Por último, señalar que, habida cuenta de que el objeto de estudio del presente trabajo es jurídico y que el término “coopetition” obedece a una realidad de índole económica, parece más apropiado recurrir a la terminología propia de dicha disciplina, dejando, así, el término

“coopetition” al margen.

1.2 Relevancia de la colaboración horizontal en el sector asegurador

El floreciente tráfico de mercaderías en el Mediterráneo durante el siglo XVI exigía la configuración de nuevas formas de aseguramiento capaces de dar cobertura a riesgos de gran envergadura vinculados a la intensa actividad comercial sobrevenida. Para ello, los aseguradores existentes en aquel momento, en su mayoría individuales⁵¹², no podían asumir riesgos de tal magnitud desde el punto de vista económico de forma que la colaboración se erigía como una forma organizacional capaz de permitir el desarrollo de aquellos nuevos productos demandados por los comerciantes. En este contexto, surge la que puede considerarse como la forma de colaboración en el sector asegurador más primitiva: el coaseguro.

La característica que verdaderamente deslinda la actividad aseguradora desarrollada en sus inicios y la actual reside, precisamente, en la intensidad de la colaboración entre sus miembros. Así mientras que los primeros aseguradores únicamente contaban con su pericia, instinto y experiencia individual, en la industria aseguradora actual se emplean diversas técnicas actuariales obtenidas a través del intercambio de información entre entidades competidoras a fin de elaborar tablas y estudios conjuntos sobre la siniestralidad más fiables para cada tipo de riesgo⁵¹³.

⁵¹² TORTELLA CASARES, G. y otros, *Historia del seguro en España*, op.cit., p. 53.

⁵¹³ En tal sentido, MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 32.

El coaseguro se muestra sin duda como una forma de colaboración empresarial horizontal clave desde la perspectiva del sector asegurador⁵¹⁴ y es, como se indicaba, una de las expresiones de colaboración empresarial más antiguas, cuyo origen se remonta al siglo XVI.

Las primeras etapas de la industria aseguradora se caracterizaban por la existencia de múltiples operadores individuales cuya actividad era coordinada por corredores y notarios. Posteriormente surgen las compañías especializadas gracias a la propagación de las compañías de seguros por acciones difundidas en la mayor parte de Europa, aunque a diferentes ritmos: primero en Inglaterra, a finales del siglo XVII; a lo largo del siglo XVIII, en el resto de la Europa continental.⁵¹⁵

Como suele suceder en todo proceso evolutivo, los cambios no se acometen de un día para otro, necesitando, entremedias, atravesar situaciones transitorias. De aquí que, entre la primigenia organización

⁵¹⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro”, *op.cit.*, p. 11/12 (versión electrónica).

⁵¹⁵ “Los aseguradores individuales eran negociantes que tenían estas operaciones como una más de sus numerosas actividades comerciales y financieras, formando parte de los mecanismos utilizados para la diversificación del riesgo. Este negocio organizado de forma individual tuvo una gran actividad en los siglos XV-XVI en numerosas plazas, en especial en Barcelona, Burgos y Sevilla, la primera asegurando los trayectos por el Mediterráneo, la segunda el floreciente comercio lanero hacia los puertos del norte y la última el tráfico hacia Indias. El cambio más significativo producido en el mercado de seguros en la Edad Moderna se introdujo con la aparición de las compañías especializadas. Una conclusión general de los trabajos citados es que, a pesar de que hubo compañías desde la época medieval, la organización del mercado de seguros permaneció durante siglos en manos de aseguradores individuales coordinados por corredores y notarios. El cambio fundamental se produjo en la segunda mitad del siglo XVIII, con la aparición de las compañías de seguros por acciones.” *Vid.* TORTELLA CASARES, G. y otros, *Historia del seguro en España*, *op.cit.*, p. 53.

individual y la organización de las compañías por acciones, se abriera paso una etapa intermedia basada en un modelo asociativo⁵¹⁶, siendo ejemplo paradigmático de este tipo de organizaciones reticulares en el ámbito español el modelo asegurador mallorquín del siglo XVII.

Por su elevado interés ilustrativo, procede reproducir íntegramente las conclusiones del detallado estudio realizado por PONS PONS⁵¹⁷, del cual se traslucen diversos elementos clave a la luz del presente trabajo:

“En la segunda mitad del siglo XVII, en poco más de cuatro décadas, el mercado asegurador mallorquín se transformó. **Del dominio de los aseguradores individuales se pasó a un mercado controlado por las compañías de seguro.** Los principales promotores de la modalidad colectiva fueron los conversos que se organizaron en **Compañías de seguros con una masa social homogénea y cerrada a los cristianos viejos. Esta organización les permitió conseguir el control del mercado.** Los problemas de esta comunidad con la Inquisición y su desaparición coyuntural a finales de la década de los setenta, produjo una reestructuración del mercado de la que se beneficiaron los cristianos viejos. Estos, sin embargo, no incrementaron su intervención de forma individual, sino que adoptan el modelo impulsado por los *chuetas*. **Las Caixes**

⁵¹⁶ En este sentido, TORTELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A., PONS PONS, J., *Historia del seguro en España*, Fundación Mapfre, 2014, p. 56.

⁵¹⁷ PONS PONS, J., “Compañías de seguro marítimo en España (1650-1800)”, *Hispania: Revista española de historia*, Vol. 67, Nº 225, 2007, pp. 289-290. (*La negrita y el subrayado es nuestra*).

de Seguritat se generalizan porque permitían participar en un negocio especulativo sin arriesgar grandes cantidades y sin la necesidad de conocer excesivamente el mercado. Únicamente era necesario designar unos gestores y un cajero que conocieran el negocio. Este proceso condujo a que en la década de los noventa fuera mayoritaria la modalidad colectiva y que absorbiera más del 70% de los valores asegurados. **La consecuencia de todo este cambio organizativo fue la eliminación de intermediarios entre asegurado y asegurador, el aumento de las cantidades cubiertas por asegurador y un paso más hacia la especialización.**

Los protagonistas del cambio fueron los conversos mallorquines que debido a sus estrategias endogámicas y a sus prácticas religiosas secretas habían constituido una comunidad cerrada. Esta última característica les permitió crear una compleja red aseguradora cuyos pilares fueron dos tipos de sociedades de seguro (*Caixes majors* y *caixons*) vinculadas en base a socios comunes. **El resultado más evidente fue la reducción de los costes de transacción. Compartieron información, financiación, gestión y gastos en los pleitos y pago de siniestros.** Esta red fue posiblemente destruida tras las primeras persecuciones inquisitoriales iniciadas en 1678. Los *chuetas*, en un intento por la supervivencia económica se integraron en sociedades con los cristianos viejos. Los conversos mallorquines consiguieron recuperar el control del mercado de seguros a finales de siglos, pero a costa de modificar su estrategia endogámica. La reconstrucción de la red aseguradora conversa no se ha podido probar.

El modelo de *caixes de seguretats* persistió hasta finales del siglo XVIII. Los pasos hacia la profesionalización del negocio continuaron. En este contexto se pudo constatar **la existencia de conexiones entre compañías de seguros que compartían gestores y socios como forma de reducir costes de transacción manteniendo la diversificación del riesgo tan importante para hacer frente a las incertidumbres del mercado.** Por supuesto estas sociedades habían evolucionado de forma similar a otras plazas españolas. Sin embargo, las guerras de finales del XVIII acabaron con muchas de estas compañías e impulsaron nuevos cambios con la generalización de las sociedades de capital.”

El extracto reproducido permite extraer una serie de conclusiones:

- (i) que, de la inicial fragmentación del mercado de seguros al existir una multitud de operadores individuales, se pasa a un escenario concentrado;
- (ii) la homogeneidad de los operadores que conformaban esa red;
- (iii) la red permitía realizar proyectos de gran calado que de manera individual no hubiera sido posible conseguir a través del reparto de riesgos entre todos los operadores;
- (iv) algunos de los operadores tenían los conocimientos y la experiencia necesaria para participar en el mercado, figuras en las que el resto de operadores delegaba la gestión y administración de su negocio de forma que la red internaliza la intervención de intermediarios ajenos a la misma (notarios y corredores);
- (v) la endogamia y el carácter cerrado de la red favorecía la aparición de confianza en su seno, siendo este un claro valor añadido;
- (vi) que, fruto de esa confianza, los miembros compartían información, financiación, gestión y gastos en los pleitos y pago de

siniestros, lo cual se traducía, indefectiblemente, en una reducción de los costes de transacción y, a la postre, en una mayor eficiencia del conjunto; (vii) la presencia de un interés compartido entre todos los aseguradores individuales: lograr una mayor eficiencia en la gestión del negocio gracias a la colaboración entre los distintos operadores.

Estas organizaciones existentes durante la etapa de transformación entre el asegurador individual y las primeras compañías aseguradoras especializadas, sin duda recuerdan a ciertas características y funciones esenciales presentes en el fenómeno de la red empresarial como un tipo de organización “híbrida” ubicada entre los mercados y las jerarquías. Precisamente, las características presentes en estas primigenias formas asociativas pueden identificarse con aquellas propias del fenómeno de la red, sin perjuicio, no obstante, de que el paradigma económico de antaño y el actual sea disparejo⁵¹⁸.

Fruto de la constante intensificación de las relaciones comerciales de la época y los no escasos conflictos bélicos a nivel europeo y

⁵¹⁸ En este sentido, destacar que algún autor, si bien no jurídico, ha calificado como híbridas a estos tipos organizativos de transición. Se trata del historiador Antonio García-Baquero González. “García-Baquero (1988) considera a estas primeras sociedades de seguros por acciones como híbridos, como unas sociedades de transición en las que se darían elementos de sociedades típicamente de capital (división del capital social en acciones, ausencia de los nombres de los socios en la razón social, transmisibilidad de la condición de socio aunque con condiciones), pero a las que les faltaría la posibilidad de negociar o vender las acciones para poder ser consideradas como modernas sociedades por acciones. Por otra parte, la mayoría de las primeras sociedades de seguros por acciones que aparecieron a partir del último tercio del siglo XVIII tampoco mantuvieron el principio de responsabilidad limitada de sus socios.” *Vid.*, TORTELLA CASARES, G. y otros, *Historia del seguro en España*, op.cit., p. 56.

transoceánico, las compañías de seguros tenían que ir adaptándose a los nuevos escenarios, bien de bonanza o de crisis, caracterizados por un factor común: la colaboración entre los distintos operadores que conformaban el mercado de seguros.

Si bien, como se ha visto, el nuevo modelo organizativo adoptado por los pequeños aseguradores del siglo XVII y basado en la colaboración a través del intercambio de información, de la asunción de riesgos y de la liquidación conjunta de siniestros, servía como vector de crecimiento y consolidación del negocio en su conjunto, la colaboración entre aseguradoras también aportaba un valor añadido en escenarios de adversidad.

Un ejemplo claro sobre esta cuestión se desprende de los dos “Acuerdos de cartelización y reaseguro”⁵¹⁹ suscritos en los años 1859 y 1860 por las compañías que operaban en la plaza barcelonesa ante un contexto de crisis generalizada tras la finalización de la Guerra de Crimea (1856). La disminución del negocio y la intensa atomización del mercado había disparado la competencia, lo cual condujo, indefectiblemente, a la caída de las tarifas, la falta de dividendos activos, la incertidumbre de los inversores y, a la postre, al colapso del sistema asegurador de la plaza.

⁵¹⁹ Destacar que la terminología empleada por los historiadores al caracterizar a estas prácticas como “Acuerdos de cartelización y reaseguro”, desde luego, no es la más adecuada desde el punto de vista jurídico. No obstante, dado que el relato al cual se hace referencia en este apartado es eminentemente histórico, entiendo que conviene respetar dicha nomenclatura sin entrar en mayores calificaciones de índole jurídica ya que las mismas, a los efectos que ahora interesa, carecen de relevancia.

Ante este panorama, la colaboración entre las compañías supervivientes mediante la firma de los referidos “Acuerdos de cartelización y reaseguro” en los años 1859 y 1860 contribuyó, indudablemente, a normalizar aquel convulso mercado. Ahora bien, una vez estabilizado el mercado, en el año 1864 se produjo el abandono del “cartel” creado tan solo cinco años atrás debido, fundamentalmente, a dos motivos: (i) las quejas de los tomadores ante la elevación de los precios de las primas, y (ii) la obligación de participar en la cobertura de determinados riesgos excesivos. Desmantelado el “cártel” y volviendo a una situación de competencia encarnecida, progresivamente todas y cada una de las compañías que habían participado fueron agonizando durante los siguientes quince años hasta la desaparición de la última de ellas en 1886⁵²⁰.

En todo caso, conviene poner de manifiesto que este suceso no fue un fenómeno aislado y que las mismas dinámicas de “cartelización” estaban presentes en otros países. Para muestra, un botón. El 23 de octubre de 1880, cinco compañías francesas (L’Aigle, Le Soleil, Le Phénix, L’Urbaine y Le Monde) y una británica (Sun Fire Office), dedicadas todas ellas a la cobertura de incendios, acordaron su “cartelización” a través del establecimiento de una política común de tarifas de primas de seguro como solución a la delicada situación financiera que atravesaban como consecuencia de los pagos que habían tenido que afrontar tras varios siniestros de enorme cuantía⁵²¹.

⁵²⁰ TORTELLA CASARES, G. y otros, *Historia del seguro en España*, op.cit., p. 92.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 114.

Por su parte, a mayores de la fijación del precio de las primas de seguro y coetáneos a lo acaecido en la plaza de Barcelona, otros cárteles de la época detenían como finalidad, más que favorecer la propia supervivencia, provocar la expulsión del mercado de otros operadores⁵²². Un claro ejemplo de este tipo de conductas anticompetitivas puede apreciarse en el cártel franco-español, constituido en 1882, cuyo objetivo último respondía a la eliminación de un rival común en el negocio de los seguros de incendio: las pujantes, especializadas y experimentadas compañías aseguradoras británicas⁵²³.

Visto lo anterior, no resulta complicado observar cómo los comportamientos individualistas contrarios al interés compartido contribuyeron de forma esencial a destruir la estructura organizativa creada, condenando, en última instancia, la supervivencia de cada uno de los miembros⁵²⁴.

⁵²² Nótese que aquí el término “cártel” se emplea en sentido jurídico, toda vez que viene referido a aquellos acuerdos cuyo objeto consiste en restringir la competencia efectiva.

⁵²³ TORTELLA CASARES, G. y otros, *Historia del seguro en España*, op.cit., p. 114.

⁵²⁴ Para que un cartel sea exitoso, este debe poder llegar a un acuerdo sobre la conducta (ilícita) a realizar, detectar incumplimientos del acuerdo y poder castigar a los infractores del mismo. Sin embargo, la mayor parte de los cárteles pierden estabilidad a largo del tiempo debido a que su actividad involucra a varias partes y, generalmente, existe existen incentivos suficientes por parte de una o algunas de ellas para desviarse del acuerdo pactado a fin de lograr ganancias individuales aún mayores que las obtenidas a través del cartel. He aquí la paradoja: los mismos incentivos que motivaron la creación del cártel (la maximización de beneficios), provocan su propia inestabilidad llegando, incluso, a destruirlos. Sobre tal cuestión, entre otros, *vid.* OSBORNE, D. K., “Cartel Problems”, *The American Economic Review*, vol. 66, no. 5, 1976, pp. 835-844; HOLAHAN, W. L., “Cartel Problems: Comment”, *The American Economic Review*, vol. 68, no. 5, 1978, pp. 942-946; PORTER, R.H. “A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee, 1880-1886.” *The Bell Journal of Economics*, vol. 14, no. 2, 1983, pp. 301-314; D'ASPREMONT, C., et al., “On the Stability of Collusive Price Leadership”, *The Canadian Journal of Economics*

Igualmente, se trasluce que los mecanismos de colaboración presentes entre estas compañías no estaban exentos de producir un daño a los tomadores y asegurados como consecuencia de la injustificada elevación y homogeneidad de las primas. En su virtud, pese a que la colaboración entre las distintas compañías haya sido un elemento clave en el desarrollo de la industria aseguradora, resulta evidente que no siempre ha dado lugar a resultados deseables desde el prisma de la eficiencia en el conjunto del mercado.

Cabe afirmar, pues, que, si bien la colaboración es una herramienta imprescindible en el sector asegurador, ni todas las formas empleadas son eficientes ni todos los objetivos son legítimos. En consecuencia, delimitar con claridad qué formas de colaboración y qué objetivos sirven a los efectos de ganar eficiencia y competitividad y cuáles no, se hace indispensable a fin de proteger jurídicamente aquellas que supongan una mejora de la eficiencia y prohibir las modalidades perjudiciales; cuestiones ambas que se identifican con el sustrato que nutre la Defensa de la competencia.

Se examinarán, pues, a continuación, las principales formas de colaboración en el sector asegurador, empezando por los intercambios de información entre competidores (Capítulo 1), para seguir por las

/ *Revue Canadienne D'Economique*, vol. 16, no. 1, 1983, pp. 17-25; LEVENSTEIN, M. C., SUSLOW, V.Y., "What Determines Cartel Success?", *Journal of Economic Literature*, vol. 44, no. 1, 2006, pp. 43-95; JASPERS, J.D., "Managing Cartels: how Cartel Participants Create Stability in the Absence of law", *European Journal on Criminal Policy and Research*, September 2017, Volume 23, Issue 3, pp. 319-335.

estructuras reticulares presentes desde casi los albores de la industria aseguradora, a saber, el coaseguro (Capítulo 2) y los pools de riesgo (Capítulo 3).

2. Colaboración para el intercambio de información

La búsqueda de la eficiencia en los mercados financieros es un principio organizativo fundamental que impregna la investigación económica en dicha disciplina⁵²⁵. En este sentido, tal y como se ha venido sosteniendo en anteriores Capítulos, son tres los fallos de mercado clásicos presentes en la industria aseguradora, a saber, el riesgo moral⁵²⁶, la selección adversa⁵²⁷ y la asimetría de la información. Fallos que, debido a las ineficiencias que provocan en el conjunto del sector asegurador, conviene identificar y tratar de paliar en la medida de lo posible a fin de optimizar su funcionamiento.

Junto a estos tres fallos, también pueden originarse conductas por parte de los tomadores y asegurados que mermen la eficiencia del mercado asegurador. Algunos casos concretos sirven de ejemplo para ilustrar esta afirmación: (i) puede que el asegurado, a la hora de declarar el riesgo, no

⁵²⁵ CONDIE, S., GANGULI, J.V., “Informational efficiency with ambiguous information”, *Economic Theory*, Vol. 48, No. 2/3, Symposium on the 50th Anniversary of the Ellsberg Paradox (October 2011), p. 230.

⁵²⁶ Cuando el resultado final del contrato de seguro dependa del asegurado y el asegurador no pueda observar, sin incurrir en costes adicionales, en qué medida las pérdidas reportadas son atribuibles a su comportamiento. *Vid.* LOUBERGÉ, H., “Developments in Risk and Insurance Economics: The Past 40 Years”, *op.cit.*, p. 13.

⁵²⁷ Los clientes con mayor propensión al sufrir un concreto siniestro, tenderán en mayor medida a contratar un seguro que les cubra ante su acaecimiento. *Vid.* VAUGHAN, E.J., VAUGHAN, T., *Fundamentals of risk and insurance*, *op.cit.*, p.41.

sea consciente de la existencia de factores que aumenten la probabilidad de acaecimiento del siniestro; (ii) estando al tanto de estos factores, puede que no conozcan con certeza la probabilidad de que estos se materialicen y, en consecuencia, la posibilidad o la magnitud de la pérdida; (iii) la aleatoriedad en la producción del siniestro. Ante estos factores, sin embargo, resulta mucho más complejo ofrecer soluciones jurídicas satisfactorias que coadyuven a combatirlos, toda vez que su control queda fuera del alcance de los asegurados y tomadores, obligando, así a los aseguradores a tener que provisionarlos exclusivamente a través de la estadística.

Volviendo a los tres fallos de mercado apuntados, pese a que sean independientes y autónomos entre sí, es cierto que la selección adversa y el riesgo moral son, en última instancia, una expresión más de la asimetría informativa que preside el mercado asegurador, estando todas, por tanto, interconectadas. Si se reduce la información asimétrica, además de suavizar los desequilibrios informativos entre los distintos operadores, se pueden paliar los efectos negativos que provocan tanto del riesgo moral como de la selección adversa y reducir los costes de transacción a su mínima expresión.⁵²⁸

⁵²⁸ Los elevados costes de transacción son, sin duda, otro de los principales problemas a los que se enfrenta la industria aseguradora. *Vid.* GOLLIER, C., “Some aspects of the economics of catastrophe risk insurance”, *CESifo Working Paper, No. 1409*, Center for Economic Studies and Ifo Institute, Munich, 2005, p. 5: “The prevalence of transaction costs in the insurance industry is a well-established fact. For many insurance lines like automobile insurance, transaction costs amount up to 30% of the premium. This is a striking difference with respect to financial markets, where transaction costs are generally not larger than 2 or 3%. It is easy to understand why insurance markets are faced with much larger transaction costs: insurance contracts are tailored to individual risks, which are difficult to observe. Insurance companies

Adicionalmente, conviene matizar que el momento en el cual se manifieste la información asimétrica va a ser determinante en tanto en cuanto se manifieste antes o después de haberse producido la perfección del contrato de seguro. Si la asimetría informativa surge antes, se hace más propicia la aparición de la selección adversa; si se presenta en un momento posterior, el riesgo moral se acusará con mayor intensidad.⁵²⁹ Tratar de equilibrar estas situaciones de información asimétrica se erige, pues, como una prioridad esencial de cara a lograr un mercado asegurador eficiente y competitivo.⁵³⁰

Cuando la información relevante para el mercado es pública, resulta más sencillo alcanzar la eficiencia. Ahora bien, si hay un aspecto que caracteriza al sector asegurador es el carácter privado de la información que sustenta el sistema, acusándose, por consiguiente, el grado de facilidad con el cual pueden surgir ineficiencias en su funcionamiento.⁵³¹

La asimetría informativa hace referencia a los diferentes conocimientos o informaciones que manejan cada una de las partes en una transacción y, para nivelar la disparidad de información obrante entre los

must therefore develop expensive technologies to audit individual risks, both ex-ante and ex-post. These costs are eventually passed on to the policyholder through a loading on the premium. On the contrary, financial contracts organize the sharing of standardized, aggregate risks that are easy to observe at low cost”.

⁵²⁹ VEIGA COPO, A.B., “Caracteres del contrato de seguro”, *op.cit.*, p. 29.

⁵³⁰ VEIGA COPO, A.B., “Contrato de seguro”, *op.cit.*, p. 12.

⁵³¹ CONGDON, W.J., KLING, J.R., MULLAINATHAN, S., *Police and choice. Public finance through lens of behavioural economics*, The Brookings Institution, 2011, p. 70.

distintos operadores, se hace necesario el intercambio informativo⁵³² entre todos ellos a fin de configurar un sistema más eficiente. Dicho con otras palabras, colaborar compartiendo información esencial y útil para todos ellos en aras de alcanzar el interés compartido: una mayor eficiencia en el conjunto.

Por su parte, a nadie escapa que el intercambio de información, como toda transacción, genera costes de producción y transmisión, los cuales se traducen en una merma de eficiencia, de ahí que la asunción de dichos costes recaerá en la parte que más interés presente en la obtención de dicha información.⁵³³ En otras palabras, sólo en aquellas situaciones en las cuales todos los operadores obtengan un valor añadido similar a través del intercambio informativo se repartirán esos costes de transacción de manera homogénea entre todos ellos.⁵³⁴

Este es el supuesto en el que se subsumen las entidades aseguradoras, ávidas por encontrar mecanismos paliativos de las asimetrías informativas inherentes al sector asegurador. Así pues, todas estas compañías estarán dispuestas a intercambiar determinadas informaciones y todas obtendrán un valor añadido fruto de tal transacción pues se encuentran ante las mismas dificultades a la hora de predecir con qué probabilidad se producirá un determinado siniestro.

⁵³² FERRETTI, F., *EU Competition Law, the Consumer Interest and Data Protection. The Exchange of Consumer Information (...)*, op.cit., p.8 y 10.

⁵³³ ARROW, “Uncertainty and the welfare economics of medical care”, *op.cit.*, p. 946.

⁵³⁴ GOLLIER, C., “Some aspects of the economics of catastrophe risk insurance”, *CESifo Working Paper, No. 1409*, Center for Economic Studies and Ifo Institute, Munich, 2005, p. 2.

Al hilo de este argumento, resulta palmario que las compañías aseguradoras de gran dimensión tendrán en su poder mayores muestras de datos (información) que aquellas de tamaño más reducido, de forma que estas últimas encontrarían mayores incentivos en obtener información que las primeras y, asimismo, estarían dispuestas a asumir, en mayor proporción, los costes de transacción originados.

Parece que el valor añadido derivado del intercambio de cierta información, pues, no será repartido de manera homogénea entre todos los operadores, situación que puede provocar desde la aparición de comportamientos oportunistas a exclusiones de ciertos operadores contrarias a la competencia, comprometiendo, a la postre, la eficiencia generada por dicho intercambio a efectos de reducir los fallos de mercado immanentes a la industria aseguradora.

Ante la constatación de esta realidad de índole económica, el recurso a instrumentos jurídicos capaces de paliar la realización de estos tipos de conductas oportunistas se antoja inexcusable; instrumentos que, o bien obliguen a compartir cierta información -a través de su imposición desde la normativa sectorial-, o permitan determinados intercambios informativos entre competidores -amparo que correspondería otorgar a la normativa de Defensa de la competencia-. Sobre esta cuestión se tendrá la ocasión de volver con mayor profundidad en la Parte IV.

En definitiva, el intercambio de información en el sector asegurador,

además de ser un mecanismo útil para la mejora de la eficiencia⁵³⁵, es una premisa esencial para su propia existencia que precisa de un cierto grado de colaboración. Sin embargo, como se ha expuesto, también puede conllevar graves ineficiencias, de ahí la extraordinaria complejidad que comporta llevar a cabo su evaluación⁵³⁶; aspecto que, a su vez, también será abordado con mayor detalle en la Parte IV.

2.1 De la especial necesidad del intercambio de información en el sector asegurador

Desde el punto de vista económico, disponer de determinada información sobre el riesgo resulta fundamental para cualquier aseguradora por varios motivos: controlar el riesgo asumido, establecer políticas de precios de las primas de seguro, crear grupos de seguros/riesgos homogéneos o verificar las reclamaciones. Pero, además de las referidas funciones, el empleo de determinada información sirve al objeto de lograr un comportamiento eficiente de cara a minorar el riesgo.⁵³⁷

A estos efectos, conviene dejar señalado que, junto al intercambio de determinadas informaciones, la denominada Ley de los grandes números (*Law of Large Numbers*) resulta ser otro instrumento económico esencial a fin de lograr un correcto y eficiente funcionamiento de la

⁵³⁵ Art. 57 de la Directrices Horizontales.

⁵³⁶ WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, 2015, p. 628.

⁵³⁷ BEN-SHAHAR, O., LOGUE, K.D., “Outsourcing regulation: how insurance reduces moral hazard”, *Michigan Law Review*, Vol. 111, No. 2, (November 2012), p. 203.

industria aseguradora desde el punto de vista de la dispersión del riesgo.⁵³⁸

La esencia del sector se basa en la distribución de riesgos; distribución que, tradicionalmente, se ha venido desarrollando gracias a la industria reaseguradora. La Ley de los grandes números postula que la agregación de grandes cifras relativas a riesgos ideosincráticos (riesgos que afectan exclusivamente a un sector en concreto y que pueden diluirse gracias a la diversificación) conduce a una curva de distribución normal. El modelo asegurador se basa, pues, en la asunción de que un gran número de riesgos no vinculados entre sí ayudan a construir y mantener una diversificación adecuada de los mismos.

Cuanto mayor sea la dispersión del riesgo, menores serán las probabilidades de obtener resultados inesperados, especialmente aquellos referidos a grandes pérdidas⁵³⁹. Sin embargo, por lo que afecta al presente

⁵³⁸ HUNG SEOG, S., *The Economics of Risk and Insurance*, Wiley-Blackwell, 2010, p. 227.

⁵³⁹ Al respecto, *vid.* International Association of Insurance Supervisors (IAIS), *Global Systemically Important Insurers: Initial Assessment Methodology*. 18 July 2013, IAIS, 2013, p. 8; LEE, W., LIGON, J.A., “Moral Hazard in Risk Pooling Arrangements”, *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 68, No. 1 (Mar., 2001), p. 176; KUNREUTHER, H., MICHEL-KERJAN, E., “Economics of Natural Catastrophe Risk Insurance”, *Handbook of the Economics of Risk and Uncertainty*, Volume 1, 2014, p. 661; LOSHIN, J., “Insurance Law’s Hapless Busybody: A Case against the Insurable Interest Requirement”, *The Yale Law Journal*, Vol. 117, No. 3 (Dec., 2007), p.505; AVRAHAM, R., “The Law and Economics of Insurance Law - A Primer”, *Connecticut Insurance Law Journal*, Law and Econ Research Paper No. 224., November 25, 2011, p. 11; FISHER, T., “A law of large numbers approach to valuation in life insurance”, *Insurance: Mathematics and Economics*, Volume 40, Issue 1, January, 2007, p. 38; HEDGES, B.A., “Pricing and Underwriting Risk in Automobile Insurance: A Probabilistic View: Comment”, *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 42, No. 4, 1975, p. 648; HEISS, H., “Towards a European Insurance Contract Law: Restatement – Common Frame of Reference – Optional Instrument?”, *Internationale Juristenvereinigung Osnabrück*, Jahreshft 2006, p.2; BIENER, C.,

trabajo, no se ahondará sobre este aspecto ya que queda fuera de su alcance al obedecer a una técnica puramente actuarial y, por ende, sin implicaciones sustanciales desde la óptica jurídica.

Cuanto más datos nutran las estadísticas empleadas por las aseguradoras, mayor precisión y menores márgenes de error existirán a la hora de calcular los riesgos asumidos por estas. Pero no todos los datos son relevantes para tal fin: la única información precisa a estos efectos será aquella capaz de revelar cuál es el grado de siniestralidad normal o esperado para cada tipo de riesgo con el objetivo último de controlar mejor su siniestralidad futura, no comprometer su propia solvencia, garantizando, asimismo, el pago de las indemnizaciones que eventualmente correspondan a los asegurados.⁵⁴⁰

Los beneficios de llevar a cabo un adecuado control del riesgo, pues, comportan sustanciales ventajas que se reparten entre todos los operadores del mercado (aseguradores y clientes), sin perjuicio, no obstante, de que su distribución se lleve a cabo de manera proporcional.

ELING, M, JIAB, R., “The structure of the global reinsurance market: An analysis of efficiency, scale, and scope”, *Journal of Banking & Finance*, Volume 77, April 2017, p.6.

⁵⁴⁰ El control del riesgo como instrumento básico de cara a garantizar la solvencia de una entidad aseguradora se desprende del Preámbulo I de la LOSSEAR, el cual reza tal como sigue: “Esta situación exige garantizar que cuando eventualmente se produzca el siniestro que motive el pago de la indemnización la entidad aseguradora esté en situación de poder hacer frente a su obligación. Ello justifica que la ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras por los poderes públicos resulte una materia de interés público, para comprobar que mantienen una situación de solvencia suficiente que les permita cumplir su objeto social.”

Las entidades aseguradoras gestionan un número finito de datos sobre el grado de siniestralidad que afecta a cada tipo de riesgo, correspondiéndose, en exclusiva, con los datos obtenidos a través de su propia experiencia; datos limitados que, en mayor o menor medida, impiden la realización de estadísticas fiables. En su virtud, la colaboración entre aseguradores se erige necesaria a fin de superar la experiencia individual y obtener mayores muestras de datos que permitan elaborar estadísticas más precisas sobre el nivel de siniestralidad esperada presente en cada tipo de riesgo⁵⁴¹.

Esa misma colaboración, además de permitir mejorar el conocimiento de los riesgos y facilitar su evaluación, puede favorecer, a su vez, la entrada en el mercado de nuevos operadores, beneficiar a los tomadores y asegurados⁵⁴², así como facilitar el cumplimiento por parte de las entidades del nuevo enfoque impuesto por la ya referida Directiva Solvencia II.⁵⁴³

⁵⁴¹ Desde el punto de vista de la Defensa de la competencia, no parece que este tipo de intercambios informativos sean especialmente conflictivos toda vez que, tal y como se analizará en la Parte IV, contribuyen notablemente a la mejora del funcionamiento del mercado asegurador.

⁵⁴² Considerando (9) del Reglamento (UE) n° 267/2010 de la Comisión de 24 de marzo de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros.

⁵⁴³ En tal sentido, *vid.* GÓMEZ SANTOS, M., “De la exención a la autoevaluación en el sector asegurador: pasado, presente y lo que está por venir”, *op.cit.*, p. 138: “(...) resulta esencial traer a colación la entrada en vigor de la Directiva Solvencia II, en el sentido de que esta nueva normativa ordena la adopción de un enfoque basado en el riesgo económico que incentive una correcta evaluación y gestión de riesgos por parte de las empresas de seguros y de reaseguro. En consecuencia, resulta necesario, más si cabe desde la implantación del nuevo marco contenido en la referida Directiva, permitir el intercambio de este tipo de información sobre los riesgos y que esta sea

Lo antedicho, en relación con el plano económico que subyace tras la operativa llevada a cabo en el sector asegurador. Ahora bien, desde una perspectiva eminentemente jurídica, dado el actual paradigma configurado bajo los postulados de la normativa antitrust, la idea de la colaboración entre distintas aseguradoras que compiten en un mismo mercado se antoja, *a priori*, difícilmente conciliable puesto que podrían tener el objeto o producir efectos restrictivos de la competencia. Esta cuestión, siendo crucial dado el objeto del presente trabajo, será abordada con mayor profundidad en la Parte IV.

2.2 Formas de colaboración para el intercambio de información

2.2.1 Planteamiento general de los intercambios de información

En términos generales, cualquier comunicación entre competidores resulta, *a priori*, susceptible de constituir el germen de una ulterior conducta o decisión anticompetitiva si es capaz de facilitar la alineación del comportamiento entre los competidores de un mismo mercado; de ahí que la colaboración entre competidores se encuentre en el punto de mira de las autoridades de competencia.⁵⁴⁴

En este sentido, tal y como se ha analizado en la Parte I, uno de los elementos que sirve de lubricante y permite el correcto funcionamiento de

más precisa con el objetivo de cumplir, si bien indirectamente, con el mandato establecido en la referida Directiva.”

⁵⁴⁴ MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Registros de morosos y defensa de la competencia”, *Anuario de derecho concursal*, Nº. 12, 2007, p. 3 (versión electrónica).

toda red empresarial es, sin duda alguna, el intercambio de información entre sus miembros. Intercambios que pueden adoptar muy diversas formas, no siendo necesaria la existencia de un acuerdo formal a los efectos de la aplicación de la normativa de Defensa de la competencia.⁵⁴⁵ Asimismo, estos flujos informativos pueden conllevar numerosas ventajas desde la lógica de la normativa antitrust⁵⁴⁶, los cuales, a su vez, cabría identificar, en clave de red, con el incremento del valor añadido generado por la red empresarial a fin de lograr la consecución del interés compartido por todos sus miembros.

Los intercambios de información son, pues, un activo esencial presente en toda red empresarial, ya sea esta de tipo jerárquico o paritario⁵⁴⁷.

Ahora bien, en función de si estos flujos informativos tienen lugar en uno u otro tipo de red, los efectos que comportan y su valoración jurídica de los mismos resultan diversos.⁵⁴⁸ De aquí que, en primer lugar,

⁵⁴⁵ Directrices Horizontales, § 55. En tal sentido, ESTEVAN DE QUESADA, C., “Prácticas facilitadoras y sistemas de intercambios de información”, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p.856: “Los sistemas de intercambio de información son una de las prácticas facilitadoras más frecuentes. Esto es lógico si se tiene presente que una de las características necesarias para que en un mercado se produzca la colusión tácita es la transparencia informativa. Por ello, los sistemas de intercambio de información son un instrumento que puede facilitar la coordinación de comportamientos a nivel horizontal”.

⁵⁴⁶ Directrices Horizontales, §57.

⁵⁴⁷ GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit., p. 46; ESTEVAN DE QUESADA, C., “Información y colaboración empresarial en el derecho de defensa de la competencia”, op.cit., p. 54.

⁵⁴⁸ La valoración de las redes jerárquicas o verticales se hará conforme a lo establecido en el Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas;

sea necesario efectuar una sistemática que permita clasificar los distintos tipos de intercambios informativos horizontales en función del contexto en el cual se materialicen, para evaluar, según proceda, sus efectos en el mercado.

En primer lugar, se encuentran los intercambios cuya función económica principal se identifica con el trasvase de información propiamente dicho (en adelante “intercambios informativos puros” o “redes informativas”). En segundo, los intercambios de información que se producen en el contexto de un acuerdo de colaboración horizontal más amplio; intercambios que, por su parte, pueden ser calificados como accesorios a un acuerdo de naturaleza principal (en adelante “intercambios informativos accesorios”).⁵⁴⁹ Por último, los intercambios de información también pueden formar parte de la actividad desarrollada en el seno de un cártel que tenga por objeto fijar, en particular, precios o cantidades.⁵⁵⁰

Empezando por los últimos, los intercambios de información en el seno de un cártel, dado que el objeto del presente trabajo es profundizar en aquellas formas de colaboración horizontal propias del sector asegurador que, frente a la prohibición general contenida en el art. 101.1 TFUE, deben protegerse por comportar efectos procompetitivos en el mercado, no parece oportuno hacer mayores referencias. Dicho en otras palabras: al

mientras que la relativa a las redes paritarias u horizontales se atenderá, básicamente, a lo dispuesto en las *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01)*, (OJ C 11, 14.1.2011, pp. 1-72).

⁵⁴⁹ Ambos contenidos en las *Directrices Horizontales*, §56.

⁵⁵⁰ *Directrices Horizontales*, §59.

deber ser evaluados estos intercambios informativos en el seno del cártel, habida cuenta de que los cárteles no son estructuras de colaboración lícita, su análisis queda fuera del alcance del presente estudio. Ahora bien, sin perjuicio de lo antedicho y desde un punto de vista puramente metodológico, no parece adecuado pasar sobre este aspecto sin ofrecer, aunque sea someramente, unas breves notas sobre este tipo intercambios.

Basta con un simple intercambio de información que dé lugar a la concertación entre entidades competidoras (ya sea a través de un acuerdo⁵⁵¹, una decisión de una asociación de empresas⁵⁵² o una práctica concertada) para que esos tipos de intercambios de información sean considerados como un cártel.⁵⁵³ Tampoco resulta esencial la duración o periodicidad mínima con las que los intercambios de información deban realizarse a los efectos de ser considerados como una conducta ilícita y sancionada por la normativa antitrust⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ Bajo los acuerdos relativos al intercambio de información, los operadores ponen en común, bajo diversas modalidades, distintas informaciones obtenidas a través de su propia experiencia sobre la cantidad, precios, descuentos y otras condiciones existentes en correspondiente mercado, así como otro tipo de informaciones relativas a proveedores y clientes. *Vid.* JEPHCOTT, M., *Horizontal agreements and EU competition Law*, Richmond Law & Tax LTD, 2005, p. 59; WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, op.cit., pp. 99-110.

⁵⁵² La aplicación del artículo 101.1 del TFUE a las decisiones implica que la propia asociación empresarial puede ser responsable y sancionada. *Vid.* (96/438/CE) Decisión de la Comisión de 5 de junio (IV/34.983 -*Fenex*); (2005/8/EC) Decisión de la Comisión de 24 de junio de 2004, (COMP/A.38549 - *Belgian Architects' Association*).

⁵⁵³ Directrices Horizontales, § 59.

⁵⁵⁴ Así en el *Asunto T- Mobile Netherlands*, C-8/2008, § 59, el TJUE concluye que una única práctica toma de contacto puede ser suficiente para considerar que exista una práctica concertada: “ (...) Ahora bien, no cabe excluir, por la estructura del mercado, que una única toma de contacto, como la controvertida en el litigio principal, pueda bastar, en principio, para que las empresas interesadas concierten su comportamiento en el mercado y lleguen, de este modo, a una cooperación práctica, sustrayéndose a la competencia y a los riesgos que ésta implica.”

La divulgación unilateral de información estratégica por parte de un solo operador puede dar lugar, asimismo, a una práctica concertada puesto que, si una empresa recibe datos estratégicos de un competidor, se presumirá, a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos, que esta ha aceptado la información y ha adaptado su conducta de mercado a la misma⁵⁵⁵. Ahora bien, si una compañía lleva a cabo un anuncio unilateral cuyo alcance es verdaderamente público, la existencia de que dicha divulgación sea constitutiva de una práctica concertada resulta un tanto improbable.⁵⁵⁶

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se muestra contundente y reitera que las empresas han de operar de manera independiente en el mercado sin que haya cabida a contactos ni directos ni indirectos entre operadores susceptibles de provocar una influencia en el comportamiento de sus competidores o les comuniquen decisiones o intenciones sobre su propia conducta en el mercado, ello cuando el objeto o efecto de tal contacto vaya encaminado a crear condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado

⁵⁵⁵ Directrices Horizontales, § 62. Igualmente, el Asunto C-199/92, *P Hüls AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, (ECLI:EU:C:1999:358), considerando 162; Asunto C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, (ECLI:EU:C:1999:356), considerando 121: “ (...) subject to proof to the contrary, which it is for the economic operators concerned to adduce, there must be a presumption that the undertakings participating in concerting arrangements and remaining active on the market take account of the information exchanged with their competitors when determining their conduct on that market, particularly when they concert together on a regular basis over a long period (...)”.

⁵⁵⁶ Directrices Horizontales, § 63.

de que se trate.⁵⁵⁷

Señaladas estas breves notas sobre los intercambios de información producidos en el seno de un cártel, cuya evaluación exige hacerse en el contexto de los mismos, se dirigirá la atención a los otros dos escenarios antes planteados: aquellos intercambios informativos cuya función principal consiste en el trasvase de información propiamente dicho y los que se producen en el contexto de un acuerdo de colaboración horizontal más amplio (intercambios puros y accesorios, respectivamente).

Para llevar a cabo la valoración jurídica de los intercambios informativos puros, resulta imprescindible acudir a las pautas acotadas por la Comisión Europea en las Directrices Horizontales, siendo necesario distinguir, a su vez, si esos flujos entre competidores se realizan de manera directa o indirectamente a través de un tercer operador común (entre otros, el modelo conocido como *Hub & Spoke*)⁵⁵⁸. Por su parte, la evaluación de los intercambios de información accesorios habrá de efectuarse en el

⁵⁵⁷ Asunto *C-8/08 T-Mobile*, §33 (*ECLI:EU:C:2009:343*).

⁵⁵⁸ “Las autoridades de competencia han manifestado su preocupación por el hecho de que este tipo de intercambios de información —que en principio podrían entenderse justificados *a priori* por su conexión con las necesidades operativas de la red de distribución— puedan tener el mismo efecto colusorio que los intercambios de información directos entre competidores, en este caso entre los distribuidores. La problemática en estos casos tiene más que ver con los posibles efectos anticompetitivos de los intercambios de información de tipo horizontal, entre competidores. En realidad, los *hub-and-spoke* son una variante concreta del supuesto general de intercambios de información entre competidores: son intercambios entre competidores realizados de manera indirecta a través de una tercera parte contractual común, modalidad indirecta de intercambio de información entre competidores que también ha sido objeto de atención por parte de las autoridades de competencia”. ESTEVAN DE QUESADA, C., “Información y colaboración empresarial en el derecho de Defensa de la competencia”, *op.cit.*, p. 56.

contexto del acuerdo principal en el que estos se materialicen. Sobre ambos aspectos y sus respectivas particularidades se volverá con mayor profundidad en la Parte IV.

2.2.2 Escenarios planteados en el sector asegurador

En el sector asegurador se plantean dos opciones que se corresponden perfectamente con las analizadas en el epígrafe anterior: intercambios informativos accesorios e intercambios puros que, a su vez, pueden llevarse a cabo, bien directamente entre las aseguradoras competidoras, bien recurriendo a un tercero que reciba la información, la almacene, la procese y, posteriormente, la revele⁵⁵⁹.

Centrado el marco sistemático aquí empleado para identificar qué intercambios de información específicos de la praxis aseguradora van a encuadrarse en unos y otros contextos, resulta conveniente mencionar, si bien sucintamente, la existencia de operadores distintos de las entidades aseguradoras que tienen especial relevancia en lo que al intercambio de información se refiere (colaboración vertical, no horizontal). Nos referimos, aquí, al rol ejercido tanto por las compañías reaseguradoras como por los distribuidores de seguros, concretamente los corredores.⁵⁶⁰

⁵⁵⁹ Directrices Horizontales, §55.

⁵⁶⁰ Se emplea aquí la nomenclatura contenida en la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la Distribución de Seguros, y en su virtud se hace referencia a la figura del “distribuidor” y no a la de mediador, siendo esta última la procedente en atención a la más que obsoleta normativa en vigor (Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados).

Pese a la entrada en vigor de la referida Directiva el pasado 23 de febrero de 2016, su transposición está siendo fuente de numerosos conflictos que han ido retrasando su

En cuanto a las entidades reaseguradoras, si bien ubicadas aguas arriba, estas intercambian información relativa al seguro directo tanto con sus clientas aseguradoras (intercambio vertical entre no competidoras) como entre ellas mismas (intercambio horizontal entre competidoras) con un idéntico objetivo: la creación de grandes bases de datos a fin de lograr estadísticas más fiables que permitan calcular riesgos con mayor precisión.

Lejos de ser esenciales, dichas funciones operadas por las compañías reaseguradoras son puramente accesorias a su actividad principal⁵⁶¹. Gracias a alta especialización y al profundo conocimiento del riesgo que las reaseguradoras poseen como consecuencia de las experiencias individuales que reciben de sus clientas, estas pueden suministrarles, a su vez, información de variada naturaleza que permita a las entidades que ya realizan su actividad expandirse a nuevas ramas de seguros⁵⁶² o, a aquellas

incorporación efectiva a los distintos regímenes estatales. En un primer momento, la propia Directiva establecía en su artículo 42 que los Estados miembro de la Unión Europea debían adoptar y publicar las medidas necesarias para aplicar la Directiva no más tarde del 23 de febrero de 2018. Sin embargo, dicha fecha fue pospuesta hasta el 1 de octubre de 2018 dado que la tardía publicación de dos Reglamentos Delegados el pasado 21 de septiembre de 2017 (Reglamento Delegado (UE) 2017/2358 de la Comisión, relativo a los requisitos de control y gobernanza de los productos aplicables a las empresas de seguros y los distribuidores de seguros (*DOUE 20.12.2017, L 341/1 y ss.*) y el Reglamento Delegado (UE) 2017/2359 de la Comisión sobre los requisitos de información y las normas de conducta aplicables a la distribución de productos de inversión basados en seguros (*DOUE 20.12.2017, L 341/8 y ss.*) justificaba esa prórroga a fin de que las empresas de seguros y distribuidores de seguros tuvieran más tiempo de cara a implementar correctamente los cambios técnicos y organizativos necesarios para cumplir con ambos. Más compleja, si cabe, está resultando su transposición en el caso español acumulando, hasta la fecha, un retraso de más de un año para hacerla efectiva y sin visos de avanzar en los próximos meses.

⁵⁶¹ CARTER, R.L., *El reaseguro*, op. cit., p. 15.

⁵⁶² HILL PRADOS, M.C., *El reaseguro*, Bosch Editor, 1995, p. 27.

compañías emergentes o de pequeño tamaño, poder acceder al mercado⁵⁶³.

Por su parte, los distribuidores de seguros, ubicados aguas abajo, ejercen un papel esencial en la creación aquellas estructuras de colaboración horizontal cuyo objeto consiste en llevar a cabo el aseguramiento en común de determinados riesgos que no pueden ser asumidos de manera individual por las entidades aseguradoras sin comprometer sus respectivas actividades. Distribuidores que, en el desempeño de sus funciones, a menudo intercambian información sensible (especialmente sobre precios y condiciones), lo cual, a la postre, podría facilitar la aparición de conductas restrictivas de la competencia.⁵⁶⁴

Ahora bien, sin perjuicio del interés que estos intercambios informativos pudieran suscitar, máxime habida cuenta de la estructura oligopolística que caracteriza al mercado reasegurador y del peso que poseen los corredores de seguros en la creación de los coaseguros y los pools de riesgo, un análisis exhaustivo sobre estos flujos informativos queda fuera del marco del presente trabajo puesto que traspasa los límites en el que este se incardina: los intercambios de información realizados exclusivamente en el plano de las compañías de seguro directo. Sin embargo, en virtud de su interés, convenía hacer un breve apunte sobre estos operadores y así justificar su exclusión⁵⁶⁵.

⁵⁶³ PRIETO PÉREZ, E., *El reaseguro: función económica*, Ediciones ICE, 1973, p.50.

⁵⁶⁴ Como se analizará más adelante, el importante papel que los corredores de seguros detentan en la formación de los coaseguros y de los pools de riesgo se muestra con especial intensidad en el mercado asegurador europeo, no así en el español en el que las entidades aseguradoras poseen mayor relevancia en este sentido.

⁵⁶⁵ Nótese, asimismo, que el negocio reasegurador viene perdiendo paulatinamente peso en el sector puesto que existen otras fórmulas alternativas de colocación del

Hecho este inciso, procede ahora abordar con mayor profundidad los dos posibles escenarios antes apuntados en el plano horizontal: los intercambios informativos puros y los accesorios.

2.2.2.1 Intercambios informativos puros

Los intercambios de información puros en el mercado asegurador se realizan, fundamentalmente, a través de redes informativas; redes en las que, a su vez, intervienen operadores distintos de las propias entidades aseguradoras y que pueden sistematizarse en tres categorías en función de su objetivo, a saber, elaborar estadísticas comunes de siniestralidad, crear ficheros de uso compartido o realizar estudios de mercado del sector.

2.2.2.1.1 Redes informativas para la elaboración de estadísticas comunes de siniestralidad

Sin duda, el intercambio de información entre entidades competidoras con el objetivo de elaborar estadísticas y tablas de siniestralidad en común constituye el fin más primigenio y necesario del mercado asegurador. Como ya se ha mencionado anteriormente, disponer de determinada información resulta esencial para la industria aseguradora pues esta permite a las entidades, entre otras cuestiones, gestionar de manera más precisa su riesgo, ajustar el precio de las primas, logrando, a

riesgo que, en ocasiones, resultan más rentables para las aseguradoras directas o para los propios clientes. En este sentido, nos remitimos a las explicaciones contenidas en páginas anteriores.

la postre, un comportamiento más eficiente en el mercado.

En este sentido, las asociaciones empresariales de la industria aseguradora han venido desempeñando un importante papel en la creación de bases de datos de uso compartido para la creación de estadísticas y tablas de siniestralidad desde hace varias décadas, siendo, en el caso español, fundamentalmente dos aquellas que merecen especial atención.

La primera es la asociación sin ánimo de lucro “Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones” (“ICEA”), cuyo principal cometido es la elaboración y publicación de todas las estadísticas de la industria aseguradora que opera en España⁵⁶⁶. Junto a esta, y de manera más específica, resaltar la tarea desempeñada por la “Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (“UNESPA”)⁵⁶⁷: asociación de entidades aseguradoras que, en los años 70, fue la pionera a nivel europeo en implantar, bajo el título de “Estadísticas Comunes de siniestralidad”, la elaboración de estadísticas comunes de aplicación para todas las entidades aseguradoras que operaban en el seguro de automóvil⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ Asociación operativa desde el año 1963 y cuyas entidades adheridas representan más del 95% de las primas del sector. *Vid.* web corporativa: <https://www.icea.es/es-ES/conoce-icea/conocer-icea>

⁵⁶⁷ La “Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA)”, es una organización fundada en 1977 y dedicada a la defensa de los intereses de más de 200 entidades que suponen el 98% de la industria aseguradora operativa en España. *Vid.* web corporativa: <http://www.unespa.es/quienes-somos/>

⁵⁶⁸ “Ya en diciembre de 1983, el Servicio Estadístico-Actuarial de UNESPA junto con la Agrupación Nacional de Automóviles de dicha organización publicó una *Estadística del Seguro Voluntario del Automóvil* [UNESPA (1983)], con datos del año 1981, junto con un análisis de la evolución de sus principales magnitudes. (...) El verdadero interés de dicha estadística, y de las que le siguieron anualmente hasta la

2.2.2.1.2 Redes informativas para la creación de ficheros de información de uso compartido

Es práctica habitual que, sobre la base jurídica de un convenio de colaboración, las compañías aseguradoras acuerden la creación de distintos ficheros de uso compartido por todas las entidades adheridas. Convenios cuyos respectivos objetos se identifican, precisamente, con el intercambio de la información necesaria para la gestión ordinaria de sus respectivos negocios (acceso al historial de riesgo, liquidación de siniestros, abono de prestaciones, etc.) y a los que las entidades adheridas pueden acceder en tiempo real, bien para volcar información, bien para obtenerla.

En la actualidad, los principales ficheros operativos en el mercado asegurador español son los que siguen:

última de 1997, fue que se presentaban, para las distintas clases de riesgo, tanto la distribución del número de siniestros como la distribución del coste de un siniestro, ésta última mediante un histograma que comprendía 38 intervalos de coste, el cual permitía ensayar múltiples ajustes de distribuciones de probabilidad, tanto para el cálculo de franquicias, como para prioridades de reaseguro.” *Vid.* BOJ DEL VAL, E., CLARAMUNT BIELSA, M.M., “Bases de datos y estadísticas del seguro de automóviles en España: influencia en el cálculo de primas”, *Estadística Española*, Vol. 47, Núm. 160, 2005, pp. 550-551. En el año 2001, la confección de estas estadísticas, inicialmente elaboradas por UNESPA, fueron externalizadas a una empresa tecnológica, TIREA, implementándose un servicio más completo denominado “Base Técnica de Seguro del Automóvil” (“ESA”), el cual permite a las compañías adheridas obtener información detallada sobre los riesgos propios del mercado en el que llevan a cabo su actividad aseguradora. El servicio “ESA” es prestado por TIREA, mercantil que proporciona la infraestructura tecnológica necesaria para soportar la interconexión de las compañías adheridas a través de la red privada denominada *Tire@Net*. <https://www.tirea.es/Entidades-Aseguradoras/Autos/ESA/Descripcion-del-Servicio.aspx>

• **Fichero de Vehículos Sustraídos e Indemnizados (“FVSI”).**

Fichero operativo desde el año 2000 y destinado a la localización de vehículos sustraídos mediante el intercambio de información entre distintos operadores; información que, a su vez es compartida con la Dirección General de la Policía de forma que, cuando ésta recupere cualquier vehículo, las entidades estén debidamente informadas del lugar de localización y puedan proceder a su recogida. El responsable del fichero ante la Agencia de Protección de Datos es CENTRO ZARAGOZA, siendo TIREA la encargada de su tratamiento (asegurar la transmisión de la información, gestionar las comunicaciones y accesos de los usuarios y mantener un registro de los ficheros enviados y recibidos).⁵⁶⁹

• **Fichero Informativo de Vehículos Asegurados (“FIVA”).**

Creado en junio del año 1996, la misión fundamental de este fichero es suministrar la información necesaria para que las personas implicadas en un accidente de circulación puedan averiguar, a la mayor brevedad posible, la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil de cada uno de los vehículos implicados en el accidente, siendo su gestión desempeñada por el Consorcio de Compensación de seguros.⁵⁷⁰ Los datos registrados en el FIVA vienen referidos, fundamentalmente, a la matrícula del vehículo, el tipo de contrato de seguro obligatorio (su duración y las fechas que delimitan en concreto su vigencia) así como la identidad de la

⁵⁶⁹<https://www.tirea.es/Entidades-Aseguradoras/Outsourcing-Operaciones/FVSI/Descripcion-del-Servicio.aspx>

⁵⁷⁰Una revisión sobre el valor jurídico del Fichero FIVA puede encontrarse en HURTADO YELO, J.J., “Responsabilidad e información registrada en el FIVA”, *Tráfico y seguridad vial*, Nº. 231, 2018.

entidad aseguradora que da la cobertura al vehículo.⁵⁷¹

• **Fichero Histórico de Siniestralidad de Conductores (“SINCO”).**

Fichero de datos de carácter personal nutrido por las entidades aseguradoras cuya finalidad consiste en facilitar el acceso inmediato, en el momento de tarificar una nueva póliza, al historial de seguros de automóviles de un concreto tomador correspondiente a los últimos cinco años. SINCO cuenta con el respaldo de la Comisión de Seguros de Automóviles de UNESPA, siendo esta asociación el responsable del fichero y la mercantil TIREA la encargada de su tratamiento.⁵⁷²

En concreto, el Fichero SINCO recoge aquellos datos aportados por las entidades aseguradoras adheridas relativos a la matrícula del vehículo, la identidad del tomador (nombre y apellidos o razón social, DNI, NIF, pasaporte o tarjeta de residencia), datos del contrato (cobertura de Responsabilidad Civil obligatoria, número de póliza, periodo de vigencia, etc.) y los datos del siniestro (número de referencia, fecha y existencia de daños materiales y/o personales).⁵⁷³

• **“Fichero de pérdida total, robo e incendio”**

⁵⁷¹ “Consortio de Compensación de Seguros 2019. Actividad y Funciones”, publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda, 2019, p. 15. Accesible en: https://www.conorseguros.es/web/documents/10184/35211/Actividad_Funciones_2016/9f5f578a-dc75-4b09-b467-4b921b51c912

⁵⁷² <https://www.tirea.es/Entidades-Aseguradoras/Autos/Sinco/Descripcion.aspx>

⁵⁷³ <https://unespa-web.s3.amazonaws.com/main-files/uploads/2018/06/informacion-fichero-historico-seguro-del-automovil.pdf>

La finalidad de este Fichero es recabar la información de siniestros del seguro del automóvil en los cuales se haya producido su pérdida total, ya sea como consecuencia de daños diversos, incendio o robo. Los datos almacenados en este fichero vienen referidos a la póliza que ampara el siniestro, los datos del tomador, datos del vehículo asegurado, datos del propietario/beneficiario de la indemnización, así como otros datos relativos a la descripción, situación e indemnización del siniestro.⁵⁷⁴ El responsable de dicho Fichero es UNESPA y el responsable de su tratamiento la mercantil TIREA⁵⁷⁵.

No obstante, a fin de optimizar el contenido almacenado en estos ficheros, surge, paralelamente, una carta de servicios adicionales prestados por empresas de base tecnológica formalizados a través de diversos convenios, los cuales, a mayores, aportan un valor añadido al mero transvase de datos estadísticos contenidos en los ficheros.

Así, el “Servicio de Normalización y Detección de Anomalías” (“SENDA”) tiene como objetivo perseguir la detección de incongruencias, coincidencias o pautas de comportamiento en los procesos de suscripción y tramitación de siniestros, al comparar la información con los datos históricos de pólizas y siniestros mediante la aplicación de una serie de algoritmos. La información empleada para prestar este servicio a las entidades adheridas es obtenida, fundamentalmente, del fichero de pérdida

⁵⁷⁴ <https://unespa-web.s3.amazonaws.com/main-files/uploads/2018/06/Informacion-fichero-perdida-total-robo-e-incendio.pdf>

⁵⁷⁵ <http://www.unespa.es/convenios/fichero-perdida-total-robo-e-incendio/>

total, robo e incendio.⁵⁷⁶

Por su parte, el “Sistema de Información de Daños Corporales” (“SICORP”), actualmente en proceso de desarrollo, está orientado a facilitar a las compañías adheridas el control sobre eventuales anomalías producidas en los diferentes procesos relacionados con la contratación de pólizas y prestación de servicios asociados a dichas pólizas, así como mejorar la calidad de información obrante en cada entidad, en especial, aquellas que operan en el ramo vida.⁵⁷⁷

Junto a los anteriores, resulta oportuno hacer alusión al “Instituto de Investigación sobre Vehículos, S.A.” (“CENTRO ZARAGOZA”)⁵⁷⁸ como ejemplo de operador que, asimismo, sirve de “hub” informativo. En este sentido, la contribución más relevante de esta compañía es el “Sistema Informativo de Especificaciones Técnicas” (“BASE SIETE”), siendo su finalidad crear y mantener una base de datos fiable y constantemente actualizada en la que figuren los principales datos que cada una de las entidades aseguradoras precisa para la identificación del vehículo y conocimiento de sus características.

⁵⁷⁶ <https://www.tirea.es/Entidades-Aseguradoras/Autos/SENDA/Descripcion.aspx>

⁵⁷⁷ <https://www.tirea.es/Entidades-Aseguradoras/Autos/SICORP/Descripcion.aspx>

⁵⁷⁸ Sociedad mercantil establecida en 1987 a través de la iniciativa de catorce entidades aseguradoras que operaban en el sector del seguro del automóvil para dar respuesta a las necesidades del sector. *Vid.* DE LUIS, J.M., “Centro Zaragoza: breve historia de la evolución de un centro de investigación al servicio del sector asegurador español”, *Consorteguros Revista Digital*, nº 8, 2018, pp. 2-3.

2.2.2.1.3 Redes informativas para la realización de estudios de mercado y publicaciones sectoriales

Por último, los intercambios puros de información a través de operadores ajenos al sector asegurador pueden hacerse a fin de confeccionar estudios de mercado, publicar informes y boletines sectoriales; operadores que, por su parte, pueden ser tanto entidades de naturaleza privada como organismos públicos.

2.2.2.1.3.1 Redes informativas gestionadas por entidades privadas

Además de la creación de tablas y estadísticas sobre la siniestralidad, la asociación ICEA contempla dentro de sus cometidos la realización de estudios periódicos sobre productos de distintos ramos del seguro (vida, automóviles, multirriesgos y salud trimestralmente; responsabilidad civil, ingeniería, transportes, pensiones y decesos de manera anual), estudios de mercado sobre diversos aspectos del negocio asegurador (evolución del mercado, canales de distribución, códigos de agentes), así como estudios de gestión empresarial (índices de personal, estadísticas de formación, estadística de salarios, productividad redes agenciales, estadísticas de tecnologías, etc.). Estudios y publicaciones que, sin duda, contribuyen notablemente a la mejora de la gestión del negocio de las aseguradoras.

2.2.2.1.3.2 Redes informativas gestionadas por organismos públicos

Existen, asimismo, otros operadores de naturaleza pública que intervienen y aglutinan diversos tipos de informaciones obtenidas

directamente de las entidades aseguradoras, estos son la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y el Consorcio de compensación de seguros.

En cuanto al primero, destacar que una de sus funciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones consiste en la realización de estudios sobre los sectores de seguros y fondos de pensiones⁵⁷⁹ elaborados estos a partir de la información que las distintas compañías han de suministrar a dicha Dirección y que son puestos a disposición de los interesados a través de su web.⁵⁸⁰ Respecto al Consorcio de compensación de seguros, entre sus funciones públicas se encuentra la tarea de recopilar determinadas informaciones a cuya entrega están obligadas todas aquellas entidades aseguradoras que emitan pólizas en los ramos de seguro con recargo obligatorio a favor del Consorcio.⁵⁸¹

En este sentido, y a diferencia de lo que sucede con los estudios y publicaciones de carácter privado efectuados por ICEA, el acceso a esta información es totalmente público y gratuito, por lo que no sitúa a ningún operador en ventaja o desventaja sobre el resto de sus competidores,

⁵⁷⁹ Art. 7.1. o) del Real Decreto 1046/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Empresa.

⁵⁸⁰ Con periodicidad anual: el “Informe del sector de Seguros y Fondos de Pensiones”, la “Memoria estadística anual de entidades aseguradoras”, el “Informe estadístico anual de mediación” y la “Memoria del Servicio de Reclamaciones”; trimestralmente, el “Boletín de información trimestral de entidades aseguradoras y reaseguradoras”. Todos ellos accesibles en el siguiente enlace: <http://www.dgsfp.mineco.es/es/Publicaciones/Paginas/default.aspx>

⁵⁸¹ Art. 16. b) del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

teniendo esta circunstancia especial relevancia desde la perspectiva de la Defensa de la competencia. Sobre este aspecto en concreto se volverá con más detalle en la Parte IV.

2.2.2.2 Intercambios informativos accesorios

Sin perjuicio de que la valoración de todos los intercambios de información de naturaleza accesoria haya de realizarse en el contexto del acuerdo principal del cual traigan causa⁵⁸², pueden diferenciarse, en función del fin perseguido en aquel, dos grupos de intercambios accesorios en la industria aseguradora.

En primer lugar, los flujos informativos realizados en el seno tanto de los coaseguros como de los pools de riesgo; ambas formas de colaboración empresarial cuya finalidad consiste en dar cobertura conjunta a riesgos que, individualmente, no podrían ser asegurados.⁵⁸³ En segundo, los intercambios de información que surgen fruto de la ejecución de distintos convenios y acuerdos de mayor alcance suscritos con terceros operadores, bien en el seno de una asociación empresarial o como consecuencia de la prestación de servicios por parte de empresas de base tecnológica.

Por lo que se refiere a los intercambios de información accesorios

⁵⁸² Sobre este aspecto se volverá con mayor ahondamiento en la Parte IV.

⁵⁸³ Tanto el coaseguro como los pools de riesgo serán objeto de análisis en los dos siguientes Capítulos. De aquí que, por el momento, no parezca oportuno hacer mayores precisiones, remitiéndonos al contenido que será desarrollado más adelante.

producidos en el seno de las asociaciones empresariales, señalar que estas han ser especialmente cautelosas a la hora de recopilar y difundir la información que reciben a los efectos de evitar tomar parte en la realización de eventuales conductas anticompetitivas.⁵⁸⁴ En este contexto, destacar, fundamentalmente, las tareas desempeñadas en tres asociaciones empresariales del sector asegurador español en las cuales, sin ser su objeto principal, necesariamente se materializan flujos informativos entre competidores: “UNESPA” y “OFESAUTO” en el plano nacional, “Insurance Europe” en el ámbito europeo.

La primera, UNESPA, se trata de una organización que, además de tener como misión la representación y defensa de los intereses de sus asociados ante todo tipo de instituciones, tiene como objetivo impulsar el desarrollo de nuevas herramientas y medidas dirigidas a mejorar la gestión y la calidad del servicio en el sector asegurador.⁵⁸⁵ En este sentido, tiene encomendadas como tareas primordiales la promoción de la celebración de convenios de colaboración sectorial con diversos operadores vinculados al negocio asegurador que, por razón de su actividad, interaccionan

⁵⁸⁴RETORTILLO ATIENZA, M. O., “Intercambios de información entre competidores”, *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, 2014, p. 69; LORCA MORALES, T., “El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 18, Sección Artículos, 2010, p. 2/40 (versión electrónica); VALDÉS BURGUI, Á., “La actividad de las empresas en el seno de las asociaciones empresariales a la luz de la jurisprudencia sobre defensa de la competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 7, 2009, p. 2/22 (versión electrónica).

⁵⁸⁵ Información obtenida de su web corporativa <http://www.unespa.es/quienes-somos/>

habitualmente con las aseguradoras, a saber, el sector sanitario⁵⁸⁶ y el jurídico⁵⁸⁷. Igualmente, tiene asignada la publicación y fomento de la adhesión por parte de sus asociados a las distintas guías de autorregulación; adhesión que, por su parte, tiene carácter voluntario tanto para las entidades asociadas como para las que no lo están⁵⁸⁸. Tareas todas ellas que exigen, en mayor o menor medida, realizar intercambios de información entre entidades competidoras.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶Entre otros, el “Convenio de asistencia sanitaria del sector privado”, los “Convenios de asistencia sanitaria del sector público”; el “Convenio de emergencias sanitarias”, o el “Convenio con el SAMUR”; todos ellos disponibles en el siguiente enlace: <http://www.unespa.es/que-hacemos/convenios-y-ficheros/>

⁵⁸⁷Así el “Convenio de colaboración entre el Consejo General de la Abogacía Española, TIREA y UNESPA” cuyo objeto consiste en establecer el marco de colaboración adecuado para que los abogados y entidades aseguradoras, de forma voluntaria, puedan realizar comunicaciones por vía electrónica en la gestión de reclamaciones derivadas de daños personales que sean consecuencia de accidentes de circulación.<http://www.unespa.es/convenios/convenio-colaboracion-consejo-general-la-abogacia-espanola-cgae-tirea-unespa/>

⁵⁸⁸ Guías que, como se puede comprobar, responden a una amplia gama de funciones. Entre otras, “Guía de buenas prácticas en materia de distribución de seguros”, “Documento de buenas prácticas de igualdad en las aseguradoras”, “Guía para el tratamiento de los datos personales por aseguradoras”, “Guía de buenas prácticas en materia de seguros individuales de vida riesgo”, “Guía de buenas prácticas en el uso terminológico utilizado en el documento de información de productos de seguros no vida”, “Guía de buenas prácticas para la aplicación del baremo de automóviles”, “Guía de buenas prácticas de seguros de decesos”, “Guía de buenas prácticas de seguros individuales de vida ahorro”, “Guía de buenas prácticas de resolución de reclamaciones”, “Guía de buenas prácticas de gobierno corporativo”, “Guía de buenas prácticas de control interno”, “Guía de buenas prácticas en Internet”, etc. Se pueden consultar todas en el siguiente enlace: <http://www.unespa.es/que-hacemos/autorregulacion/>

⁵⁸⁹ Ahora bien, sin perjuicio de las numerosas aportaciones efectuadas para la mejora de la industria aseguradora española, conviene, no obstante, llamar la atención sobre los diversos expedientes sancionadores a través de los cuales las actividades realizadas por UNESPA han sido cuestionadas. Fundamentalmente, recomendaciones sobre la aplicación de unos mismos criterios para el cálculo de las primas de seguro (*Expediente 317/92 de la CNC*, cuya resolución final fue recurrida llegando hasta la Sala Tercera del Tribunal Supremo, confirmando la ilicitud de la conducta llevada a cabo por UNESPA mediante la *STS de 12 de mayo de 1999*), así como recomendaciones para la subida del precio de las primas de determinados seguros

También dependen de UNESPA los denominados convenios de indemnización directa: el “Convenio entidades aseguradoras de automóviles para daños materiales” y el “Convenio entre entidades aseguradoras para el recobro de daños diversos y reclamación de daños”; convenios en los cuales, pese a no estar incluidos como parte del objeto principal, implican intercambios informativos accesorios entre compañías de seguros competidoras para su ejecución.

Del “Convenio entidades aseguradoras de automóviles para daños materiales”, destacar que surge en el año 2016 a raíz de la entrada en vigor de la LOSSEAR⁵⁹⁰, la cual, para agilizar las indemnizaciones en el ámbito

(*Expediente 479/99 UNESPA*, siendo su resolución recurrida en la Audiencia Nacional y confirmada por dicho tribunal, *SAN, sección 6ª, de 5 de diciembre de 2003*).

⁵⁹⁰ Hasta ese momento dicha función la cumplían el Convenio de Indemnización Directa Español (año 1998) así como su acuerdo complementario (año 1990), conocidos conjuntamente como los “Convenios CIDE/ASCIDE”, sobre los cuales tanto la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante “la CNMC”) como la Audiencia Nacional han tenido ocasión de pronunciarse expresamente. Y para muestra, un botón. El *Expediente Sancionador S/0496/13 CIDE* tramitado ante la CNMC, fue iniciado a través de una denuncia presentada por el Gremio Provincial de Talleres de Reparación de Automóviles de Barcelona (GREMIO) contra la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA), las entidades del ramo del seguro del automóvil asociadas a ella y la Agrupación Nacional de Seguros de Automóviles, afirmando que su aplicación había supuesto que las aseguradoras del ramo del automóvil asociadas a UNESPA, junto con sus peritos, no otorgasen la indemnización adecuada y justa a los perjudicados sin culpa en un accidente de tráfico por los daños materiales soportados y ello porque dichos convenios habían fijado el límite máximo de la indemnización en el valor venal y no en el valor real de mercado del vehículo, con la consecuencia de que ello había implicado un mayor número de declaraciones de siniestros totales. La CNMC concluyó que no procedía la incoación de expediente sancionador alguno, acordando el archivo de las actuaciones practicadas dado que no se había acreditado la comisión de la infracción denunciada prevista en el artículo 1 de la LDC. Finalmente, dicha

de los daños originados con ocasión del uso y circulación de vehículos de motor, incorpora la obligación de adherirse a los convenios de indemnización directa entre entidades aseguradoras para la liquidación de siniestros de daños materiales a todas las entidades aseguradoras que operen en el ramo.⁵⁹¹ La compensación se realiza a través del Sistema CICOS⁵⁹², siendo la mercantil TIREA la empresa encargada de dar soporte.⁵⁹³ Su adhesión, pues, no es voluntaria sino fruto del imperativo legal.

Por su parte, el “Convenio entre entidades aseguradoras para el recobro de daños diversos y reclamación de daños”, tiene como cometido establecer protocolos entre las entidades adheridas (su adhesión aquí sí es voluntaria) a fin de facilitar la resolución de las reclamaciones de siniestros, especialmente aquellos relacionados con el seguro multirriesgo. La herramienta que permite la ejecución del referido Convenio es el Sistema de Gestión de Recobros (SGR)⁵⁹⁴, también gestionado por la

resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional sin ser estimada (*SAN 1846/2018 - ECLI: ES:AN:2018:1846*).

⁵⁹¹ Disp. Final 9ª de la Ley 20/2015 de la LOSSEAR, que modifica el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 8/2004 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSCVM).

⁵⁹² “Sistema del Centro Informático de Compensación de Siniestros” (“CICOS”): sirve para agilizar y simplificar las reclamaciones de siniestros producidos entre automóviles asegurados en Entidades acogidas a los convenios de compensación directa promovidos por UNESPA, así como resolver la compensación y liquidación de saldos producto de la aplicación de estos convenios.

⁵⁹³ <http://www.unespa.es/convenios/convenio-entidades-aseguradoras-automoviles-danos-materiales/>

⁵⁹⁴ “Sistema de Gestión de Recobros” (“SGR”): dota a las entidades aseguradoras de una plataforma que les permita automatizar el “Convenio entre entidades aseguradoras para el recobro de daños diversos y reclamación de daños”, aprobado en

mercantil TIREA.⁵⁹⁵

Por último, destacar que la propia LOSSEAR impone la obligación de prever condiciones equivalentes y no discriminatorias para todas las entidades aseguradoras en los referidos convenios, siendo válidas únicamente aquellas restricciones indispensables para la consecución de sus respectivos objetivos.⁵⁹⁶ En tal sentido, la propia UNESPA indica expresamente en cada uno de estos convenios que “se han elaborado de manera acorde con las normas de Competencia”.⁵⁹⁷

La segunda asociación empresarial española es la “Oficina Española de Aseguradores de automóviles” (“OFESAUTO”)⁵⁹⁸, constituida en 1957 bajo la forma de asociación y sin albergar ánimo de lucro, de la cual forman parte todas las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España el ramo del Seguro de automóvil, así como el Consorcio de Compensación de Seguros. Sus funciones principales son facilitar la

mayo de 2016 por el Comité Ejecutivo de UNESPA, con fecha de entrada en vigor el 1 de julio de 2016.

⁵⁹⁵<http://www.unespa.es/convenios/convenio-entidades-aseguradoras-recobro-danos-diversos-reclamacion-danos/>

⁵⁹⁶ Disp. Final 9ª de la Ley 20/2015 de la LOSSEAR.

⁵⁹⁷ Esta expresión aparece en las fichas sobre cada convenio existentes en la web corporativa de UNESPA.

⁵⁹⁸ OFESAUTO, sin duda, es una asociación de carácter singular cuyas normas de funcionamiento fueron fijadas por primera vez mediante las Ordenes del Ministerio de Hacienda de 13 y 26 de mayo de 1965. En 1987, tras la entrada de España en el Mercado común europeo, se dictó la Orden de 25 de septiembre, norma que ha sido derogada y sustituida por la vigente *Orden EIC/764/2017, de 26 de julio, por la que se dictan las normas relativas al funcionamiento de la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles*, que desarrolla ampliamente las funciones de OFESAUTO y los preceptos contenidos en el art. 21 *Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor* (BOE-A-2008-14915).

gestión de indemnizaciones a los perjudicados cuando intervienen distintas aseguradoras, servir como organismo de indemnización y ser la administradora del cuadro de coaseguro del seguro en frontera; funciones todas ellas que exigen necesariamente el intercambio informativo entre competidores.

Lo antedicho en lo referente al mercado asegurador español. En el plano europeo, destacar la labor desempeñada por “Insurance Europe”, federación que aglutina a las principales asociaciones de aseguradoras nacionales cuya misión fundamental es, entre otras, proveer la infraestructura necesaria para facilitar el intercambio de experiencias entre las distintas entidades competidoras que operan en el mercado de seguros de la Unión Europea.⁵⁹⁹

En cuanto a los intercambios de información realizados a través de empresas de base tecnológica, destacar que estas facilitan el intercambio de información en el contexto de otros acuerdos más amplios, suscitando, asimismo, dudas por parte de las autoridades de competencia⁶⁰⁰. En este contexto, la ya referida sociedad “Tecnologías de la Información y Redes para las Entidades Aseguradoras, S.A. (“TIREA”)), resulta esencial.

⁵⁹⁹ Información obtenida a través de su web corporativa <https://www.insuranceeurope.eu/about-us>

⁶⁰⁰ Nos referimos aquí fundamentalmente en los intercambios de información de tipo “hub & spoke” como “(...) una variante concreta del supuesto general de intercambios de información entre competidores: son intercambios entre competidores realizados de manera indirecta a través de una tercera parte contractual común, modalidad indirecta de intercambio de información entre competidores que también ha sido objeto de atención por parte de las autoridades de competencia”. ESTEVAN DE QUESADA, C., “Información y colaboración empresarial en el derecho de defensa de la competencia”, *op.cit.*, pp. 56-57.

Fundada en 1997 fruto las necesidades específicas del sector asegurador, dicha mercantil tiene como objetivo principal servir de base a la mejora tecnológica del negocio de las entidades aseguradoras dando soporte a la cristalización de diversos convenios de colaboración entre aseguradoras que, en la actualidad, representan más del 80% del sector. TIREA se erige, por tanto, como la empresa que da soporte a la mayor parte de los convenios y acuerdos entre entidades aseguradoras y, a veces, con operadores ajenos al sector.

2.3 Formas de colaboración para el intercambio de información y el fenómeno de la red empresarial

Examinadas las fórmulas más relevantes en las cuales se producen intercambios de información entre aseguradoras que compiten en el mismo mercado, interviniendo, en ocasiones, operadores de distinta naturaleza, resulta oportuno conectar dicha realidad con el fenómeno de la red empresarial.

Tal y como se ha explicado con detalle en la Parte I, las características empleadas por la doctrina para identificar la existencia del fenómeno de la red empresarial son la multiplicidad, la interdependencia, la estabilidad y duración en las relaciones, la autonomía y la coexistencia de relaciones simultáneas de cooperación y competencia; todas ellas presentes, como se abordará a continuación, en las formas de intercambios de información anteriormente analizadas.

Sin duda alguna, el requisito de la multiplicidad es manifiesto en todas las formas de colaboración anteriormente examinadas, ya sea en aquellas referidas a los intercambios informativos puros o de carácter accesorio, en los flujos directos entre competidores o a través de un tercer operador. Igualmente, la autonomía de la cual goza cada aseguradora se expresa con claridad pues el hecho de su participación en los intercambios informativos no implica ni la pérdida de su singularidad como aseguradoras independientes, ni ocasiona el surgimiento de un nuevo sujeto de derecho autónomo⁶⁰¹, ni comporta tener que modificar la autorización administrativa concedida por la Dirección General del Seguro y Fondos de Pensione para seguir realizando su actividad.

La utilidad final reportada para cada aseguradora fruto del intercambio de información, ya sea este catalogado como un intercambio puramente informativo o sea accesorio a un acuerdo principal, va a depender, en última instancia, de la actuación del resto de aseguradoras que participen de dichos intercambios. De aquí se deduce, pues, la interdependencia existente en este tipo de estructuras de colaboración. Cuanto mayor sea la precisión y calidad de los datos trasladados, mayores serán las eficiencias generadas por la red. Asimismo, cualquier desvío del comportamiento pactado en el seno de la red de cara a efectuar los referidos intercambios puede perjudicar seriamente al resto de miembros, ello con independencia de que estos hayan estado involucrados directa o indirectamente en el incumplimiento.

⁶⁰¹GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit., p.41.

Un ejemplo sobre este último apunte puede apreciarse en el supuesto de que una o varias aseguradoras transmitan información estratégica de sus respectivos negocios excediéndose de los límites pactados en el contexto de una red informativa. En estos casos, las autoridades de la competencia podrían sancionar a todos los miembros de la red, ello con independencia de los comportamientos individuales efectivamente realizados (cuestión que solo se podría tener en cuenta a los efectos de determinar la multa correspondiente a cada operador⁶⁰²) y de si los efectos restrictivos de la competencia se hubiesen o no materializado en el mercado.

En cuanto a la estabilidad y duración de las relaciones mantenidas entre las distintas compañías aseguradoras, señalar que tanto los ficheros conjuntos (redes informativas) como los convenios de indemnización directa suscritos entre las distintas compañías (intercambios accesorios) tienen carácter indefinido, dando lugar, por lo tanto, a vínculos estables entre ellas. Sin perjuicio de lo anterior, se reserva la posibilidad para cualquier miembro de abandonar la red; bien forma obligatoria bajo determinadas circunstancias (pérdida de la autorización administrativa, fundamentalmente), bien de manera voluntaria a través de un preaviso. Paralelamente, se permite la entrada de nuevos miembros siempre que cumplan las condiciones para su adhesión.

A diferencia de la naturaleza indefinida de los ficheros conjuntos

⁶⁰² Sobre la determinación de las multas, concretamente, las circunstancias agravantes y/o atenuantes que, en su caso, podrían apreciarse, *vid.* las *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n° 1/2003, (OJ C 210, 1.9.2006, pp. 2-5), § 28 y 29.*

como los convenios de indemnización directa, los convenios de carácter sectorial presentan una duración diversa pues, en su mayoría, contemplan una duración de entre uno a tres años prorrogables por iguales periodos de manera tácita llegados sus respectivos términos. Sin embargo, por lo que ahora nos ocupa, el resultado no varía sustancialmente dado que, al establecerse prórrogas tácitas, estos convenios temporales comportan las mismas notas de estabilidad y permanencia que aquellos de duración indefinida. Igualmente, la entrada y salida de nuevos miembros, ya sea de carácter voluntario o forzoso, también se contempla en dichos convenios.

Por último, la coexistencia de relaciones simultáneas de colaboración y competencia es inherente a los intercambios de información examinados habida cuenta de que todos ellos son realizados, ya sean principales o accesorios, directos o indirectos, entre compañías aseguradoras que operan en el mismo nivel de la cadena de producción y en los mismos riesgos. De aquí la tensión entre competencia y colaboración se antoja inevitable.

A mayores de cumplir con las antedichas características, las estructuras organizativas que dan soporte a estos flujos informativos presentan, asimismo, elementos típicos de las redes empresariales tales como la existencia de fondos compartidos para el desarrollo de la actividad conjunta, estipulaciones sobre la entrada y salida de nuevos miembros, sistemas de gobernanza, así como medidas específicas sobre cómo habrá de efectuarse el intercambio informativo.⁶⁰³

⁶⁰³ Elementos cuya existencia se aprecia de forma muy clara en los dos Convenios de compensación: el “Convenio entidades aseguradoras de automóviles para daños

En su virtud, cabe concluir que, en términos generales, los intercambios de información puros y accesorios en el sector asegurador de los cuales participan entidades aseguradoras competidoras y, en ocasiones, otros operadores que colaboran estrechamente con el sector asegurador, responden a la naturaleza propia del fenómeno de las redes empresariales.

Caracterizados estos flujos informativos, bien como redes empresariales autónomas (intercambios informativos puros), bien como elementos necesarios para la puesta en funcionamiento de otras redes empresariales de mayor alcance (intercambios informativos accesorios), parece razonable establecer otra categoría en función de cómo se ejerza la gobernanza. Así pues, cabe distinguir las redes en las que un operador ocupa una posición estratégica frente al resto y aquellas en las cuales todos los operadores participantes se encuentran en un plano de mayor igualdad (redes hegemónicas y paritarias, respectivamente).

En el primer tipo se encuadrarían los flujos informativos, ya sean de carácter principal o accesorio, en los que intervienen operadores distintos de las compañías aseguradoras; operadores sobre los cuales recaerán deberes derivados de la buena fe y de lealtad de manera más intensa, ello en virtud de la posición preeminente que ocupan en la red. Por su parte, parece que únicamente podrían identificarse con las redes paritarias aquellas redes informativas accesorias directas creadas para llevar a cabo el aseguramiento en común sobre determinados riesgos, estas son, las redes

materiales”, así como el “Convenio entre entidades aseguradoras para el recobro de daños diversos y reclamación de daños”.

de coaseguro y de pools de riesgo; ambos casos en los cuales, salvo rara excepción, una de las entidades participantes será la que ejerza como gestora del conjunto de la red. Sobre esta cuestión se volverá con mayor detalle en los dos próximos Capítulos (coaseguro y pools de riesgo, respectivamente).

En otro orden de cosas, a la luz de la aplicación de la normativa antitrust, dados los distintos contextos en los cuales se llevan a cabo dichos intercambios, los problemas que pueden suscitarse serán distintos en función del tipo de red examinada: de un lado, los flujos informativos realizados en el seno de las redes informativas, de otro, aquellos que surgen en el contexto de un acuerdo más amplio.⁶⁰⁴

Ahora bien, habida cuenta de que estos intercambios dan lugar o forman parte del funcionamiento de estructuras que se identifican con el fenómeno de la red empresarial (intercambios de información puros y accesorios, respectivamente), cabe preguntarse si, adicionalmente, procede tener en cuenta otros elementos que vayan más allá de los considerados por la norma antitrust a efectos de llevar a cabo una valoración jurídica de dichos intercambios en clave de red. Sobre todos estos aspectos se volverá en la Parte IV con mayor profundidad.

Por el momento, dada la sistemática adoptada en el desarrollo del presente trabajo, el análisis se limitará a identificar qué intereses existen

⁶⁰⁴ Los primeros habrán de ser evaluados conforme a las pautas dadas en el punto 2 de las Directrices Horizontales de 2011; los segundos, en el contexto del acuerdo en el que se materialicen.

en el seno de las estructuras que dan soporte a los intercambios de información para, en un momento posterior, valorar qué implicaciones pueden comportar de cara a hacer una evaluación de los intercambios desde el punto de vista de la normativa antitrust.

2.3.1. Intereses presentes en las distintas formas de colaboración para el intercambio de información

Tras las estructuras que dan soporte a los distintos intercambios informativos entre aseguradoras competidoras pueden distinguirse, de un lado, intereses de carácter homogéneo y compartidos por todas las compañías que participan de dichos intercambios y, de otro, aquellos que divergen. Los segundos se identifican unívocamente con aquellos intereses propios de cada una de las compañías y directamente relacionados con el ejercicio individual de sus respectivas actividades. Por contra, el interés compartido parece expresarse de manera diferente en función de la finalidad para la cual los distintos intercambios informativos se realizan; finalidad que determinará, en última instancia, el interés compartido por todas ellas.

Así las cosas, cuando la finalidad principal de los flujos informativos sea el intercambio en sí mismo, el interés compartido se identificará con la ventaja que comporta la obtención de una información crucial para la correcta gestión de los respectivos negocios de cada miembro que, de manera individual, bien no pudiera haber sido obtenida por los elevados costes de transacción, bien sí se hubiese conseguido, pero de manera mucho más gravosa. Estos tipos de intercambios dan lugar, pues, a redes

puramente informativas cuya finalidad consiste en suministrar a sus miembros una mayor y más detallada información de la que ellos pudieran lograr de manera autónoma.⁶⁰⁵

Por consiguiente, el interés compartido por las distintas entidades aseguradoras en el contexto de las redes informativas se identificará, de conformidad con lo expuesto en el anterior epígrafe y en función del tipo de red de la que se trate, con la creación de valor para el conjunto de la red a fin de (i) elaborar tablas de siniestralidad más precisas, (ii) mejorar la gestión ordinaria de sus respectivos negocios a través de la utilización conjunta de ciertos ficheros y (iii) confeccionar estudios de mercado que permitan orientar, de manera más eficaz y eficiente, sus políticas empresariales.

Por su parte, cuando el flujo informativo sea meramente accesorio al cumplimiento de un acuerdo de colaboración horizontal de carácter más amplio, no parece que el interés compartido revista la misma importancia, puesto que, al carecer de autonomía, este interés compartido se identificará atendiendo a los objetivos del acuerdo principal en el que los flujos informativos se incardinan. En este grupo se encontrarían, esencialmente, tanto los intercambios de información producidos en el seno del coaseguro o en los pools de riesgo como aquellos surgidos a raíz del cumplimiento de los convenios suscritos a través de las distintas asociaciones empresariales y otras empresas de base tecnológica.

⁶⁰⁵ ESTEVAN DE QUESADA, C., “Información y colaboración empresarial en el derecho de defensa de la competencia”, *op.cit.*, p. 73.

El interés compartido presenta diversas naturalezas en todos estos supuestos. Así pues, mientras que en las redes informativas este se identifica con el trasvase de información en sí mismo (el cual, a su vez, perseguirá distintos objetivos en función del tipo de red del cual se trate: crear tablas de siniestralidad, mejorar la gestión o elaborar estudios de mercado), en los intercambios accesorios, el flujo informativo posee un carácter puramente instrumental. Tal es el caso de los intercambios de información presentes en el seno del coaseguro o de los pools de riesgo; redes empresariales en las que el interés compartido se identifica con el aseguramiento en común de determinados riesgos, siendo el flujo de información entre las aseguradoras una mera herramienta para lograr tal objetivo (información relativa a las condiciones de la póliza, determinación de la prima, etc.).

Sobre estas dos formas de colaboración horizontal características del sector asegurador, el coaseguro y los pools de riesgo, más concretamente sobre su calificación como redes empresariales horizontales, se ahondará en los dos siguientes Capítulos.

CAPÍTULO 2.- EL COASEGURO

1. Cuestiones generales

Como se ha dejado apuntado en el Capítulo anterior, el coaseguro puede considerarse como una de las formas más primitivas de aseguramiento conjunto; estructuras organizativas básicas que permitían dar cobertura a riesgos que, por su elevada exigencia de capital, no podían ser garantizados por un único operador.

Por lo que se refiere al presente Capítulo, su objetivo será abordar qué características generales revisten al coaseguro en la actualidad, haciendo especial hincapié en aquellas figuras jurídicas próximas a la realidad del coaseguro, así como en los problemas existentes en torno a su calificación jurídica, para ofrecer, como respuesta a la controversia planteada por la doctrina tradicional, una conceptualización innovadora del coaseguro desde el fenómeno de la red empresarial.

Seguidamente se examinarán las dos tipologías predominantes en lo que al funcionamiento del coaseguro se refiere. En un primer lugar, se detallará cuál es la operativa habitual en torno a la constitución, desarrollo y extinción del coaseguro en el ámbito europeo. En segundo lugar, se hará lo propio con el coaseguro en el mercado español, marcado este, como se verá, por un funcionamiento menos evolucionado que el existente a nivel europeo. En ambos supuestos, se prestará especial atención a aspectos relacionados con la gestión del coaseguro, la entrada y salida de miembros, así como a la determinación del precio de la prima en su seno.

Analizadas estas cuestiones, se efectuará una revisión de cuál es el estado y la relevancia del coaseguro en la realidad del tráfico mercantil. Por último, se llamará la atención sobre los obstáculos que el coaseguro encuentra a la luz de la normativa de la Defensa de la competencia, ello en virtud de la estrecha colaboración entre aseguradoras competidoras exigidas por este tipo de estructura y cuya valoración jurídica de forma detallada se tendrá ocasión de abordar en la Parte IV.

1.1 Noción, evolución y funciones

El coaseguro es un instrumento para la cooperación empleado en el sector asegurador cuya positivización se incardina en el art. 33 de la Ley del Contrato de seguro de 1980. Por su claridad, se toma prestada la definición de coaseguro formulada por MUÑOZ PAREDES quien afirma que es “aquella modalidad de seguro por la que varios aseguradores acuerdan entre sí y con el tomador asumir conjuntamente un riesgo dividiendo por cuotas la prima y la suma asegurada, de modo que, en caso de siniestro, cada uno responderá de la prestación debida en proporción a la cuota respectiva”⁶⁰⁶.

La característica más preeminente del coaseguro reside en el reparto de cuotas entre distintas compañías aseguradoras sobre el mismo riesgo, interés y duración⁶⁰⁷; reparto que exige, en consecuencia, una intensa

⁶⁰⁶ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 34. En sentido similar, SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 716.

⁶⁰⁷ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, 1983, p. 192.

cooperación entre todos los aseguradores que participan en la operación.

Así las cosas, mediante la cooperación entre distintas aseguradoras se hace factible la asunción conjunta de riesgos elevados, los cuales, de no haber sido amparados bajo la técnica del coaseguro o de otras estructuras organizativas que igualmente permitiesen el aseguramiento en común⁶⁰⁸, hubieran sido imposible asumir de forma individual por cualquier compañía.

Como ya señaló el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia⁶⁰⁹, la razón de la existencia del coaseguro se encuentra, fundamentalmente, en dos supuestos. El primero, que el riesgo concreto a asegurar sea de cuantía muy elevada, por cuanto el coaseguro permita repartir el riesgo entre las aseguradoras, ello con independencia de que puedan también recurrir al reaseguro. El segundo, en el caso de aseguramiento de nuevos riesgos cuya novedad dificulte gravemente determinar de manera fiable la siniestrabilidad debido a la falta de experiencia, sin perjuicio de que, pasado un tiempo, se haga posible calibrar el riesgo con mayor precisión.⁶¹⁰

Junto a la justificación del coaseguro por razones técnicas, igualmente, fruto de la cooperación entre competidoras, se han logrado

⁶⁰⁸ En tal sentido, aunque sin hacer expresa referencia a la cooperación, HUNG SEOG, S., *The Economics of Risk and Insurance*, op.cit., p. 227.

⁶⁰⁹ Resolución de 7 de abril de 1997, (*Expte. 388/96 Seguros Empresas Transportistas*), FD 2.

⁶¹⁰ En sentido similar MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro”, op.cit., p. 11/12 (versión electrónica), citando a DONATI *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, p. 274.

otros fines secundarios que coadyuvan a la consecución del interés compartido tales como la homogeneidad cuantitativa de la composición de carteras⁶¹¹, la estandarización de determinadas cláusulas de las pólizas y, en definitiva, una mayor eficiencia en el sector de la cual participan los tomadores y asegurados⁶¹².

La razón de la cooperación radica, en definitiva, ya no solo en la posibilidad de ofrecer el aseguramiento en cuestión, sino que, asimismo, favorece una explotación más racional de la industria aseguradora⁶¹³.

En otro orden de cosas, señalar que no puede hablarse de una modalidad única de cooperación en la técnica del coaseguro pues son varias las formas que este tipo de operaciones pueden adoptar, lo cual no significa, necesariamente, que existan múltiples tipos de coaseguros⁶¹⁴. Por consiguiente, la diversidad de tipologías, pues, no afectaría propiamente a la naturaleza propia del coaseguro como tal sino más bien a la disposición y funcionamiento de la red organizativa que lo sostiene.

⁶¹¹FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS, *Manual de introducción al seguro*, Editorial Mapfre, 1990, p.156.

⁶¹²CUÑAT EDO, V., y otros, “Disposiciones generales”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 412.

⁶¹³SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 717.

⁶¹⁴ Cuestión esta discutible. Precisa MUÑOZ PAREDES en tal sentido que “a diferencia de lo que ocurre con el reaseguro, no puede hablarse realmente de clases o modalidades”. Se refiere el autor aquí a la confusión de lo que denomina “pretendidos” tipos de coaseguros que, si bien son denominados así (coaseguro interno, abierto, independiente o indirecto), su naturaleza no se ajusta perfectamente a la propia del coaseguro. *Vid.* MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, *op.cit.*, p. 68.

1.2 El coaseguro comunitario

Sin perjuicio de lo antedicho, cabría admitir un tipo específico de coaseguro dentro de la categoría general. Se trata del coaseguro comunitario, por ser esta la única modalidad expresamente positivada (1978), cuyo objetivo principal consistía en dar un primer paso para la coordinación de todas las operaciones sobre determinados riesgos que pudiesen practicarse en libre prestación de servicios en el ámbito de la, por aquel entonces, denominada Comunidad Económica Europea⁶¹⁵.

La técnica del coaseguro comunitario era empleada, en esta ocasión, bajo la iniciativa del poder legislativo europeo, obedeciendo a una finalidad, más que jurídica, de política económica: la integración del mercado único europeo. Ahora bien el coaseguro comunitario nunca llegó a consolidarse en el mercado europeo, entre otros motivos, por las mejores condiciones ofrecidas por la norma de ordenación y supervisión vigente en aquel momento⁶¹⁶, ello incluso aunque el régimen impuesto resultara menos flexible⁶¹⁷. De hecho, en la actualidad el coaseguro comunitario es una figura en completo desuso.

Finalmente destacar que, a pesar de su decadencia, el coaseguro comunitario sigue estando positivado. En concreto, se encuentra recogido,

⁶¹⁵ Preámbulo de la Directiva 78/473/CEE del Consejo, de 30 de mayo de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de coaseguro comunitario (DO L 228 de 16.8.1973, p. 3).

⁶¹⁶ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 461.

⁶¹⁷ DEL VALLE SCHAAN, M., “El coaseguro comunitario”, *Revista española de seguros*, Nº. 69, 1992, p.40.

desde el año 2015, en la norma de ordenación y supervisión (arts. 12, 103 y 104 de la LOSSEAR), habiendo sido desplazado de su primera ubicación en el año 1980 en la Ley del contrato de Seguro de 1980 (art. 33. a); ubicación que, como ya pusiera la doctrina de manifiesto, constituía un claro e incomprensible error sistemático por parte del legislador, toda vez que el coaseguro comporta implicaciones desde el punto de vista de control de la actividad aseguradora y no en su vertiente contractual⁶¹⁸.

1.3 Figuras afines al coaseguro

El coaseguro no es el único instrumento a disposición de las distintas entidades aseguradoras que permite atomizar riesgos pues, en definitiva, este es su objetivo último. Junto al coaseguro, existen varias figuras propias de la industria aseguradora⁶¹⁹ que, igualmente, amparan la cobertura de un mismo riesgo por parte de múltiples compañías aseguradoras. Tales son, sin ánimo de ser exhaustivos, el seguro múltiple, el seguro doble, el reaseguro o el recoaseguro.

La cuestión clave que subyace en la distinción entre el coaseguro y las otras figuras afines reside en su estructura y funcionamiento⁶²⁰. En otras

⁶¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.J., “El coaseguro comunitario en la Ley del Contrato de Seguro”, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 150, 1997, p. 109; MUÑOZ PAREDES, J.M., “Artículo 26. Coaseguradores”, *Revista española de seguros*, Nº. 143-144, 2010, p. 647.

⁶¹⁹ Se incide sobre la naturaleza aseguradora de estas figuras puesto que, fuera de los límites de esta industria, existen otras fórmulas alternativas de transferencia de riesgos que, a su vez, y como se analizará posteriormente, están desplazando al coaseguro.

⁶²⁰ HILL PRADOS, M.C., “Reaseguro y coaseguro”, *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Civitas, 2014, pp. 1.306-1.307. La autora se refiere aquí

palabras, en la forma organizativa que da soporte a la operación. Junto a estos dos aspectos, añadir, como se verá en el momento oportuno, la existencia en el coaseguro de un mismo interés compartido por todos los miembros, ello en contraposición con el interés puramente individual presente en el resto de instrumentos jurídicos para el aseguramiento conjunto.

El seguro múltiple, también denominado seguro cumulativo, quizá sea el que, *prima facie*, más similitudes muestra con el coaseguro, pero dista en lo fundamental: la ausencia de acuerdo o pacto entre las entidades participantes en la operación; cuestión esta puesta de manifiesto por la doctrina más autorizada a nivel nacional e internacional, tal y como señala BATALLER-GRAU⁶²¹. Por todos, DONATI, quien define el seguro múltiple, en sentido estricto, como aquel en el cual se perfeccionan varios contratos de seguro de manera separada por cada una de las entidades que intervienen en la operación, sin que la suma asegurada por cada uno de los aseguradores tenga su origen en un acuerdo entre los mismos⁶²².

En definitiva, a diferencia de lo que sucede con el coaseguro, en el

concretamente al reaseguro, pero la afirmación es extensible al resto de modalidades de transferencias de riesgos.

⁶²¹ El autor hace especial hincapié en la falta de acuerdo entre las entidades partícipes del seguro múltiple citando a otros autores que defienden esa misma posición: SOTGIA, S., “Assicurazione plurima, coassicurazione, doppia assicurazione”, *Assicurazioni*, 1953, I, pp. 20 y ss.; CASTELLANO, G., “Le assicurazioni privati”, *Giurisprudenza Sistemática Civile e Commerciale*, UTET, 1970, pp. 261-262; FANELLI, G., “Le assicurazioni”, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, 1973, pp. 199-200. *Vid.* recopilación en BATALLER GRAU, J., *El seguro múltiple*, Tirant lo Blanch, 1998, p. 44.

⁶²² BATALLER GRAU, J., *El seguro múltiple*, op.cit., p. 44.

seguro múltiple no hay colaboración entre cada una de las entidades que participa de la operación, pudiéndose apreciar, como mucho, un cierto grado de coordinación ligado a la realización de determinadas tareas necesarias para el aseguramiento en común⁶²³.

En lo que al seguro doble se refiere, destacar que surge a iniciativa del asegurado sin existir ningún tipo de colaboración, previa ni posterior, por parte de los aseguradores⁶²⁴ y cuyo origen obedece a dos situaciones: bien al desconocimiento de la existencia del propio seguro, bien a la intención del tomador de violar el principio indemnizatorio y recibir una prestación superior al daño efectivamente experimentado⁶²⁵. El seguro doble podría calificarse, pues, como un subtipo del seguro múltiple en el cual existe sobreseguro.⁶²⁶

Por su parte, pese a que la función económica que cumple el reaseguro obedece al mismo objetivo que el coaseguro (transferir el riesgo y dispersarlo), cada uno de ellos opera en un distinto nivel: mientras que el coaseguro viene a referido a la dispersión de riesgos directos en el plano horizontal, el reaseguro se produce mediante la transferencia vertical de aquellos riesgos asumidos por las propias compañías de seguro directo.⁶²⁷

⁶²³ Tareas como la liquidación del siniestro o la obligación del pago de la indemnización. *Vid.* BATALLER GRAU, J., *El seguro múltiple*, op.cit., 1998, pp. 82-98.

⁶²⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro”, *op.cit.*, p. 4/12 (versión electrónica).

⁶²⁵ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 49.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 238.

⁶²⁷ DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., “Consideraciones preliminares sobre el reaseguro”, *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, 1997, p. 23; NARVÁEZ

La diferencia fundamental entre ambos tipos de mecanismos de dispersión de riesgos estriba en sus respectivas estructuras organizativas.⁶²⁸ Así pues, mientras que el coaseguro se configura como un instrumento de cooperación horizontal, el reaseguro se erige como una forma de colaboración vertical⁶²⁹; matiz este que resulta a todas luces esencial a la hora de analizar cómo se han de evaluar ambas operaciones a la luz de la Defensa de la competencia.

Por su parte, el recoaseguro (también denominado “coaseguro interno”) se aproxima más al reaseguro que al coaseguro pues es el tomador quien contrata con una única aseguradora la cobertura de un riesgo, el cual, a su vez, será distribuido por cuotas entre otras entidades a iniciativa de la primera sin necesidad de consentimiento ni conocimiento por parte del tomador. En el recoaseguro, por su parte, y a diferencia de lo que sucede en el coaseguro, parece predominar la naturaleza de seguro sobre la asociativa, fundamentalmente, debido a que, pese a que el acuerdo de cesión del riesgo pueda ser duradero, es posible realizar dicha cesión de forma puntual⁶³⁰, siendo difícil, por consiguiente, alcanzar una cierta

BONET, J.E., “El coaseguro”, *RIS*, Vol. 37 (21), 2012, p. 125; HILL PRADOS, M.C., “Reaseguro y coaseguro”, *op.cit.*, p. 1.307.

⁶²⁸ BROSETA PONT, M., *El contrato de reaseguro*, *op.cit.*, p. 45.

⁶²⁹ De manera diferente, MUÑOZ PAREDES, J.M. señala que, tanto el coaseguro como el reaseguro, son formas de colaboración: “el coaseguro es una colaboración primaria de varios aseguradores (Primare Beteiligung mehrerer Versicherer) (85) en la asunción de un riesgo, una distribución horizontal del mismo: el tomador contrata con varios aseguradores su cobertura; en el reaseguro, en cambio, nos hallamos ante una colaboración secundaria (o distribución vertical del riesgo), pues no se establece relación jurídica alguna entre el tomador del primer seguro y el reasegurador”. (El subrayado es nuestro). En MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, *op.cit.*, p. 55.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 58.

estabilidad en su estructura organizativa. Tampoco se encuentra en el recoaseguro, pues, ningún tipo de colaboración ni de interés compartido entre entidades, ello pese a que todas las compañías participen de la cobertura del mismo riesgo.

Por último, llamar la atención sobre el correaseguro, el cual, pese a mostrar una denominación específica, no es más que un coaseguro ordinario cuyas partícipes son entidades reaseguradoras. Así pues, pese a que el riesgo distribuido responde a una diferente naturaleza (se distribuye un riesgo secundario, el asumido por las propias aseguradoras y no el riesgo directo), su funcionamiento es asimilable al del coaseguro ordinario⁶³¹.

Ahora bien, sin perjuicio de que la base del funcionamiento sea la misma, esta es, la colaboración entre compañías de seguros competidoras con un interés compartido, los efectos que dicha colaboración pueden provocar en el conjunto del mercado asegurador presentan una gran diferencia en lo que a intensidad se refiere. Ello es así debido a que el reasegurador es un mercado de estructura oligopolística, mientras que el mercado de seguros directos se caracteriza por su tradicional fragmentación. En su virtud, la colaboración en uno y otro mercado no puede valorarse de la misma manera.

Como broche final, cabe concluir que el coaseguro es un acuerdo

⁶³¹ MARTÍNEZ SANZ, F., “Reaseguro”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 948; MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 56.

entre competidores en sentido estricto, pues lleva implícita la coordinación y unificación de primas por parte de las compañías aseguradoras que cubren el riesgo; mas sin embargo, un acuerdo de carácter lícito cuyo objeto es permitir el aseguramiento de riesgos de gran magnitud que de otra manera no se podrían cubrir o que, de haber sido posible su cobertura, se hubiese realizado de manera más gravosa.

En su virtud, tomando como presupuesto que la colaboración en el sector asegurador es un elemento que contribuye a la mejora de la eficiencia en el sector, los acuerdos y pactos entre aseguradoras competidoras que pretendan operar conjuntamente a través el coaseguro habrán de ser valorados a la luz de la Defensa de la competencia bajo un prisma distinto que tenga presente los beneficios de esta cooperación. Cuestión ésta a la que tendremos ocasión de referirnos con mayor profundidad más adelante.

1.4 Estructura jurídica del coaseguro y la problemática en torno a su calificación

Sin duda el aspecto que mayores discrepancias ha suscitado en la doctrina en torno al coaseguro es la determinación de su estructura jurídica: si la operación de coaseguro procede de un único contrato (*tesis unitarias*) o de varios (*tesis pluralistas*). A mayores de estas dos concepciones, se identifica, asimismo, una postura intermedia.

Sobre tal problemática, destaca el trabajo realizado por MUÑOZ

PAREDES⁶³², quien recopila y refuta las posiciones doctrinales de diversos autores, y a cuyas páginas nos remitimos⁶³³. No obstante, sin perjuicio de esta remisión, conviene llamar la atención sobre algunas cuestiones señaladas por el autor a lo largo de su análisis por ser relevantes a los efectos que ahora nos ocupan.

1. Con el objetivo de refutar la tesis pluralista pura, el autor afirma que “(...) no hay que olvidar que el coaseguro, como toda forma de colaboración empresarial, se basa en criterios de reciprocidad y confianza mutua y ninguna empresa haría peligrar, siendo evitable, sus buenas relaciones con otras del sector, que sin duda se verían afectadas por cualquier decisión individual”⁶³⁴.

⁶³² MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., pp. 225-267.

⁶³³ Por su elevado interés ilustrativo, se sintetizan las distintas posturas tratadas por el autor. Concepciones pluralistas. El autor distingue aquí (i) *la tesis de las obligaciones independientes*, formulada por KISCH, W., quien sostiene que el coaseguro es un subtipo de seguro múltiple cuya única especialidad reside en que los aseguradores saben de la existencia del resto de contratos, negando la existencia de cualquier vínculo entre ellos y la (ii) *tesis pluralista pura*, cuyos defensores consideran que en el coaseguro hay una pluralidad de contratos simplemente porque cada asegurador se vincula de manera autónoma e individual con el asegurado. Seguidores de esta segunda teoría son: RITTER, EHRENZWEIG, HUBENER y PROLSS en Alemania, BRUNETTI en Italia, y RODIÈRE y BIGOT en Francia. Concepción unitaria. Esta concepción se justifica con base en dos argumentos. (i) *Argumento de la causa única y del contrato asociativo*. Defiende que lo relevante no es si existen uno o más contratos, sino la unidad de la causa. (ii) *Argumento de la relación jurídica única*. Sostiene la existencia de una unidad de la relación obligatoria en sentido amplio, no solo en razón de la estipulación conjunta, sino también debido a los vínculos existentes entre las obligaciones parciarias que llevan implícitas una cierta colaboración entre las compañías aseguradoras que participan del coaseguro. Los autores más destacables que se muestran a favor de esta concepción son: FERRARI y SOTGIA en Italia, MOLLER en Alemania, PARDESSUS en Francia, así como HORS Y BAUS, MUÑOZ PAREDES y CUÑAT EDO en España.

⁶³⁴ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 244.

Encaja la figura del coaseguro, pues, bajo una forma de *colaboración empresarial*, evocando, sin lugar a dudas, ciertas características propias del fenómeno de la red empresarial, sobre las cuales se volverá en un momento posterior.⁶³⁵

2. Se hace referencia a la calificación efectuada por SOTGIA del coaseguro, enclavada en las tesis unitarias, como un *contrato asociativo atípico*, subsunción que el propio autor critica.

Mientras que SOTGIA considera que la función económica del coaseguro, entendida esta como contrato asociativo atípico, consiste en la “participación en un seguro de varios sujetos aseguradores para minimizar las consecuencias del siniestro para ellos”, para MUÑOZ PAREDES esta identificación resulta insuficiente pues deja de lado un matiz esencial: que el coaseguro, además de suponer una colaboración empresarial, cumple la misma función que cualquier seguro, esta es, la transmisión del riesgo del asegurado a las compañías. Y esta función de dispersión del riesgo, que es la función económica fundamental del coaseguro, no puede desvincularse de la causa de la operación⁶³⁶.

En este sentido, se comparte con el autor que, calificar al coaseguro exclusivamente como un *contrato asociativo atípico* conduciría, en última instancia, a su exclusión como contrato de seguro, lo cual resulta a todas

⁶³⁵ Digo evocan y no identifican dado que el autor en su estudio no emplea la terminología típica en el análisis de las redes empresariales. Por ejemplo, el uso de la expresión “reciprocidad” en lugar de “interdependencia”.

⁶³⁶ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., pp. 255-256.

luces insostenible y debe ser rechazado dado que su naturaleza asegurativa resulta incuestionable⁶³⁷.

3. Igualmente, señala a otros autores que han abordado el coaseguro distinguiendo dos niveles: de un lado, el acuerdo entre los coaseguradores; de otro, la relación de seguro; técnica similar a la empleada para analizar otras figuras contractuales en las que, asimismo, el elemento de la colaboración para conseguir un mismo objetivo está presente (por ejemplo, *joint ventures* o préstamos sindicados).⁶³⁸

Sin embargo, critica el autor que esta separación, si bien puede ser aceptable en términos expositivos, desde un enfoque eminentemente jurídico no es sostenible. Y ello es así debido a que el pacto de colaboración y el pacto de seguro forman un todo y son inescindibles: sin uno de esos dos elementos, la operación no puede ser calificada como coaseguro. En otras palabras, la operación podría calificarse bien como un acuerdo de colaboración, bien como un seguro múltiple, pero no como un auténtico coaseguro.⁶³⁹

4. Por su parte, las teorías intermedias hacen referencia a la construcción de la estructura dogmática del coaseguro tomando como base la *doctrina de la coligación contractual*. Por su elevado interés ilustrativo, se reproduce a continuación un extracto de DI NANNI traído al texto por el autor:

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 257.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 256.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 257.

“Ya se desprende que entre los contratos existe un *vínculo en el plano funcional* como consecuencia de la unidad del interés perseguido, de intensidad tal como para hacerlos *interdependientes y condicionar su eficacia a las vicisitudes de los otros*. La pluralidad de seguros, en este caso, atiende a realizar una función más amplia que la perseguible con un seguro con un único asegurador, función común tanto para los aseguradores como para el asegurado, y que se concreta en la cobertura de un riesgo que ningún asegurador estaba dispuesto a garantizar solo, bien por la extensión de las hipótesis cubiertas, bien por la cuantía de la indemnización prevista en la póliza. *Bajo el nombre de coaseguro se designa, por consiguiente, una pluralidad de seguros coligados por voluntad de las partes en razón de una función común de extensión -no solo económica- mayor que la perseguida por cada contrato singularmente considerado.*”⁶⁴⁰

Como señala el propio autor, “ya no se habla de contratos independientes, sino *interdependientes*”⁶⁴¹, para quien, en última instancia, lleva implícita una multiplicidad documental que no se traduce en una multiplicidad negocial de la cual surja el coligamento, descartando, por consiguiente, la subsunción del coaseguro bajo la doctrina del coligamiento.

Refutadas las distintas teorías, MUÑOZ PAREDES concluye que el coaseguro “es, pues, un contrato único, pero es además un contrato de

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 249.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 249.

seguro porque, con independencia de su aspecto de colaboración empresarial, la finalidad primordial que persigue es la transmisión del riesgo del asegurado a los aseguradores, que es la causa común y definitoria de todo contrato de seguro”⁶⁴²; afirmación que, por su parte, conduce a la siguiente reflexión.

Si hay un aspecto unánime en la doctrina, tal y como el propio autor afirma, es la existencia de una actuación conjunta entre las coaseguradoras a fin de asumir conjuntamente el riesgo. Y tal es el peso que esta colaboración presenta en el coaseguro, que es elevada a la categoría de “presupuesto técnico-jurídico” del mismo⁶⁴³.

No obstante, pese al consenso generalizado sobre la preeminencia de la colaboración en el coaseguro, MUÑOZ PAREDES prioriza la transmisión del riesgo del asegurado a los aseguradores como nota esencial, alejándose, por consiguiente, de lo predicado por la mayoría de la doctrina. Y ello, si bien podría no ser un argumento suficiente desde el punto de vista cualitativo para refutar esta concepción unitaria del coaseguro, desde luego debiera considerarse válido bajo un enfoque de índole cuantitativo.

En otro orden de cosas, señalar que, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo, habida cuenta de las escasísimas resoluciones sobre el coaseguro en las que ha tenido que pronunciarse⁶⁴⁴, se inclina claramente

⁶⁴² *Ibidem*, 1996, p. 266. En el mismo sentido, p.256.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 262-263.

⁶⁴⁴ HILL PRADOS, M.C., “Reaseguro y coaseguro”, *op.cit.*, p. 1.308.

por la tesis la unitaria, quizá por ser esta la que cuenta con un mayor apoyo por parte de la doctrina⁶⁴⁵. En este sentido, merece la pena ser destacada la STS de la Sala Primera, de 8 de abril de 2010, de la cual se transluce con claridad lo antedicho:

“Resulta así que, frente al tomador del seguro, aparece una pluralidad de aseguradores de modo que, a partir de *un solo contrato de seguro* -según entiende la más autorizada doctrina-, nacen varias obligaciones pues cada uno de los aseguradores concurrentes asume una obligación porcentual, parciaria o «a prorrata». *La existencia, normalmente, de un solo documento contractual comporta que el mismo haya de estar suscrito por todos los coaseguradores*, recogándose una cláusula o cláusulas que documentan el pacto de "coaseguro", en la cual se expresa el reparto de cuotas entre aquellos, la forma en que han de responder en caso de siniestro y si existe delegación a favor de alguno de los coaseguradores.”.

En mi opinión, y en modo distinto a las posiciones antes referidas, entiendo que tanto la dimensión colaborativa como la de aseguramiento en el coaseguro son inescindibles, igualmente preponderantes y ambas *conditio sine qua non* a los efectos de definir su naturaleza jurídica.

Ahora bien, dado el actual paradigma del Derecho privado, es cierto que no existe ninguna figura jurídica que aglutine estas características esenciales de todo coaseguro, haciéndose necesario, por parte de la

⁶⁴⁵ STS de la Sala Primera, de 8 de abril de 2010, (ECLI: ES:TS:2010:1520), F.J. 2. (*La cursiva es nuestra*).

doctrina, tener que contorsionar dicha estructura y flexibilizar los límites de las tradicionales instituciones del Derecho privado a fin de darle un encaje normativo relativamente razonable. Ello plantea, en última instancia, la posibilidad de adoptar nuevos puntos de vista al objeto de conseguir resultados más satisfactorios.

En definitiva, el debate que suscita la calificación jurídica del coaseguro ha sido un tema recurrente desde los primeros trabajos realizados sobre la materia. Son varias las categorías que intentan dar respuesta a tal cuestión. Desde las tesis pluralistas a las unitarias, pasando por otras intermedias, pero ninguna logra ofrecer argumentos suficientes e irrefutables a la hora de configurar el coaseguro, ya sea como una suerte de seguro múltiple (*tesis de las obligaciones independientes*), como una subespecie del seguro múltiple (*tesis pluralista pura*), como contratos coligados (*concepción intermedia*), como un contrato asociativo atípico (*tesis unitaria*) o, por último, como un contrato único que, además, es un contrato de seguro (*MUÑOZ PAREDES*).

Vaya por delante el esfuerzo intelectual realizado con el objetivo de encajar el coaseguro en una de las figuras jurídicas que en la actualidad ofrecen los distintos ordenamientos; ordenamientos jurídicos que, por su parte, se configuran con base en las estructuras clásicas de los mercados y de las jerarquías.

Entiendo que el núcleo del problema a la hora de subsumir la naturaleza del coaseguro en una u otra figura radica, precisamente, en la dicotomía (mercados y jerarquías) de la cual parte el diseño de los actuales

ordenamientos jurídicos. Diseños que, si bien sirven para explicar la mayor parte de las realidades jurídicas presentes en el tráfico mercantil, no son útiles a efectos de acomodar ciertas estructuras híbridas como el coaseguro.

Dicho lo anterior, a continuación, se procederá a analizar el coaseguro en clave de red con el objetivo de comprobar si, desde el punto de vista económico y funcional de este paradigma, resulta posible encajar este tipo de estructuras basadas en la colaboración entre entidades competidoras como una expresión más del fenómeno de la red empresarial.

1.5 El coaseguro como red empresarial

El objetivo perseguido a través de una construcción dogmática del coaseguro obedece a dilucidar, en un momento posterior, si resulta pertinente realizar una valoración específica desde el punto de vista de la Defensa de la competencia de ciertas formas de colaboración características del sector asegurador, entre otras, la ahora analizada: el coaseguro.

En este sentido, conviene asimismo recordar que, pese a la formulación que se hará en las siguientes líneas, la red empresarial no es un concepto jurídico⁶⁴⁶. De aquí que el objeto último del presente trabajo no vaya encaminado a invalidar o refutar las tesis formuladas por la doctrina más autorizada en la materia, sino más bien ofrecer una teoría

⁶⁴⁶ BUXBAUM, R.M., “Is network a legal concept?”, *op.cit.*, p. 704.

alternativa. Teoría que, por su parte, no podría considerarse ni ecléctica ni extrema dado que su concepción sale de la tradicional categorización de las estructuras jurídicas y que, en sí misma, a excepción del caso italiano, no se corresponde con ninguna categoría jurídica en el actual ordenamiento jurídico.

Tal y como se ha abordado en la Parte I, las características que sirven para identificar cuándo se está en presencia del fenómeno de la red empresarial son la presencia de multiplicidad, interdependencia, estabilidad y duración en las relaciones, autonomía, coexistencia de relaciones simultáneas de cooperación y competencia y, finalmente, la confianza.

En este sentido, resulta evidente la existencia de multiplicidad en el coaseguro por cuanto es una exigencia legal a los efectos de su propia configuración⁶⁴⁷. De hecho, la multiplicidad es exigencia inherente a la cobertura de un riesgo que, de forma individual, no se hubiera podido asumir teniendo en cuenta las exigencias técnico-actuariales requeridas por la operación.

Por su parte, puesto que el éxito o el fracaso experimentado a nivel singular depende de la actuación del resto de aseguradoras que participan

⁶⁴⁷ Art. 33 de la Ley de contrato de seguro: “Cuando mediante uno o varios contratos de seguros, referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre *varios aseguradores*, previo acuerdo entre ellos (...) para pedir el cumplimiento del contrato o contratos al asegurado en nombre *del resto de los aseguradores*, (...) El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que le corresponda podrá repetir contra *el resto de los aseguradores*.” En igual sentido, se recoge la multiplicidad en el coaseguro comunitario (art. 12 de la LOSSEAR).

del coaseguro, resulta evidente la presencia de la interdependencia. Esto mismo se trasluce del hecho de que, ante eventuales incumplimientos por parte de una compañía puedan generarse responsabilidades, perjudicándose al resto de miembros que participan del mismo coaseguro sin que estos hayan estado involucrados directamente en el referido incumplimiento⁶⁴⁸.

El presupuesto de la autonomía también es perfectamente predicable del coaseguro pues, a pesar de participar de dicha operación, sin suponer la pérdida de su singularidad como aseguradoras independientes, la constitución del coaseguro no genera un nuevo sujeto de derecho distinto de las entidades originales⁶⁴⁹. Y esta autonomía es, asimismo, extensible tanto a las estrategias y políticas empresariales como a los ramos en los que cada una de las compañías pretenda operar fuera del seno del coaseguro, obviamente, contando con la preceptiva autorización administrativa que le faculte para ello. Pero esta es una cuestión distinta que no viene al caso.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ En similar sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 798-799: “Uno y otro pacto, aun cuando son diversos, están vinculados o coligados entre sí, en el sentido de que buena parte de la actuación de los aseguradores viene determinada por el acuerdo preliminar, cuyo incumplimiento a la hora de suscribir el contrato o contratos de seguro con el tomador puede generar responsabilidad de un asegurador frente a los demás aseguradores agrupados (al emplear una cláusula de coaseguro diversa a la contenida entre los aseguradores o al suscribir un contrato, etc.), que tendrá consecuencias entre los aseguradores que hayan previsto en ese acuerdo preliminar”.

⁶⁴⁹ GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, *op.cit.*, p.41.

⁶⁵⁰ Un estudio actualizado sobre el procedimiento de obtención de la autorización administrativa y ulterior registro de la entidad puede encontrarse en VERCHER MOLL, J., *Las condiciones de acceso al mercado de las entidades aseguradoras*, Marcial Pons, 2016, pp. 147-162.

En este sentido, el Reglamento (UE) N° 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, igualmente consagraba la autonomía de cada una de las entidades partícipes del coaseguro a los efectos de considerar la exención automática en relación a dos aspectos: (i) que cada aseguradora tuviera el derecho a retirarse de la agrupación sin incurrir en sanción alguna, eso sí, bajo previo aviso y (ii) que ninguna de las compañías podía estar obligada a asegurar o reasegurar necesariamente a través de la agrupación ni impedir que se asegurase o reasegurase fuera de la agrupación, en todo o en parte, ningún riesgo del tipo de los cubiertos por la agrupación⁶⁵¹.

El coaseguro es una estructura reticular estable creada con afán de permanecer en el mercado y cuya duración vendrá determinada, fundamentalmente, por la necesidad de cobertura del riesgo del cual traiga causa. Sin embargo, esto no es óbice para que exista una cierta flexibilidad que permita durante la vida del coaseguro la modificación de las cuotas asumidas por cada entidad, la entrada de nuevas o la salida de ciertas compañías del cuadro de coaseguro. Es más, si de la supervivencia del coaseguro se trata, estas variaciones han de ser observadas, ello sin perjuicio de que, bajo determinadas circunstancias, sea preceptivo el consentimiento del tomador⁶⁵².

⁶⁵¹ Reglamento (UE) N° 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, apartados a) y b), respectivamente.

⁶⁵² Por ejemplo, en modificaciones del cuadro de coaseguro sin existir causa legal o contractual. MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 361.

Fruto de la combinación de las características antes mencionadas, en el seno del coaseguro surge un entorno de confianza recíproca que permite reducir tanto los costes de transacción propios de cualquier operación como aquellos comportamientos oportunistas que pudieran originarse. En consecuencia, el valor añadido de la red se ve incrementado, traduciéndose en una mayor eficiencia que beneficia a las compañías del cuadro de coaseguro y, a la postre, al propio tomador en tanto que este podrá obtener la cobertura del riesgo requerida y/o en condiciones más ventajosas. Todos los implicados, pues, salen beneficiados de su existencia.

En atención a la coexistencia de relaciones simultáneas de cooperación y competencia entre las compañías que forman parte del mismo cuadro de coaseguro, se distinguen, claramente, las dos esferas de actuación de cada una de ellas. Así pues, de un lado, se comprometen a operar conjuntamente atendiendo a las reglas dadas en el pacto de coaseguro y, de otro, todas compiten en el mismo mercado necesariamente debido a que todas han de estar autorizadas para operar en el mismo ramo (incendios, vehículos aéreos, ferroviarios o fluviales, etc.) del riesgo objeto de cobertura mediante el coaseguro.

En cuanto a la tipología de red empresarial, el coaseguro parece incardinarse en las estructuras reticulares de tipo paritario dada la simetría existente entre los miembros que la conforman, con independencia de que unos asuman un mayor riesgo que otros. De aquí que, ante la ausencia de un cabeza de red que ocupe una situación de superioridad estratégica respecto de los otros miembros, una gestora será la encargada de desempeñar las funciones principales en atención a la gobernanza y

administración de la red empresarial que sirve de base al coaseguro.

Visto cuanto antecede, cabe concluir que el coaseguro, como categoría híbrida, responde enteramente a la naturaleza propia de la red empresarial y que, además, aglutina y compatibiliza las dos notas básicas que, bajo el criterio de la doctrina más autorizada, son inexcusables en el coaseguro: la colaboración entre distintas entidades competidoras y la función de aseguramiento.

1.5.1 Intereses presentes en el coaseguro

En el coaseguro, como en toda red empresarial, pueden distinguirse dos tipologías de intereses que atienden a una diversa naturaleza: unos de carácter homogéneo, compartidos por todas las compañías que forman parte del cuadro de coaseguro, y otros divergentes.

El interés compartido por todas las compañías del cuadro de coaseguro se identifica con la posibilidad de dar cobertura a riesgos que, individualmente, no podrían asumirse. Todas las coaseguradoras, pues, tienen incentivos para colaborar a fin de lograr la máxima creación de valor y ser, en conjunto, más competitivas en el mercado.

Aumentar la capacidad y las oportunidades de negocio por parte de las aseguradoras que componen el coaseguro, reducir costes de gestión y/o administración (fundamentalmente los relativos a la liquidación del siniestro) y calcular la siniestralidad de manera más precisa son, asimismo, una muestra no exhaustiva de los intereses compartidos presentes en este

tipo de estructuras.

Sin embargo, junto a esto intereses compartidos, coexisten los propios de cada una de las compañías orientados a la apropiación del máximo valor posible que genera el coaseguro; interés singular que se sustantiva en tratar de obtener la máxima prima comercial posible por la cuota del riesgo que le corresponda, así como en tener que asumir la mínima carga posible en cuanto a gastos de gestión y administración⁶⁵³.

Igualmente, otro interés divergente que puede darse en el seno de un coaseguro sería la captación del tomador con la finalidad de ofrecerle aquellos productos de seguro que puedan satisfacer sus necesidades de aseguramiento más allá de las propias del coaseguro, o incluso captar al tomador para que concierte un coaseguro con otra agrupación de entidades (coaseguro, pools de riesgo) de la que dicha compañía sea parte y en la cual obtenga mayores beneficios, por ejemplo, cuotas mayores, menos cargas, que sea la abridora, etc.

⁶⁵³ En similar sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Cooperación empresarial y Derecho de la competencia”, *op.cit.*, p. 28, al referirse a los intereses compartidos y divergentes en el sector vinícola europeo: “Todas ellas comparten el interés de lograr la máxima creación de valor para la red que cada una de ellas identifica como propio, por ejemplo las empresas de producción de vinos europeas y las de distribución norteamericanas implicadas en una alianza estratégica comparten el interés a que se vendan el mayor número de botellas lo más caras posibles, sin perjuicio de que cada una de estas empresas sea además titular de un interés divergente, igualmente legítimo, a la apropiación del máximo valor posible, por ejemplo en forma de precio de las uvas, de gastos de producción o almacenamiento o de beneficios comerciales de puesta en el mercado HORECA norteamericano.”

2. Funcionamiento del coaseguro

Vistas las cuestiones que atañen al coaseguro en general (noción, funciones, figuras afines, problemática en torno a su calificación, su catalogación como red empresarial, etc.) procede, a continuación, ofrecer una visión sobre cómo funcionan en la práctica este tipo de organizaciones.

En primer lugar, se examinarán, por separado, los dos modelos básicos presentes en el mercado europeo. De un lado, la operativa predominante en la Unión Europea, marcada, fundamentalmente, por el importante papel que ejercen los mediadores de seguros en la formación del coaseguro. De otro, la técnica para la formación de coaseguros más comúnmente empleada en España, siendo esta una excepción a la tónica mayoritaria en el territorio de la Unión.

En ambos casos, y a efectos de realizar un análisis paralelo de sus distintos funcionamientos, se analizarán dos cuestiones clave tanto desde la perspectiva de la dinámica del coaseguro como desde la propia de la red empresarial: el liderazgo de este tipo de organizaciones y la elección de los miembros/coaseguradores. Igualmente, en virtud de sus diferentes estructuras, serán abordados otros aspectos relevantes para una correcta comprensión sobre sus respectivos funcionamientos (determinación de la prima, modificaciones del cuadro de coaseguro, etc.).

Por último, se llamará la atención sobre la actual crisis del coaseguro como consecuencia del surgimiento de nuevas fórmulas afines, más económicas y flexibles en cuanto a su función, pero no así en lo que a su

naturaleza jurídica y operativa se refiere. A todas estas cuestiones nos dedicaremos en los siguientes epígrafes.

2.1 Funcionamiento del coaseguro en la Unión Europea y sus principales mercados

En el ámbito de la Unión Europea pueden identificarse diferentes tendencias en el modo de formalizar un coaseguro a través de las cuales cada una de las compañías que participan se responsabilizarán, sin que exista solidaridad alguna entre ellas, de la proporción del riesgo asumida.

Sin perjuicio de lo anterior, y en términos generales, el procedimiento de creación del coaseguro puede describirse de manera simplificada tal y como sigue.

El cliente contacta con un corredor a fin de darle a conocer sus especiales necesidades y preferencias de aseguramiento, ello con un doble objetivo: que le muestre una horquilla con las distintas opciones disponibles en el mercado y le asesore en su elección. El cliente, junto con el corredor, negociará los términos y condiciones para la colocación del riesgo, incluida la prima, con las distintas entidades que, potencialmente, pudieran ejercer el rol de líder del coaseguro. Una vez elegida la compañía que liderará la operación, confirmado que esta no está dispuesta a asumir el riesgo íntegramente y fijados los términos y condiciones del aseguramiento, el intermediario procederá a contactar con otras entidades para que se unan al coaseguro, bajo los mismos términos y condiciones, hasta cubrir la totalidad del riesgo a suscribir, creando así el cuadro de

coaseguro final.⁶⁵⁴

En el ámbito de la Unión Europea se distinguen seis principales mercados de suscripción de riesgos a través de la técnica del coaseguro, a saber, Reino Unido, Alemania, Francia, Países Bajos, España e Italia; Estados miembro que ostentan el 83% de las primas brutas suscritas el todo el territorio de la Unión.⁶⁵⁵

En relación con los mercados de suscripción de Reino Unido, Alemania, Francia, Italia y Países Bajos, señalar que estos vienen caracterizados por el papel esencial que desempeñan los corredores en la colocación del riesgo. En cuanto a Alemania, concretamente, destacar que, a diferencia de lo que sucede en otros mercados, el coaseguro es empleado no solo para la cobertura de riesgos que no pueden ser asumidos por una sola compañía aseguradora (normalmente, grandes riesgos), sino que también se recurre a esta figura para la dispersión de pequeños riesgos, incluso sin ser necesario bajo el punto de vista técnico⁶⁵⁶.

En el mercado español, por su parte y como antes se apuntaba, se aprecia una tendencia distinta a las detectadas en otros Estados miembro toda vez que la tónica general viene marcada por la negociación directa entre aseguradoras que conforman el cuadro de coaseguro, sin intervenir, para tal fin, la acción de ningún corredor que actúe como intermediario

⁶⁵⁴ ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market, New Edition July 2014*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, pp. 113 y 119.

⁶⁵⁵*Ibidem*, p. 115.

⁶⁵⁶*Ibidem*, pp. 117-118.

(aunque también es posible esta segunda opción).⁶⁵⁷ Sobre esta cuestión se volverá con mayor profundidad en el epígrafe correspondiente.

2.1.1 Selección de la gestora

La determinación de la entidad que actuará como líder o abridora del coaseguro tiene lugar en la fase de negociación inicial, siendo los factores que fijarán su elección, esencialmente, los que siguen: la capacidad de suscripción mostrada, la reputación y fortaleza financiera, la experiencia en asegurar el mismo tipo de riesgo que se pretende suscribir, la calidad del servicio prestado, los términos y condiciones que está dispuesto a ofrecer al cliente, así como el precio de la prima. Precisamente, este último factor (el precio de la prima), pese a su transcendencia y aunque intuitivamente pudiera parecerlo, no resulta ser el más relevante de cara a la elección de la líder del coaseguro.⁶⁵⁸

El asesoramiento profesional del corredor, en concreto, su conocimiento del mercado, jugará aquí un papel crucial puesto que su función en la identificación de aquellas compañías que cumplan con los referidos factores determinará, en buena medida, el éxito o el fracaso del coaseguro⁶⁵⁹.

Sin embargo, por lo que al interés del presente trabajo se refiere, conviene llamar la atención sobre otro de los parámetros básicos a

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p.119.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 120.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 121.

considerar por los clientes, asesorados por sus corredores, a la hora de escoger la líder del coaseguro: la capacidad que esta tenga de generar confianza en el resto de operadores.⁶⁶⁰ Que la aseguradora asista correctamente a su cliente (acaecido o no el siniestro), así como la fidelidad mostrada por parte del cliente a la entidad, favorecen la creación de un entorno de confianza recíproca que, a su vez y como se ha venido sosteniendo, puede conducir a una mayor eficiencia del conjunto.

Así las cosas, parece razonable que una aseguradora no muestre una elevada predisposición a ofrecer términos atractivos a un cliente con un historial marcado por la baja fidelidad a su compañía aseguradora de confianza. Por su parte, aquellas entidades que presenten comportamientos oportunistas (por ejemplo, que solo acepten negocios cuando las tarifas son altas y rechacen la renovación si se reducen), serán menos proclives a recibir ofertas por parte de los corredores si estos actúan con la suficiente profesionalidad.⁶⁶¹ La lealtad entre las partes y la perspectiva de operar en el largo plazo son aspectos que facilitan la aparición de confianza; aspectos que, junto con los factores antes referidos, se erigen como componentes clave a la hora de proceder a la elección del líder de la operación.

Estos criterios son los preponderantes en cuanto a la elección de la abridora o líder del coaseguro bajo el punto de vista del cliente, esto es, desde la perspectiva de la dimensión externa del coaseguro. Ahora bien, partiendo de la existencia de ciertos intereses compartidos entre las coaseguradoras, parece razonable pensar que, además de los factores arriba

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 120.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 122.

referidos, operará una lógica interna diferente que exija prestar atención a criterios de diversa naturaleza.

En este sentido, llamar la atención sobre un aspecto que, si bien desde la perspectiva del cliente no resulta especialmente relevante, alberga especial interés desde la lógica interna de la red: que la líder de la operación sea la aseguradora que asuma la mayor parte del riesgo cubierto por el coaseguro, pues la lógica interna de la red apunta a que esta será aquella que mayor interés tenga en su correcto funcionamiento puesto que es la entidad que más tiene que perder a consecuencia de su mayor exposición.

Lo antedicho viene referido, en exclusiva, a los incentivos presentes en el resto de aseguradoras de cara a participar en el coaseguro. Cuestión distinta será si, finalmente, formarán parte del mismo toda vez que, pese a su interés, la decisión sobre su participación recaerá en exclusiva sobre el cliente asesorado por su corredor.

2.1.2 Elección del resto de miembros del coaseguro

Cuando por imposibilidad técnica una aseguradora no puede (o no desea) asumir el riesgo total o, de ser posible, el cliente prefiere diversificar el riesgo colocándolo en varias entidades, determinada la líder del coaseguro, el corredor comenzará a entablar negociaciones con otras compañías (denominadas “seguidoras”) que pudieran estar interesadas en formar parte de la concreta operación.

Las entidades seguidoras serán invitadas a aceptar la cobertura del

mismo riesgo en los mismos términos y condiciones que la líder (definiciones, deducibles, límites del riesgo y delimitaciones del derecho, exclusiones, etc.), pero no necesariamente la prima⁶⁶². De hecho, con frecuencia se ofrece formar parte del coaseguro a aquellas entidades que, finalmente, no fueron elegidas como gestoras de la red.⁶⁶³

En este sentido, desde el punto de vista racional, proponer a las aseguradoras que fueron rechazadas en un primer momento como abridoras parece enteramente aceptable puesto que las mismas en su momento ya realizaron los análisis necesarios de cara a ofrecer su propuesta; estudios cuya elaboración comportan una serie de gastos y que pueden ser amortizados al participar como seguidoras en la operación. Si, por el contrario, el corredor no consigue cubrir la totalidad del riesgo bajo los mismos términos y condiciones que los pactados con la líder del coaseguro, puede volver a renegociar con esta una forma distinta de estructurar la colocación del riesgo.

En última instancia, el corredor también puede configurar una nueva carta de términos y condiciones y ofrecerla a las potenciales seguidoras para que se unan al coaseguro, siendo esta opción la menos deseada por las complicaciones que puede entrañar en su funcionamiento al verse fragmentado.⁶⁶⁴ Desde la lógica de la red empresarial, esta opción *in*

⁶⁶²Concretamente, en Dinamarca, Bélgica y Reino Unido parece frecuente en la práctica aseguradora la existencia de una prima (o comisión) adicional a favor de la cabeza de red como contraprestación por los servicios prestados en su virtud, fundamentalmente aquellos referidos a costes de administración y gestión. *Ibidem*, p. 125.

⁶⁶³Práctica esta habitual en el mercado asegurador español. *Ibidem*, pp. 124 y 128.

⁶⁶⁴*Ibidem*, pp. 123 y 125.

extremis resulta igualmente sostenible pues no parece que crear una estructura cuyo funcionamiento sea heterogéneo suponga un valor añadido; de hecho, quizás todo lo contrario.

Los factores que determinarán la elección de aquellas compañías seguidoras son similares a los criterios empleados para escoger a la líder de la operación, con la diferencia de que, en esta segunda fase, el número de candidatos que optan a ser seguidores se amplía. Igualmente es remarcable que, pese a la importancia que representa el precio a pagar por la prima de seguro, aspectos como la fortaleza financiera, la experiencia, la reputación o la satisfacción en las negociaciones previas gozan, igualmente, de un peso significativo en la elección final.⁶⁶⁵ La competencia entre las entidades aspirantes a ser parte del coaseguro, pues, no solo se basa en términos económicos, sino también en todos estos atributos atractivos para el cliente, asesorado este por su corredor.

Elegidas las seguidoras, se ofrecerá a la abridora del coaseguro el contrato para su firma el cual, posteriormente, deberá ser suscrito por las seguidoras a fin de determinar el cuadro de coaseguro definitivo.

Por último, conviene recordar que lo antedicho describe en líneas generales la dinámica de la formación del coaseguro en el ámbito europeo, dinámica que, por su parte, presenta innumerables variantes. De ahí que se haya optado por sintetizar la tendencia dominante en el conjunto del territorio de la Unión.

⁶⁶⁵ Conclusiones extraídas del *Table 28: Selected examples from respondents on the process of selection of leaders and followers. Ibidem*, pp. 126 y 128.

2.1.3 Determinación de la prima

En el ámbito de la Unión Europea, los mecanismos empleados para la determinación de la prima en el coaseguro son diversos, pudiéndose clasificar bajo las siguientes modalidades: la fijación de la prima con base en las cotizaciones suministradas por las distintas entidades aseguradoras; a partir de la tarifa dada por la líder del coaseguro; la negociada con base en la propuesta realizada por el cliente con asesoramiento del corredor o a través de la marcada por el propio corredor.⁶⁶⁶

En el plano teórico, las seguidoras gozan de plena libertad a efectos de postularse como tales una vez ha sido elegida la abridora del coaseguro; libertad que, entre otras, se expresa a través del precio de la prima ofertado al cliente. Sin embargo, en la práctica, se aprecia una clara tendencia en cuanto a la alineación de la tarifa de la prima por parte de todos los miembros del coaseguro a la marcada inicialmente por la abridora de la operación⁶⁶⁷.

Ello es así debido a que, pese a la ausencia de obligación de revelar el precio de la prima determinado por la líder del coaseguro elegida en una fase previa, por lo general, esta información es transmitida a las potenciales aseguradoras que deseen entrar a formar parte de la red del coaseguro⁶⁶⁸; operativa que es, a la postre, susceptible de favorecer la aparición de

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 133.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 128.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 137.

determinadas conductas restrictivas de la competencia fruto de la alineación de los precios de la prima de seguro entre la líder y las seguidoras, especialmente cuando para la configuración del coaseguro interviene la figura del corredor.⁶⁶⁹

Al hilo de lo anterior, resulta incontrovertido que la posibilidad de elegir un mecanismo u otro a efectos de determinar la prima en el coaseguro es consecuencia directa de la aplicación del principio de la libertad de empresa postulado en el artículo 38 de la CE. Ahora bien, como es sabido, la Defensa de la competencia se configura como un presupuesto y un límite de la misma que habrá de ser tenido en cuenta, ello sin que su acción constituya una restricción de la libertad económica⁶⁷⁰.

En virtud de lo anterior, parece razonable poner en tela de juicio el carácter inocuo de esta práctica desde el prisma de la Defensa de la competencia, toda vez que la referida fijación de precios podría ser

⁶⁶⁹ Este problema ya se puso de manifiesto en el documento de trabajo publicado el año 2007 con vistas a analizar la conveniencia de la renovación del Reglamento de Exención del sector asegurador vigente en aquel momento: “On reinsurance and coinsurance, the inquiry looked at arrangements whereby ad hoc (re)insurance syndicates are formed, particularly with the assistance of brokers. It found that, while use of a formal “best terms” clause appears currently to be in decline, it is nonetheless widespread practice in the market to conclude such agreements on identical terms for all participants, including, most worryingly, premiums. To the extent that this involves agreements or concerted practices between undertakings, these may well fall within the scope of Article 81(1) and there are indications that they might then fail to meet all the conditions of Article 81(3). However, this would need to be determined on a case-by-case basis.” *Commission Staff Working Document Accompanying the Communication from the Commission Sector Inquiry under Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 on business insurance (Final Report)*, p. 86.

⁶⁷⁰ *Vid.* SSTC 88/1986, de 1 de julio (*ECLI:ES:TC:1986:88*); 1/1982, de 28 de enero (*ECLI:ES:TC:1982:1*); 208/1999, de 11 de noviembre (*ECLI:ES:TC:1999:208*); 71/2012, de 16 de abril (*ECLI:ES:TC:2012:71*).

constitutiva de una conducta restrictiva del mercado.

Sin perjuicio de lo antedicho, procede traer a colación el siguiente razonamiento. Dado que con frecuencia los potenciales seguidores han sido, en una fase anterior, las compañías que compitieron por ser las líderes de la operación de coaseguro y no salieron vencedoras al ofrecer condiciones menos ventajosas que la finalmente elegida, podría deducirse que la tarifación de la prima marcada por la líder en un procedimiento competitivo es la opción óptima, cuya rebaja podría no ser aconsejable dado que ninguna otra entidad pudo ofrecerlo desde el principio. Así las cosas, podría considerarse que la prima marcada por la compañía líder se configurase, más que como una práctica restrictiva de la competencia imbricada en el art. 101.1 del TFUE, como una situación de equilibrio natural de mercado.⁶⁷¹

2.2 Funcionamiento del coaseguro en España

Así como en la mayor parte del territorio de la Unión Europea la técnica del coaseguro viene impulsada, y casi determinada, por las actividades de intermediación desarrolladas por corredores especializados, en España la configuración de este tipo de estructuras en el sector asegurador se encuentra menos evolucionada, siendo habitual que, sin la intervención de ningún tipo de intermediario, la formación del coaseguro

⁶⁷¹ Argumento ofrecido por un corredor del Mercado londinense que participó en el estudio. Vid. ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 138.

se negocie directamente entre las propias aseguradoras⁶⁷².

Por consiguiente, tal y como se ha hecho antes en relación con la modalidad de formación del coaseguro predominante en la Unión Europea, resulta pertinente analizar qué aspectos dotan al coaseguro en España de especiales características en cuanto a su funcionamiento, tanto desde una perspectiva externa como interna; cuestiones a las que se hará referencia en subsiguientes líneas.

2.2.1 El acuerdo preliminar de coaseguro

La compleja forma de operar, unida a la pluralidad de operadores y vicisitudes varias que pueden darse en el seno del coaseguro (insolvencia de una de las aseguradoras, impago de las primas, liquidación del siniestro, etc.), hacen que sea un contrato de ejecución compleja alejado del funcionamiento de un seguro convencional⁶⁷³. De aquí que resulte incontestable que buena parte del éxito o del fracaso del coaseguro traiga causa de su propia gobernanza.

En clave de red empresarial, el factor fundamental a la hora de lograr el correcto funcionamiento del coaseguro, tal y como se ha analizado en Capítulos anteriores, se identifica con un diseño basado en la adecuada ponderación de los intereses compartidos y divergentes propios y legítimos de cada aseguradora, respetando lo pactado entre ellas y potenciando, en última instancia, la actuación en interés de la red.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 119.

⁶⁷³ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 269.

Las reglas de funcionamiento que rigen el coaseguro se concretan en el denominado “acuerdo preliminar entre aseguradores”, pudiendo este revestir distintas formas. Así, en palabras de MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “puede producirse, en efecto, con carácter aislado e inmediato frente a un supuesto concreto o, por el contrario, adoptar una forma estable en virtud de la cual los aseguradores se obligan de modo general a cubrir determinados riesgos bajo el régimen de coaseguro.”⁶⁷⁴

El artículo 33 de la Ley del contrato de seguro hace referencia expresa al “pacto de coaseguro” y, junto a este, menciona la existencia de un “acuerdo previo” entre aseguradoras con el fin de repartir las cuotas a asumir por la cobertura conjunta del mismo riesgo⁶⁷⁵.

Por lo que ahora nos ocupa, el único acuerdo relevante a efectos del objeto del presente trabajo es el “acuerdo previo o preliminar”⁶⁷⁶, toda vez que es aquel del cual son parte, exclusivamente, los aseguradores y cuya misión es servir de base para la construcción, regulación y organización del coaseguro. No obstante, pese a venir referidos a planos diferentes, no puede obviarse que tanto “el pacto de coaseguro” como el “acuerdo previo

⁶⁷⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro”, *op.cit.*, p. 11/12 (versión electrónica).

⁶⁷⁵ Art. 33 de la LCS: “Cuando mediante uno o varios contratos de seguros, referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, *previo acuerdo* entre ellos y el tomador, (...), si en el *pacto de coaseguro* existe un encargo a favor de uno o varios aseguradores para suscribir los documentos contractuales (...).”

⁶⁷⁶ También denominado pacto de coaseguro “interno” en oposición al “externo”, del cual sí forma parte el tomador y no solamente las aseguradoras partícipes del coaseguro. SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 721.

o preliminar” forman parte de una misma realidad, quedando, indefectiblemente, relacionados entre sí⁶⁷⁷. Estructura esta que, por otra parte, es frecuente en otros sectores aledaños al asegurador. Los préstamos sindicados serían, en este sentido, un claro ejemplo de tal afirmación⁶⁷⁸.

El contenido fundamental, de conformidad con el artículo 33 de la Ley del contrato de seguro, es el relativo a la distribución del pago de la indemnización entre las distintas aseguradoras que forman parte del coaseguro, indicando la referida Ley que esta habrá de hacerse en proporción a la cuota respectiva. Ahora bien, esta manera de determinar la asignación de las cuotas, lejos de ser un precepto imperativo⁶⁷⁹, será aplicable, en exclusiva, salvo pacto en contrario, permitiéndose así un diseño adecuado del funcionamiento del coaseguro acorde a las necesidades específicas del mismo⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ En este sentido: “Uno y otro pacto, aun cuando son diversos, están vinculados o coligados entre sí, en el sentido de que buena parte de la actuación de los aseguradores viene determinada por el acuerdo preliminar, cuyo incumplimiento a la hora de suscribir el contrato o contratos de seguro con el tomador puede generar una responsabilidad de un asegurador frente a los demás aseguradores agrupados (v.gr. al emplear una cláusula de coaseguro diversa a la convenida entre los aseguradores o al suscribir un contrato, etc.), que tendrá las consecuencias entre los aseguradores que hayan previsto en ese acuerdo preliminar”. SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, pp. 721-722.

⁶⁷⁸ Para un completo análisis, *vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., “«Shadow banking» y financiación sindicada”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 145, 2017, pp. 205-226.

⁶⁷⁹ Nótese que el carácter imperativo es la norma general predicada de la Ley de contrato de seguros, ello de conformidad con su art. 2, siendo el acuerdo previo del coaseguro, por tanto, una suerte de excepción o privilegio a la regla.

⁶⁸⁰ Sin embargo, para que cualquier pacto contenido en el acuerdo previo de coaseguro surta efectos frente al tomador/asegurado, nótese que deberá ser conocido y aceptado expresamente por dichas figuras a través del pacto de coaseguro.

Más allá de lo antedicho, lo cierto es que no hay disposición adicional alguna referida al contenido mínimo que deba contener este acuerdo o pacto preliminar de coaseguro. De aquí la extraordinaria libertad concedida a las entidades a fin de confeccionar y modelar el funcionamiento del coaseguro; plasticidad propia de cualquier red contractual que facilita la adaptación del coaseguro a los nuevos escenarios y contribuye a la mejora de la eficiencia⁶⁸¹.

Junto a la distribución de las cuotas, es frecuente encontrar en estos pactos preliminares cuestiones relativas a la entrada en el coaseguro de entidades distintas de las originales, la exclusión de determinadas compañías, los modelos de póliza o de condiciones generales a emplear en los contratos suscritos por el tomador, las tarifas que habrán de aplicarse al seguro, así como, en su caso, la autorización a una o varias de las aseguradoras para la llevar a cabo la gobernanza de la misma, a la que nos referiremos seguidamente⁶⁸².

2.2.2 La abridora del coaseguro como gestora de la red

Como se ha puesto de manifiesto, la gobernanza es el pilar fundamental sobre el cual pivota el coaseguro a fin de facilitar su óptimo funcionamiento. En su virtud, resulta necesario autorizar a una o varias de las aseguradoras que participan del mismo para que, además de actuar en representación de las otras compañías, gestionen y coordinen su

⁶⁸¹ MILES, R.E. y SNOW, C. C., “The new network firm: A spherical structure built on a human investment philosophy”, *op.cit.*, p. 6.

⁶⁸² SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 722.

funcionamiento⁶⁸³. La ausencia de esta figura se antoja como un supuesto teórico alejado de la práctica⁶⁸⁴.

Dado que los miembros que forman parte del mismo coaseguro se dedican al mismo sector (asegurador), presentan una gran capacidad financiera (casi siempre multinacionales), no existe poder de mercado (este es altamente competitivo) y todos ellos se encuentran ubicados en el mismo nivel de la cadena de producción (seguro directo), no parece plausible la existencia de una compañía que pueda ejercer poder o autoridad de manera evidente sobre las otras, estando, a diferencia de lo que sucede en las redes hegemónicas, en un plano de igualdad.

Asimismo, la interdependencia entre estas coaseguradoras se muestra más homogénea, permitiendo una mayor colaboración entre ellas.⁶⁸⁵ En su virtud, si bien en la terminología aseguradora quien asume

⁶⁸³ Lejos de esta concepción se sitúan algunos autores tales como CUÑAT EDO, VICENT CHULIÁ o RODRÍGUEZ RAMOS, para quienes el reconocimiento por parte del legislador de la figura del asegurador delegado merece ser criticada. Sobre la cuestión, *vid.* MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p.277-281.

⁶⁸⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 729; MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 270.

⁶⁸⁵ En tal sentido, *vid.* GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit., p. 77.

este rol recibe el nombre de “abridora”⁶⁸⁶, “líder”⁶⁸⁷ o “aseguradora delegada”⁶⁸⁸, en clave de red dicha figura se identifica con “el/la gestor/a”: el operador central cuya misión consiste en la realización de tareas de gestión y coordinación entre todas las coaseguradoras de forma tal que coadyuven a la consecución del interés común de la red⁶⁸⁹.

La aseguradora que actúa como gestora, además de coincidir, casi siempre, la entidad que asume la mayor parte del riesgo cubierto, ha de ser necesariamente un miembro de la red de coaseguro, siendo imposible para cualquier compañía ajena al mismo ostentar tal rol⁶⁹⁰. Y esto tiene sentido toda vez que el éxito o fracaso del coaseguro va a venir determinado, en gran parte, por el correcto desempeño de la abridora como gestora de la red.

En su virtud, parece razonable afirmar que el miembro de la red que

⁶⁸⁶ Término que parece ser el más empleado por la doctrina en general. Así GARRIGUES o MUÑOZ PAREDES. *Vid.* GARRIGUES, J., “Estudio sobre el contrato de seguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 109-110, parte Estudios, 1968, p. 511. Expresamente, el autor se refiere a esta denominación como la empleada en la terminología aseguradora. MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, *op.cit.*; MUÑOZ PAREDES, J.M., “La representación procesal de la abridora en el coaseguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 235, 2000, pp. 179-200; MUÑOZ PAREDES, J.M., “A vueltas con la representación procesal de la abridora en el coaseguro (Comentario a la STS de 3 de marzo de 2000)”, *Revista española de seguros*, Núm. 105, 2001, pp. 119-135.

⁶⁸⁷ Esta terminología, pese a no hallarse en ningún texto normativo, suele ser la empleada en los estudios dedicados al análisis del mercado asegurador en el ámbito de la Defensa de la competencia.

⁶⁸⁸ Este término parece ser el más empleado por SÁNCHEZ CALERO con el fin de hacer referencia a dicha figura. *Vid.* en este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, pp. 715-743.

⁶⁸⁹ *En este sentido, vid. página....*

⁶⁹⁰ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, *op.cit.*, p. 280.

presenta un mayor interés en que se lleve a cabo un correcto funcionamiento del coaseguro coindice con el que más tiene que perder a consecuencia de su mayor exposición en términos de riesgo. Su elección como gestora resulta lógica pues, dicha opción, al menos *a priori* y desde su diseño, contribuye de manera decisiva a la merma de comportamientos oportunistas, bien propios (pues la principal interesada es ella), bien ajenos (ejercerá un control más eficiente sobre el resto de operadores).⁶⁹¹

SÁNCHEZ CALERO señala que la designación de un asegurador delegado obedece a la necesidad de intentar conciliar intereses contrapuestos en el coaseguro. De un lado, el reparto económico del riesgo entre varios aseguradores que solo quieren ser responsables por la cuota asumida, con exclusión de la posible responsabilidad de unos sobre las cuotas de los demás; de otro, que el coaseguro tiene su razón de ser en un fenómeno unitario que trae causa de la asunción de un mismo riesgo e interés.⁶⁹² Sin embargo, a mi juicio, el autor deja de lado aquí una cuestión esencial: no solo se trata de conciliar aquellos intereses contrapuestos, sino

⁶⁹¹ Nótese que el grado de exposición de cada miembro en las formas de coaseguro más extendidas en el territorio europeo, a diferencia de lo que sucede en la dinámica española, no es un factor muy relevante a la hora de escoger cuál de todas las potenciales abridores será la elegida como gestora de la red.

⁶⁹² SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 729. Añade el autor que: “Para conciliar ese fraccionamiento de la garantía ofrecida por los coaseguradores con esa unidad del interés asegurado y de la situación similar en la que se encuentran los distintos aseguradores, surge la cláusula de la delegación, que intenta precisamente –como se ha dicho– conciliar esos intereses contrapuestos. Se desea, por medio de esa cláusula, obtener un menor costo en la gestión de la póliza frente al asegurado y, al mismo tiempo, una mayor protección para el propio asegurado frente a todos los aseguradores a la hora de que éstos tengan que cumplir con las obligaciones y deberes que surgen del contrato. Al mismo tiempo, se quiere facilitar igualmente el cumplimiento de los deberes y obligaciones a cargo del asegurado.”

de potenciar la colaboración entre los coaseguradores en pro del interés compartido a fin de obtener una mayor eficiencia en el funcionamiento de conjunto.

En consecuencia, las funciones de la abridora, como gestora de la red, no solo deberán estar encaminadas a la gestión de aquellos intereses divergentes, sino que deberán ir orientadas a la creación de un valor que sitúe a esa red de coaseguro en una posición más competitiva: bien porque permita la cobertura de un riesgo que, de otra manera, no habría sido posible asumir, bien por su consecución en términos de una mayor eficiencia.

Que la gestora haya de ser necesariamente una aseguradora que participa del coaseguro no es óbice para que, dentro de las facultades que le hayan sido conferidas, esta no pueda delegar ciertas funciones típicas en terceros ajenos a la red tales como la emisión de la póliza o el cobro de la prima y su ulterior reparto entre las compañías que forman parte del coaseguro⁶⁹³. Ello se explica, precisamente, debido al elevado peso que la eficiencia desempeña en el correcto funcionamiento del coaseguro.

Así las cosas, buena parte de las tareas típicas que deberían ser desempeñadas por la abridora en función del papel que ostenta como gestora de la red pueden ser delegadas a un operador fuera de la misma, siempre que más allá de que dicha delegación haya sido pactada por los miembros de la red en el acuerdo preliminar del coaseguro, se justifique

⁶⁹³ Sobre la posibilidad de la delegación de ciertas funciones típicas de la abridora en un tercero, MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 280.

con base en la eficiencia que genera⁶⁹⁴.

Otro aspecto que merece ser destacado es la posibilidad de que exista una pluralidad de aseguradoras que, conjuntamente, ejerzan como gestoras en la misma red de coaseguro; posibilidad que, por su parte, se encuentra plenamente admitida a tenor de lo dispuesto en el art. 33.2 de la Ley del contrato de seguro⁶⁹⁵.

En torno a esta cuestión, el primer problema que se suscita viene referido a cómo habrán de actuar las abridoras en caso de ser más de una las autorizadas para asumir tal cargo. Al respecto, la Ley del contrato de seguro guarda silencio, y tampoco el Código Civil ofrece una solución unívoca a tal cuestión⁶⁹⁶, dejando, pues, a voluntad del conjunto de operadores que conforman el coaseguro la capacidad para gestionar la gobernanza del mismo, siendo el único límite a tal libertad lo dispuesto en el acuerdo preliminar⁶⁹⁷. Así las cosas, a efectos de determinar si las compañías designadas como gestoras actuarán de forma mancomunada o solidaria y sobre qué actuaciones recaerá una u otra, será necesario recurrir a lo establecido por los miembros del coaseguro en el acuerdo previo.

⁶⁹⁴ Además de los corredores, este tercero ajeno a la red puede ser un organismo creado por las propias compañías, tal y como el *Bureau Central de Répartition* en Francia. Vid. MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 280.

⁶⁹⁵ Dispone tal artículo que “(...) si en el pacto de coaseguro existe un encargo a favor de uno o varios aseguradores para suscribir los documentos contractuales o para pedir el cumplimiento del contrato o contratos al asegurado en nombre del resto de los aseguradores, (...)”.

⁶⁹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, op.cit., p. 731.

⁶⁹⁷ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, op.cit., p. 2.906: “In this way the freedom of network members is limited to the framework specified by the contract, and this transfers the decisions on such questions to the network head”.

Sea como fuere, y pese a que el plano teórico la pluralidad de gestoras se presente como un desafío, lo cierto es que no parece que este sea un problema en la práctica dado que normalmente es una única entidad la designada. Por su parte, tampoco puede afirmarse que los conflictos suscitados por el nombramiento de la abridora sean fuente de numerosos litigios⁶⁹⁸.

En otro orden de cosas, resulta oportuno señalar que, fruto de la delegación de determinadas funciones a favor de la abridora, surgirán una serie de derechos y deberes atribuibles propios. Derechos y deberes que, a su vez, se expresarán de distinta forma en función de la dimensión de la red. Así pues, mientras que en el plano interno del coaseguro la abridora ejercerá como *mandataria*, en la dimensión externa hará lo propio como *representante* de todas las compañías de cara a terceros ajenos a la red del coaseguro. A estas cuestiones nos dedicaremos a continuación.

2.2.2.1. Actuación de la abridora en la dimensión interna del coaseguro

La doctrina y la jurisprudencia se muestran prácticamente unánimes a la hora de calificar la relación existente entre la abridora y los coaseguradores como un mandato con representación⁶⁹⁹, el cual presenta las siguientes características: es un mandato *in rem propriam*, de

⁶⁹⁸ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 276.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 286. El autor detalla qué autores se han mostrado partidarios de esa tesis, así como algunas sentencias (aunque escasas) en las que se plasma esta realidad.

naturaleza mercantil, especial y, asimismo, colectivo⁷⁰⁰.

Consecuencia directa de esta caracterización, habida cuenta de las vicisitudes y especialidades propias del negocio asegurador, nacerán distintos derechos y deberes típicos atribuibles a la gestora de la red de coaseguro.

Por lo que a los derechos se refiere, la actuación de la gestora habrá de ser retribuida cuando así se haya pactado, lo cual sucede en la mayor parte de las ocasiones. Igualmente, el resto de coaseguradores estarán obligados tanto a reembolsar a dicha compañía cuantos gastos este haya anticipado como a facilitar las cantidades requeridas para desempeñar las funciones que le fueran encomendadas en el acuerdo preliminar del coaseguro.⁷⁰¹

⁷⁰⁰ “Este mandato nutre la relación interna entre el “abridor” y el resto de los coaseguradores; también surge de esa relación el poder de representación de aquél respecto a éstos. El mandato con representación, que vincula al “abridor” con los demás coaseguradores tiene algunas notas características que voy a apuntar: 1º. Nos hallamos ante un mandato mercantil (el “abridor” es empresario y los actos que realiza están dentro del ámbito mercantil) al que por consiguiente son de aplicación las normas contenidas en el artículo 241 y siguientes del Código de Comercio, que se han de completar con las del Código Civil (cfr. Arts. 2 y 50 del CCom). 2º Ha de considerarse como un mandato especial, en cuanto que se refiere al cuidado y gestión de uno o varios contratos de seguro. 3º Es un contrato colectivo ya que los mandantes son varios (el resto de los coaseguradores). 4º Se trata de un mandato *in rem propriam* ya que el asegurador delegado participa en una comunidad de intereses con el resto de los coaseguradores en lo relativo al desarrollo de la relación aseguradora. Ciertamente, no todos los intereses serán iguales, dado que cada asegurador tiene una responsabilidad proporcional a su cuota, pero sí es evidente una coincidencia de intereses.” *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, pp. 732-733.

⁷⁰¹ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, *op.cit.*, pp. 339-342.

Mayor atención exigen aquellos deberes asumidos por la abridora del coaseguro como gestora. En términos generales, siempre que así se les haya impuesto a través del acuerdo preliminar del coaseguro, destacar el deber que recae sobre esta de cara a coordinar la firma de la póliza y cualquier tipo de documento contractual por parte de todas las coaseguradoras, la gestión del siniestro, así como cobrar la prima y distribuir conforme a la cuota de asunción del riesgo la parte que corresponda a cada coaseguradora o la contratación del reaseguro por cuenta común, en su caso⁷⁰².

Junto con los anteriores, deben enumerarse los siguientes deberes generales que recaen sobre la abridora como consecuencia natural del contrato de mandato con representación del cual trae causa su nombramiento: seguir las instrucciones contenidas en el acuerdo preliminar del coaseguro a fin de ejecutar el encargo; mantener debidamente informados al resto de coaseguradores sobre la gestión realizada y, en especial, dar parte, cuando proceda, sobre la comunicación del siniestro⁷⁰³ así como conservar y custodiar la documentación y ponerla

⁷⁰² *Ibidem*, pp. 337-338.

⁷⁰³ Precisamente la existencia de deberes especiales de información entre los miembros del coaseguro es una característica esencial propia de los contratos en red; deber que, si bien se acentúa en el caso de la abridora, también existe en el resto de coaseguradoras. “Existen grandes flujos de información que se comunica en las redes entre sus miembros, incluso de ámbito contable, igual que existe un nivel mucho más intenso de inmisión en el negocio ajeno entre los miembros de la red que entre empresarios ajenos a una relación de red, que jamás admitirían la inmisión que se produce en el ámbito de las redes por parte de otro empresario con el que contrataran. Los niveles de información e inmisión en el negocio ajeno en los casos de existencia de una relación de red son exponencialmente más elevados que aquellos que se producen en relaciones de mercado. Y ello no es solo un hecho sino expresión de la existencia de especiales deberes de información entre los miembros de la red

disposición de los otros miembros de coaseguro.

Visto lo anterior, quizás el aspecto más destacable venga referido al deber de seguir las instrucciones dadas en el acuerdo preliminar de coaseguro suscrito por todas las entidades que conforman la red del coaseguro. Ello es así, pues, pese a ser este un deber que ha de asumir la abridora como mandataria, lo cierto es que en la mayor parte de los casos está facultada para actuar con plena libertad según su mejor criterio y cuidando el negocio como propio. En consecuencia, los coaseguradores habrán de confiar en el buen saber hacer de la aseguradora gestora en el ejercicio de su cargo, pudiendo llegar incluso a abstenerse de interferir en el desempeño de sus funciones⁷⁰⁴, lo cual puede hacer que, en cierto modo, se desvirtúe el mandato que sirve de base a su actuación.

Este razonamiento, conduce a reflexionar sobre la naturaleza del vínculo que une a la gestora y al resto de aseguradoras participantes del coaseguro y plantea su posible reconducción a la gestión de negocio ajeno⁷⁰⁵ en tanto que la existencia de instrucciones dadas por las coaseguradoras resulte, en la mayoría de los supuestos, más que

derivados de la intensificación del deber de actuar de buena fe.” *Vid.* RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *op.cit.*, p. 18.

⁷⁰⁴ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, *op.cit.*, p. 335.

⁷⁰⁵ La relación de gestión es “aquella relación jurídica en la cual una persona, denominada gestor, se obliga a realizar una actividad o prestación de servicios a favor de otro, denominado principal, actuando por cuenta e interés ajenos, mediante la realización de actos o negocios jurídicos, dirigidos a cumplir los fines económicos encomendados por el principal”. *Vid.* GÓMEZ ASENSIO, C., *El deber de lealtad en las redes empresariales: los interproveedores*, *op.cit.*, p. 73, extrayendo la definición dada por RIBAS FERRER, en RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, 2010, p. 32.

cuestionable, ello en virtud del sometimiento de su actuación a sus propios criterios⁷⁰⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, esto no significa que la abridora, como gestora de la red, pueda desempeñar sus funciones sin ningún tipo de limitación pues, de ser así, supondría facilitar la aparición de comportamientos individualistas que pudieran comprometer la consecución del interés compartido por la red. Por consiguiente, la imposición de especiales deberes de comportamiento y lealtad que afecten a la abridora deviene acuciante a fin de garantizar que la gestión del coaseguro vaya orientada al interés compartido entre todos los miembros⁷⁰⁷.

Así las cosas, sobre la actuación de la gestora recaerán deberes especiales en aras de proteger el interés compartido por todas las

⁷⁰⁶ Si bien se ha señalado que la doctrina mayoritaria califica el vínculo existente entre los coaseguradores y la abridora como un contrato de mandato con representación, conviene aquí llamar la atención sobre la tesis defendida por HÜBENER, quien defiende su calificación como un contrato atípico que tiene por objeto una gestión de negocios. Por su elevado interés ilustrativo a los efectos que ahora nos ocupan, se reproduce el extracto recogido de dicho autor por MUÑOZ PAREDES: “Hemos de señalar -dice HÜBENER- que la delegada, en el marco de sus facultades, no está vinculada por las instrucciones de los coaseguradores, sino que la particularidad de este supuesto se encuentra, precisamente, en que contrariamente a lo normal, en la cláusula de delegación típica debe hablarse de una vinculación de los coaseguradores (respecto a las decisiones que tome la abridora). Partiendo de esto, no puede admitirse conceptualmente que se trate de un contrato de servicios, ni tampoco como un contrato de gestión de negocios como el mandato del 662 BGB, pues ambos requieren necesariamente la obligación de seguir las instrucciones del mandante, obligación que puede ser más o menos fuerte en cada caso”. En MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit. p.288.

⁷⁰⁷ En similar sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, *op.cit.*, p. 2.908.

coaseguradoras que participan del coaseguro, a saber, el deber de actuación conforme a las exigencias de la buena fe⁷⁰⁸ y sus derivados, el deber de diligencia⁷⁰⁹, así como el deber de lealtad.⁷¹⁰

Ahora bien, de cara a lograr un funcionamiento adecuado de la red de coaseguro, estos especiales deberes habrán de estar también presentes en todos sus miembros, sin perjuicio, no obstante, de que su intensidad sea superior en el caso de la abridora. Ello es así debido a que la misión fundamental de estos especiales deberes de conducta consiste en preservar la armonía en las relaciones entre los miembros del coaseguro⁷¹¹ que permita generar un entorno favorable tanto al fortalecimiento de la confianza como a las relaciones de interdependencia.

Sin embargo, desde la óptica de la Defensa de la competencia, la presencia de un grado elevado de confianza y de respeto entre los propios competidores que participan en una misma red de coaseguro y entre estos y la líder podría ser observada con sospecha por parte de las autoridades

⁷⁰⁸“Admitida claramente en nuestro ordenamiento la exigencia de buena fe en la estipulación de los contratos y en su ejecución, ésta exigencia es todavía más intensa en casos como el de las redes contractuales en los que los contratantes quedan vinculados por largos períodos comparten una misma posición de mercado frente a los restantes competidores, comparten tecnología y marcas, organizan su empresa de acuerdo con las necesidades de la red y comparten intereses.” *Vid.* RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *op.cit.*, p. 17.

⁷⁰⁹ “También trae causa en la intensificación del deber de buena fe propia de las redes la existencia de especiales deberes de diligencia que pesan sobre sus miembros, y especialmente respecto a quien dirige la red. Quien dirige la red debe hacerlo diligentemente.” *Vid.* RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *op. cit.*, p. 18.

⁷¹⁰GÓMEZ ASENSIO, C., *El deber de lealtad en las redes empresariales: los interproveedores*, *op.cit.*, p.74.

⁷¹¹NARVÁEZ BONET, J.E., “El coaseguro”, *op.cit.*, 2012, p. 135.

competentes. Un claro ejemplo de lo antedicho se aprecia en la *Decisión Lloyd's/ILU*⁷¹².

2.2.2.2 Actuación de la abridora en la dimensión externa del coaseguro

La doble dimensión que presenta el coaseguro obliga a examinar, junto a los vínculos internos entre los distintos coaseguradores mencionados, aquellas relaciones de la red del coaseguro con terceros ajenos a la misma. Nos referiremos aquí a tareas de gestión y administración fundamentalmente relacionadas con el tomador y/o asegurado; tareas que, bajo ninguna circunstancia, habrán de ser calificadas como actividades de mediación⁷¹³.

⁷¹²El asunto referido trae causa de un acuerdo (el “Respect of Lead Agreement”) suscrito entre dos asociaciones de aseguradoras que agrupaban al 90% de los suscriptores operativos en el seguro marítimo londinense: el “Institute of London Underwriters” (en adelante “ILU”) y la “Lloyd’s Underwriters Association” (en adelante “LUA”). En el referido acuerdo se establecía que los primeros aseguradores que suscribían un seguro de casco debían poder seguir actuando como tal cuando se renovara la póliza, prohibiendo, así, que los seguidores u otros líderes potenciales tratasen de liderar la renovación. Ello implicaba la privación a otros aseguradores de la posibilidad de formular una oferta o competir para la renovación del seguro y a los armadores de elegir entre distintos aseguradores, eliminando, en consecuencia, la posibilidad de verse beneficiados por los precios más bajos que resultarían de la natural competencia entre los distintos potenciales líderes. En este sentido, la Comisión entendió que el referido acuerdo restringía la competencia en el mercado londinense al garantizar que la líder que asegurara un riesgo por primera vez seguiría asegurando el riesgo al renovarse la póliza. Se protegía, por tanto, a esa líder originaria de la competencia de potenciales líderes competidores que podrían ofrecer condiciones o precios mejores. Ante tal tesitura, el 25 de abril de 1991, el ILU y la LUA sustituyeron este acuerdo inicial por otro. *Vid.* Decisión de la Comisión 93/3/CEE, de 4 de diciembre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.797 y 32.798 - *Lloyd's Underwriters' Association e Institute of London Underwriters*), (OJ L 4, 8.1.1993, p. 26-31).

⁷¹³Apartado e) del artículo 3.3 del Proyecto del 121/000022 Proyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados, de 21 de mayo de 2018.

Como se advertía, se hace necesaria la designación de una de las entidades participantes del coaseguro como gestora de la red para que, entre otras funciones que le son encomendadas en virtud de su posición, ejerza como representante del coaseguro de cara a terceros. Representación que, en palabras de VEIGA COPO, es “también en interés propio y del conjunto, pero que propende hacia una unificación subjetiva en el ejercicio de los derechos y obligaciones ad extra por parte de un único coasegurador y no de todos a la vez en sus relaciones frente al tomador del seguro.”⁷¹⁴

En relación a esta dimensión externa del coaseguro, cobra especial importancia la falta de responsabilidad solidaria entre las entidades que forman parte del mismo; cuestión que, aunque sea poco usual en la práctica, nada impide que pueda darse pues la dicción del art. 33 de la Ley del contrato de seguro claramente admite pacto en contrario⁷¹⁵.

Se llama la atención sobre la ausencia de esta solidaridad por defecto pues, en apariencia, podría chocar con la designación de uno de los miembros del coaseguro como representante del mismo. No hay, en realidad, una pluralidad de contratos en el coaseguro puesto que todas las relaciones, a la postre, se aglutinan bajo un único contrato⁷¹⁶. En consecuencia, resulta necesario conciliar ambas realidades a fin de preservar, de un lado, la responsabilidad por cuotas de cada una de los

⁷¹⁴ VEIGA COPO, A.B., “Elementos del contrato (III)”, *op.cit.*, p. 70/205.

⁷¹⁵ Nótese que el artículo 33 de la Ley del contrato de seguro dispone que “(...) cada asegurador está obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva.”

⁷¹⁶ VEIGA COPO, A.B., “Elementos del contrato (III)”, *op.cit.*, p. 70/205.

miembros del coaseguro y, de otro, el concepto de unidad que caracteriza a este tipo de redes.

En otro orden de cosas, por lo que respecta al contenido de las competencias de cara a terceros que presenta la gestora del coaseguro, cabe, primeramente, distinguir dos planos: el legal y el contractual.

En cuanto al primero, si bien la Ley permite a la gestora ejercitar “todos los derechos”⁷¹⁷, guarda silencio en cuanto a las obligaciones dimanantes de su posición como representante del cuadro de coaseguro, legitimándola, exclusivamente, para “recibir cuantas declaraciones y reclamaciones corresponda al asegurado”.⁷¹⁸

Sin perjuicio de lo anterior, pese a la ausencia de mención expresa por parte del legislador en las disposiciones reguladoras del coaseguro, habrán de respetarse, necesariamente, aquellas exigencias relativas a los deberes fiduciarios, de lealtad y diligencia que habrán de regir el funcionamiento de toda red empresarial. Exigencias que, además de ser predicables del conjunto de miembros que conforman el cuadro de coaseguro, habrán de manifestarse con mayor intensidad en la gestora como consecuencia lógica de la especial posición que ocupa en el

⁷¹⁷ Por la expresión “todos los derechos”, habrá de entenderse incluidos aquellos concernientes a la gestión y administración ordinaria del coaseguro, debiendo, más allá de estos supuestos, ser necesario el consenso del resto de miembros. *Vid.* MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 306.

⁷¹⁸ Art. 33 de la Ley del contrato de seguro: “(...) se entenderá que durante toda la vigencia de la relación aseguradora los aseguradores delegados están legitimados para ejercitar *todos los derechos y para recibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan al asegurado*”.

coaseguro.

El plano contractual es, en última instancia, el que verdaderamente nutre de contenido al coaseguro en tanto que, como se ha visto, es una modalidad que se escapa del principio de imperatividad marcado por la Ley, confiriendo así la libertad suficiente para acomodar las reglas de funcionamiento a sus específicas necesidades.

Es común en la práctica internacional incluir las denominadas cláusulas de decisión, aquellas que otorgan a la abridora, a mayores de la recepción de notificaciones del asegurador, facultades para decidir y actuar por sí misma bajo determinadas circunstancias⁷¹⁹. Cláusulas que normalmente confieren a la gestora de la red las facultades suficientes a fin de proceder, en representación de todo el cuadro de coaseguro, a emitir la póliza, suplementos y certificados, cobrar la prima, llevar a cabo las comunicaciones que procedan con el tomador o asegurado, así como declarar, tramitar y liquidar el siniestro⁷²⁰. En definitiva, desempeñar las tareas aparejadas a la llevanza ordinaria del coaseguro.

En idéntico sentido, así como sucediera en el plano interno del coaseguro, la gestora podrá delegar determinadas funciones que le hayan sido atribuidas en un tercero ajeno a la red, ello sin que su acción constituya una vulneración de la disciplina de red⁷²¹.

⁷¹⁹ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 311.

⁷²⁰ *Ibidem*, pp. 313-331.

⁷²¹ TIRADO SUÁREZ, F.J., SARTI MARTÍNEZ, M.A., “Comentario al art. 3.1 de la LMSRP”, *Ley de mediación en seguros y reaseguros privados. Comentarios a la Ley 26/2006 de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. Legislación*,

Sin perjuicio de que todas las facultades mencionadas proporcionen notorias ventajas operativas, quizás aquella cuya gestión unitaria se encuentra en mayor medida justificada por parte de una sola entidad sea la liquidación del siniestro a los efectos de evitar situaciones de sobreseguero⁷²². Ello es así en virtud de la existencia de un principio general del seguro, este es, el principio indemnizatorio (en consonancia con la prohibición de enriquecimiento injusto recogida en el artículo 26 de la Ley del contrato de seguro) que limita la cuantía de la indemnización a favor del asegurado en función de daño efectivamente causado⁷²³.

doctrina y formularios, Aranzadi, 2007, p. 3/5 (versión digital): “En el contrato de coaseguro puede intervenir un mediador de seguros, cuya remuneración, a falta de pacto expreso en el acuerdo de coaseguro, debe ser a cargo de todos los coaseguradores, en proporción a su participación en el cuadro del coaseguro, debiendo el abridor asumir la representación y pago de la comisión, en nombre y por cuenta, de los aseguradores que integran el coaseguro.”

⁷²² La explicación puede encontrarse con mayor detalle en VEIGA COPO, A.B., “Elementos del contrato (III)”, *op.cit.*, p. 70/205 versión electrónica: “La participación de todos los aseguradores (*voluntas legis*) en el abono de la indemnización elimina y veta la posibilidad de una liquidación aislada del daño siempre en el sentido de que cada uno de los aseguradores pueda llevar a cabo un cálculo separado del daño, lo cual en más de una ocasión será una operación compleja y que chocará irremisiblemente con las pretensiones y cálculos de las restantes aseguradoras. No se puede liquidar de espaldas a las indemnizaciones de los demás aseguradores, de lo contrario la posibilidad de sobreseguero es muy alta. Ahora bien, a efectos de operativa y designación y comunicación, notificación, reclamación con uno de los coaseguradores, abridor, etc., éste ha de consultar y procurar el acuerdo de todos los coaseguradores. Y es que cuando la Ley en su artículo 32.3 señala que las aseguradoras contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin que pueda superarse la cuantía del daño, no es más que un fiel trasunto de la aplicación del principio indemnitario. Sólo de este modo y en virtud de este principio es admisible que si un asegurador paga una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda pueda repetir contra el resto de los aseguradores.”

⁷²³ GIRGADO PERANDONES, P., *La póliza estimada*, Marcial Pons, 2015, p. 21. Sobre las cuestiones relativas al principio indemnizatorio vs la prohibición de enriquecimiento, puede consultarse el epígrafe correspondiente en: VEIGA COPO, A.B., *Los principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro*, *op.cit.*, pp. 393-396.

En otro orden de cosas, a fin de hacer operativa y de dar una respuesta rápida ante cualquier tipo de suceso que pudiera engendrar un perjuicio para el conjunto del coaseguro⁷²⁴, destacar que, tal y como señala SÁNCHEZ CALERO, la abridora “podrá, igualmente, adoptar las medidas cautelares y urgentes que la buena gestión de la relación aseguradora requiera, ya que en caso de urgencia el mandatario mercantil ha de operar cuidando el negocio como propio (cfr. Art. 255.2 del C.Com., lo que acontece en este caso) y ha de adoptar medidas y precauciones que estime más beneficiosas para los coaseguradores (art. 269 C.Com.).”⁷²⁵ Sirva este, asimismo, como ejemplo que refleja de forma meridiana los especiales deberes de diligencia que recaen sobre la abridora como gestora de la red.

Finalmente, poner de manifiesto la controversia suscitada en torno a si el poder de representación de la abridora se extiende a su legitimación activa y pasiva en el terreno procesal, ello como consecuencia de la poco acertada y ambigua redacción de las correspondientes disposiciones en la Ley del contrato de seguro⁷²⁶. En este sentido, destacar que, si bien el

⁷²⁴ Como se ha visto, una de las utilidades que presentan las redes empresariales consiste, precisamente, en ofrecer soluciones rápidas y eficaces a las necesidades que van surgiendo, contribuyendo, de igual modo, a generar un valor añadido para la red que la haga más competitiva.

⁷²⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 737.

⁷²⁶ Puede consultarse con mayor profundidad la legitimación de la abridora desde el punto de vista procesal en las siguientes obras: SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, pp. 739-740; MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, *op.cit.*, pp. 369-431; MUÑOZ PAREDES, J.M., “Artículo 26. Coaseguradores”, *op.cit.*, pp. 649-651; MUÑOZ PAREDES, J.M., “La representación procesal de la abridora en el coaseguro”, *op.cit.*, pp. 179-200; MUÑOZ PAREDES, J.M., “A vueltas con la representación procesal de la abridora en el coaseguro (Comentario a la STS de 3 de marzo de 2000)”, *op.cit.*, pp.119-135.

Tribunal Supremo parece resolver a favor de otorgar tanto legitimación activa como pasiva a la abridora⁷²⁷, dicha solución resulta cuestionable por parte de cierta doctrina⁷²⁸.

2.2.3 Modificaciones en el cuadro de coaseguro y en la gestora

Uno de los aspectos que han de estar presentes en cualquier tipo de red empresarial es, como se ha visto, la estabilidad, lo cual no es óbice para afirmar que necesariamente la identidad de los miembros haya de ser la misma en todo momento⁷²⁹. De aquí que, en el seno del coaseguro, exista igualmente la posibilidad de llevar a cabo la sustitución de unos operadores por otros distintos de los iniciales, ya sea durante el periodo pactado para el coaseguro o cualquiera de sus prórrogas, a fin de mantener su supervivencia y óptima funcionalidad.⁷³⁰

⁷²⁷ Algunas de las sentencias en las cuales el Tribunal Supremo tiene oportunidad para posicionarse sobre tal cuestión, si bien escasas, son las que siguen: STS 7176/1986, de 18 de diciembre de 1986 (ECLI: ES:TS:1986:7176); STS 2824/1992, de 31 de marzo de 1992 (ECLI: ES:TS:1992:2824); STS 7492/1999, de 25 de noviembre de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:7492); STS 7165/2007, de 31 de octubre de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:7165); STS 5442/2009, de 21 de septiembre de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:5442).

⁷²⁸ Concretamente, MUÑOZ PAREDES critica la solución adoptada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 572/1999, de 23 de junio de 1999, al estimar que cuando se debate la procedencia y/o la cuantía de la prestación debida, la representación procesal de la abridora hace necesario dirigir la demanda contra todo el cuadro salvo que concurren determinadas circunstancias. *Vid.* MUÑOZ PAREDES, J.M., “La representación procesal de la abridora en el coaseguro”, *op.cit.*, p. 200.

⁷²⁹ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, *op.cit.*, p.24.

⁷³⁰ Nótese que se indica que la apertura de la red es una posibilidad y no una obligación. En este sentido, algunos autores parece que no se muestran muy proclives a mantener esta postura: “Además, si se razonase en la dirección opuesta, debe absurdamente admitirse el carácter necesariamente “abierto” de la red, con la ilegitimidad de cualquier cláusula dirigida a prohibir la admisión de otros participantes; de hecho la doctrina ha destacado solamente la “natural” apertura de la

Del mismo modo, podrá darse la necesidad de modificar la identidad de la coaseguradora que actúa como gestora de la red, aunque en este supuesto, como puede adivinarse, comportará exigencias de mayor trascendencia.

2.2.3.1 Modificación del cuadro del coaseguro

En cuanto a la modificación de los miembros que conforman el coaseguro, conviene distinguir entre aquellos cambios impulsados por el tomador con base en un incumplimiento de índole contractual o legal y los que se producen de manera voluntaria, en cuyo caso, la modificación del cuadro parece que haya de ser consentida tanto por el tomador como por todos los miembros del coaseguro, aunque existan voces que discrepen y exijan, únicamente, el consenso entre el tomador y el coasegurador sin necesidad de contar con la anuencia del resto de miembros.⁷³¹

Sin embargo, más allá del mero consentimiento, un elemento que merece especial atención en los supuestos de entradas y salidas en el

red, característica que constituye una simple vocación y que no afecta la posibilidad de optar por un “blindaje” total del contrato, bajo el perfil subjetivo donde se quisiera evitar cualquier variación en términos adicionales de la formación inicial. De hecho, si nada resulta a partir de los términos del acuerdo, la red tendrá – similar a lo que se considera para los consorcios– una estructura “cerrada”, por lo que el crecimiento del número de ingresos, aparte de no ser factible, implica, sin embargo – en cumplimiento de los principios generales – una modificación contractual, sujeto al consentimiento unánime de las partes.” En ANGELONE, M., “La disciplina italiana del contrato de red entre empresas. Elementos esenciales de contenido”, *Revista bolivariana de derecho*, n° 20, 2015, pp. 364-365.

⁷³¹ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit, pp. 358-362.

cuadro de coaseguro es el mantenimiento de la confianza entre los miembros de la red que lo conforman. Cuestión clave esta que, sin duda, a efectos de favorecer la creación de un clima que disuada a sus miembros de incurrir en comportamientos oportunistas.

Sin confianza no es posible la interdependencia que caracteriza a las redes empresariales.

Por ello, si en el seno de la red no se instauran instrumentos que garanticen la presencia de la confianza una vez se produzca el cambio en el cuadro del coaseguro, esta podría desnaturalizarse y perder su eficacia competitiva en el mercado. En el concreto caso del coaseguro, la incorporación de requisitos específicos que hayan de cumplir las aseguradoras candidatas podría ser un instrumento adecuado. Requisitos tales como la ausencia de infracciones administrativas, la exhibición de documentos que acrediten su solvencia y capacidad financiera, un informe externo que verifique ciertos parámetros sobre la calidad del servicio prestado, declaraciones sobre la experiencia previa en operaciones de coaseguro, etc. que, en cierto modo, sean indicativos de la aptitud e idoneidad de la compañía en cuestión para formar parte del coaseguro.

Nótese aquí que la existencia de un elevado grado de confianza entre las aseguradoras que forman parte del mismo coaseguro es, asimismo, un factor diferenciador de otros tipos de aseguramiento colectivo. Un ejemplo claro al respecto puede apreciarse en la dinámica propia del seguro múltiple pues, en este supuesto, exclusivamente se advierte un cierto grado de coordinación ligado a la realización de determinadas tareas necesarias

para el aseguramiento⁷³².

Por último, señalar que, con independencia de la causa que motive la alteración del cuadro de coaseguro, será de acuciante necesidad reconfigurarlo de tal forma que la red siga cubriendo la totalidad del riesgo asumido en coaseguro (bien a través de la incorporación de un nuevo miembro, bien aumentando la cuota del riesgo cubierto por parte de las coaseguradoras preexistentes). Sea como fuere, será obligatorio proceder a la emisión de un suplemento, tanto firmado por el tomador como por todas y cada una de las coaseguradoras, en el que conste la nueva composición del cuadro del coaseguro.⁷³³ Tarea esta que será desempeñada por la gestora de la red en virtud de las funciones que le han sido encomendadas.

2.2.3.2 Cambio y cese de la gestora

Por lo que se refiere al cambio de la gestora de la red del coaseguro, parece razonable afirmar que, por analogía al art. 261 del Código de Comercio, únicamente podrá efectuarse cuando haya sido expresamente pactado en el pacto de coaseguro, no solo por los coaseguradores, sino también por el propio tomador.⁷³⁴

Son cuatro los supuestos que provocan la modificación de la gestora del coaseguro: la conclusión del coaseguro, la revocación, la propia

⁷³² Como ya se ha apuntado, se aprecia este tipo de tenue colaboración en tareas tales como la liquidación del siniestro o la obligación del pago de la indemnización. *Vid.* BATALLER GRAU, J., *El seguro múltiple*, op.cit., pp. 82-98.

⁷³³ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., pp. 363-364.

⁷³⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 741.

renuncia o la declaración de insolvencia.

Sin duda el supuesto más sencillo de cesación de la gestora del coaseguro es la extinción del coaseguro, esto es, de la propia red empresarial. En su virtud, la Ley de contrato de seguros señala expresamente en su artículo 33.2 que el mandato de representación persista “durante toda la vigencia de la relación aseguradora”. De aquí que, finalizada esta relación y la propia existencia de la red, se extinguirá, al mismo tiempo, el nombramiento de la entidad elegida como gestora de la misma.⁷³⁵

En cuanto al segundo de los supuestos arriba antes señalados, dada su especial naturaleza y función, no parece que la revocación de la gestora de la red sea factible ni que se encuentre sometida al principio de revocabilidad *ad nutum* que preside el contrato de mandato. La irrevocabilidad sirve aquí como un instrumento que garantiza el libre desarrollo de la actividad desplegada por la gestora de la red del coaseguro, favoreciendo, al mismo tiempo, su estabilidad.⁷³⁶

Lo antedicho por lo que concierne a la dimensión interna. En cuanto a la externa, asimismo, la irrevocabilidad cumple una función como herramienta de tutela de los intereses del asegurado/tomador, toda vez que la modificación de la gestora podría acarrear situaciones de indefensión

⁷³⁵ *Ibidem*, p. 741.

⁷³⁶ En tal sentido, MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 365.

para este colectivo.⁷³⁷

Ahora bien, pese a la referida irrevocabilidad que impregna la designación de la gestora, resulta necesario contemplar una válvula de escape que permita otorgar capacidad suficiente a la red del coaseguro para adaptarse a las nuevas circunstancias que pudieran sobrevenir; de lo contrario, perdería un elemento clave de cara a su competitividad. Así las cosas, será posible revocar a la gestora, asimismo, cuando exista una justa causa que lo justifique⁷³⁸.

Preservar la confianza en el seno del coaseguro una vez se haya producido el cambio, especialmente la irradiada por la nueva gestora, se erige, igualmente, como uno de los factores esenciales que pueden condicionar su viabilidad y permanencia.

Como se ha visto, es frecuente que el nombramiento de la gestora de la red recaiga sobre la coaseguradora que mayor parte del riesgo asume en la configuración del coaseguro por una cuestión de incentivos, toda vez que ella, como principal interesada, será el miembro que presente una mayor disposición e interés en el éxito de la misma.

⁷³⁷ Sobre este aspecto, SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 741: “El fundamento de la estabilidad del asegurador delegado se encuentra, como se ha dicho, en la defensa de los intereses del asegurado, que conoce quién es el asegurador delegado, cuya designación va vinculada a la circunstancia de ser el coasegurador con una mayor cuota de cobertura, de manera que en esa designación ha participado, de alguna forma, el propio tomador del seguro”.

⁷³⁸ En este sentido, coinciden ambos autores: SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 742 y MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, *op.cit.*, p. 365.

Al hilo de este razonamiento, parece razonable afirmar que, junto al criterio señalado a efectos de escoger a la gestora, la antigüedad en la pertenencia al coaseguro debiera jugar también un papel esencial. Partiendo de la lógica propia de la red empresarial, la candidata idónea para tal puesto sería aquella coaseguradora cuya cuota de riesgo ocupase el segundo lugar en el cuadro de coaseguro original. Y ello es así dado que esta entidad, en tanto que ha formado parte de la red del coaseguro, presenta un mayor nivel de confianza tanto en sus miembros como de cara al tomador y/o asegurado; confianza que, como se ha advertido anteriormente, redundará en una reducción de costes de transacción, favoreciendo, en último término, una mejora de la eficiencia del coaseguro⁷³⁹.

En este sentido, además del carácter *uberrimae bonae fide*⁷⁴⁰ que impregna al coaseguro, no debe olvidarse que su estructura, formación y mantenimiento se sustenta sobre una base de máxima confianza recíproca entre sus miembros. Así las cosas, puesto que la identidad y las características que presenta cada uno de los operadores son factores clave de cara a determinar la ulterior colaboración entre los mismos, convendría incluir en el pacto de coaseguro qué características y requisitos habrá de reunir la gestora entrante a fin de hacerse merecedora de la confianza que tanto el resto de miembros como la naturaleza del propio coaseguro exigen.

⁷³⁹ En sentido similar, aunque sin obedecer al mismo razonamiento, señala SÁNCHEZ CALERO que, nada obsta a que, bajo determinadas circunstancias, las aseguradoras que sean miembros del coaseguro actúen de manera sucesiva. En SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 741.

⁷⁴⁰ VEIGA COPO, A.B., *Los principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro*, *op.cit.*, p. 427.

Volviendo a los supuestos que provocan la modificación de la gestora del coaseguro, apuntar que, en cuanto a la posibilidad de separación *motu proprio* de esta, no parece aceptable la renuncia pura y simple al cargo aceptado a través del pacto de coaseguro, ello en contraposición con lo dispuesto en el artículo 1732.2 del Código Civil⁷⁴¹.

La declaración de insolvencia de la gestora del coaseguro, por su parte, supondrá también una circunstancia que motive su cese, si bien no sucederá lo mismo en el caso de declaración de insolvencia de cualquiera de los otros miembros del cuadro de coaseguro.⁷⁴²

Por último, dado que la posición de la entidad gestora en el caso del coaseguro lleva implícita que forme parte del mismo, cesará de tal cargo, necesariamente, en caso de perder su condición como miembro de la red. Ahora bien, pese a su cesación, la ex gestora habrá de seguir desempeñando ciertas funciones cuyo fundamento trae causa, fundamentalmente, de los deberes fiduciarios asumidos por razón de dicho cargo⁷⁴³ y que habrán de pervivir en el tiempo más allá de la extinción de su status.

⁷⁴¹ Sobre los argumentos esgrimidos que apoyan esta postura, *vid.* MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., pp. 367-368; SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 742.

⁷⁴² MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 368; SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *op.cit.*, p. 742.

⁷⁴³ MUÑOZ PAREDES añade que el fundamento, además de obedecer a razones basadas en la buena fe contractual, viene propiciado por la necesidad de mantener la seguridad del tráfico económico. MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 369.

3. La actual crisis del coaseguro

Con independencia de la técnica adoptada para su formación, resulta indiscutible, a la luz de lo expuesto, que el coaseguro ha desempeñado un papel clave en el desarrollo del actual sector asegurador permitiendo, desde antiguo, a través de la colaboración entre distintas aseguradoras, asumir conjuntamente la cobertura de grandes riesgos. Riesgos que, de no haber sido amparados bajo la técnica del coaseguro, hubiera sido imposible asumir de forma individual por cualquier compañía sin comprometer su solvencia.

Como se ha venido sosteniendo, la finalidad primordial del coaseguro se identifica con la capacidad que otorga a las entidades aseguradoras de transferir sus riesgos⁷⁴⁴. Ahora bien, la función de transferir el riesgo no es exclusiva del coaseguro puesto que existen otros mecanismos cada vez más sofisticados que permiten la atomización del riesgo no solo a las compañías aseguradoras sino también a sus propios clientes de seguros directos⁷⁴⁵.

Si bien afines en cuanto a su función, pero no en su naturaleza jurídica y operativa⁷⁴⁶, estas fórmulas permiten el acceso a distintas formas

⁷⁴⁴ No obstante, mientras que para algunos autores la transferencia del riesgo es el rasgo fundamental, para otros es el “pooling” o compartir los riesgos de la cobertura suscrita entre las distintas entidades. VAUGHAN, E.J., VAUGHAN, T., *Fundamentals of risk and insurance*, op.cit., p. 40.

⁷⁴⁵ A las diversas formas que transferencia alternativa de riesgos en la actualidad ya se ha hecho referencia en el correspondiente Capítulo.

⁷⁴⁶ Vid. ROMERO MATUTE, B., “Instrumentos de transferencia de riesgos en la práctica aseguradora: distinción de figuras afines”, op.cit., p. 514 y ss.

de atomización del riesgo por parte de los asegurados sin necesidad de tener que pasar por el coaseguro, con la consiguiente reducción de costes que ello conlleva. La provisión de soluciones más interesantes y adaptadas a las necesidades reales de los asegurados en virtud de su flexibilidad, hace que estas nuevas modalidades sean más competitivas que el tradicional coaseguro⁷⁴⁷, desplazándolas, en consecuencia, de la insigne posición que habían venido ostentando en el mercado.

La tendencia hacia el empleo de estas soluciones de transferencias alternativa de riesgos ha venido cobrando peso desde principios del siglo XXI, pese a que estas llevaban presentes en el mercado de riesgo desde hacía varias décadas⁷⁴⁸. Sin embargo, fruto del exceso de oferta del mercado asegurador en los años precedentes, acompañado de una holgada capacidad financiera a bajo precio, se hacía poco atractiva la huida a este tipo de instrumentos.⁷⁴⁹

No obstante lo anterior y pese a las ventajas que presentan, parece que en aquellos supuestos de cobertura de algunos riesgos no convencionales de gran magnitud (en concreto los relacionados con el terrorismo, la producción de energía nuclear y la protección medioambiental, en los que la magnitud y la diversificación de los riesgos

⁷⁴⁷ POMPELLA, M., “Reinsurance, insurability and the new paradigms of unconventional risk transfer”, *The Palgrave Handbook of Unconventional Risk Transfer*, Palgrave Macmillan, 2017, p. 71-73.

⁷⁴⁸ Sobre este fenómeno, *vid.* CASTILLO PLAZA, C.A., “La transferencia alternativa de riesgos. Concepto, características y situación actual”, *El contrato de seguro en la encrucijada*, Aranzadi, 2018, pp. 301-344.

⁷⁴⁹ ISIDRO APARICIO, R., “Instrumentos para la transferencia alternativa de riesgos. ART”, *Gerencia de riesgos y seguros*, Año 21, Nº. 83, 2003, p.20.

hace más difícil calcular el riesgo), estas formas de transferencia del riesgo alternativa resultan menos precisas y especializadas, persistiendo así la colaboración entre entidades aseguradoras como la solución más idónea en términos de eficiencia.⁷⁵⁰

4. Problemas jurídicos en torno a la colaboración en el coaseguro

A la luz de lo examinado en el presente Capítulo, resulta palmario que el coaseguro es una figura necesaria de cara a permitir la cobertura conjunta de ciertos riesgos a través de la colaboración entre aseguradoras; riesgos que, sin la existencia de este tipo de estructuras, no sería posible asegurar o cuyo aseguramiento individual resultaría insuficiente.

No obstante, pese a la enorme trascendencia que los coaseguros comportan, al configurarse estos sobre la base de una estrecha colaboración entre entidades competidoras, estos tipos de estructuras podrían ser, *a priori*, susceptibles de restringir la competencia, cayendo, así, en la prohibición general contenida en el art. 101.1 del TFUE. Ahora bien, frente a los efectos perniciosos que para la normativa antitrust pudiera suponer su existencia, existen otros efectos de carácter procompetitivo que, a la postre, comportarían una mejora en la eficiencia del mercado en su conjunto.

⁷⁵⁰ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento del Reglamento (UE) n.º 267/2010 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*COM (2016) 153 final*), § 19.

Esta mejora de la eficiencia se identifica con el cumplimiento del primero de los requisitos exigidos en el art. 101.3 del TFUE, esto es, que el coaseguro, pese a que sea susceptible de restringir la competencia, puede conllevar un incremento de la eficiencia en el conjunto de la economía toda vez que favorece el progreso económico al permitir el aseguramiento de ciertos riesgos empresariales que, de otra forma, no sería posible cubrir. Por consiguiente, dadas las mejoras en términos de eficiencia que comporta la existencia del coaseguro, conforme a los postulados económicos y políticos actuales, se hace necesario el establecimiento de instrumentos jurídicos que velen por su adecuada protección.⁷⁵¹

Sin perjuicio de lo anterior, conviene realizar el siguiente inciso: el coaseguro se identifica con la cobertura coyuntural de riesgos específicos demandados por el cliente. Riesgos *ad hoc* tales como aquellos relativos a los que pudieran provocar determinadas máquinas, daños materiales a propiedades protegidas como patrimonio histórico, daños personales producidos a pacientes por el uso de ciertos medicamentos en estudios clínicos o riesgos que protejan la interrupción de operaciones comerciales especiales de gran envergadura, etc.⁷⁵² Por consiguiente, la naturaleza de los riesgos cubiertos por esta modalidad aseguradora es coyuntural y el coaseguro surge en tanto en cuanto el cliente tenga una especial necesidad de aseguramiento. Los riesgos cubiertos y demandados por los clientes no son ni homogéneos ni tienen vocación de permanecer más allá de la

⁷⁵¹ Esta cuestión clave será abordada con mayor profundidad en la Parte IV.

⁷⁵² Ejemplos, entre otros, extraídos del Anexo nº5 del siguiente estudio: ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit.

existencia de esa concreta necesidad⁷⁵³; temporalidad que, por su parte, puede ser más o menos amplia en función del riesgo en cuestión.

Los coaseguros, pues, no son agrupaciones institucionalizadas destinadas a la cobertura de riesgos que se presentan de manera permanente en el mercado asegurador, pues estos surgen coyunturalmente y se han de adaptar a cada supuesto concreto. En su virtud, si bien pudiera considerarse que existe un mercado específico para la cobertura de los riesgos típicamente asegurados a través del coaseguro, sería necesario delimitarlo en función de la concreta necesidad de aseguramiento que sugiera a los clientes de modo que existirían tantos mercados de coaseguro y de tan variadas naturalezas como riesgos *ad hoc* a cubrir en el tráfico empresarial. Por consiguiente, no parece que el coaseguro presente demasiados problemas desde el prisma de la Defensa de la competencia dada la ausencia de un mercado estable y homogéneo.

A sensu contrario, aquellas estructuras más estables e institucionalizadas cuyo objetivo consista en dar cobertura a riesgos homogéneos si pueden, en virtud de su continua presencia en el mercado, alterar la competencia natural de las compañías aseguradoras que operan este tipo de riesgos y que serán el objeto de estudio en el siguiente Capítulo: los pools de riesgo.

⁷⁵³ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento n° 3932/92 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 (ex apartado 3 del artículo 85) del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*COM/99/0192 final*), p. 16.

CAPÍTULO 3.- LOS POOLS DE RIESGO

Junto al coaseguro, los pools de riesgo se erigen como agrupaciones empresariales que permiten dar cobertura de manera conjunta a riesgos que, por su elevada exigencia de capital, no podrían ser garantizados por una sola compañía aseguradora. Nos referimos aquí a riesgos derivados de catástrofes nucleares, medioambientales o terrorismo; riesgos que, a diferencia de la naturaleza y duración propias del coaseguro, están presentes continuamente en el mercado y pertenecen a una categoría homogénea.

Precisamente, en virtud de la tipología de los riesgos que aseguran, los pools de riesgo pueden ser considerados como una suerte de “coaseguros institucionalizados”. Agrupaciones tan estables y duraderas que suponen una evolución de las formas más simples encontradas en los coaseguros *ad hoc*.

Así las cosas, en primer lugar, se abordarán las características básicas presentes en todos los pools de riesgo, para, seguidamente, apuntar las notas esenciales que les distinguen del coaseguro. A continuación, se analizarán las principales formas jurídicas que dan soporte a los pools de riesgo, así como aquellos aspectos relacionados con su organización y funcionamiento, para acabar justificando que, al igual que sucede con el coaseguro, también los pools de riesgo se identifican con la realidad del fenómeno de la red empresarial.

Vistas todas estas cuestiones, se examinará el funcionamiento y las

características de los principales pools de riesgos operativos en el mercado asegurador europeo y español en función de los riesgos cubiertos; a saber, pools para la cobertura de riesgos nucleares, de riesgos medioambientales, pools para la cobertura de riesgos derivados de actos terroristas y pools de riesgos agrarios combinados.

Por último, se llamará la atención sobre aquellos obstáculos que los pools de riesgo encuentran a la luz de la normativa de la Defensa de la competencia, ello en virtud de la estrecha colaboración entre aseguradoras competidoras exigidas por estos tipos de agrupaciones y cuya valoración jurídica se tendrá la ocasión de abordar con mayor grado de detalle en la Parte IV.

1. Cuestiones generales sobre los pools de riesgo

En términos generales, los pools se configuran sobre distintos acuerdos de colaboración realizados entre empresas, con independencia del sector al que se refiera, cuya finalidad va encaminada a obtener un cierto equilibrio en los resultados de los negocios precedentes de los miembros que lo conforman.⁷⁵⁴ Son estructuras organizativas estables adecuadas para empresas que desean desarrollar una actividad de manera conjunta (construir obra pública, programas de desarrollo en innovación, etc.) y que, individualmente, no pudieran realizarse o, de ser factible, se lograra llevar a cabo con menor eficiencia.

⁷⁵⁴ Fundación Mapfre, *Introducción al reaseguro*, Instituto de Ciencias del Seguro, 2010, p. 22.

Los pools, por consiguiente, no son necesariamente un tipo de organización propia y exclusiva de la industria aseguradora, pero sí es cierto que en este sector adopta un significado concreto. Así las cosas, por pool de riesgo, tradicionalmente se ha entendido que es aquella agrupación formada por diversas entidades aseguradoras que comparten un mismo interés: la distribución de los riesgos asumidos en virtud de las pólizas suscritas con sus clientes⁷⁵⁵. Es una suerte de “cámara de compensación o de bolsa en la cual las distintas primas y siniestros se dividen entre los miembros”.⁷⁵⁶

Conceptualmente, existen dos tipos de pools en la industria aseguradora, a saber, los pools de coaseguro y los pools de reaseguro.

Los primeros, denominados pools de coaseguro, son agrupaciones empresariales creadas por entidades aseguradoras, directamente o a través de la intermediación de corredores o agentes autorizados, que aceptan suscribir conjuntamente seguros de una misma categoría⁷⁵⁷. En estos

⁷⁵⁵ En sentido similar, SÁNCHEZ CALERO, F., “Concepto y elementos del contrato de reaseguro”, *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, 1997, p. 93; MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., pp.63-64. Otra definición en la cual igualmente subyace el componente cooperativo como elemento esencial del pool puede encontrarse en HILL PRADOS, M. C., *Los Clubs de protección e indemnización en el campo del seguro marítimo*, Librería Bosch, 1992, p. 213: “El pool consiste, por tanto, en la puesta en común del negocio de varias empresas aseguradoras, para constituir una empresa en común, en la que los aseguradores contratantes participan en cada operación en la proporción previamente fijada en el contrato o acuerdo de pool. Los aseguradores acuerdan repartir (compartir) en las proporciones establecidas, los riesgos aceptados por cada uno de ellos. Refleja la más pura forma de seguro mutuo que puede existir”.

⁷⁵⁶ HILL PRADOS, M.C., *El reaseguro*, op.cit., p. 165.

⁷⁵⁷ ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 33.

supuestos, normalmente la primera entidad con la cual contacta el tomador directamente, o bien a través de su intermediario, será la que actúe como gestora de la misma. Por consiguiente, esta será la encargada de emitir la póliza en nombre de todos los participantes bajo los términos y condiciones fijados por el pool, cediéndola a este para su gestión.⁷⁵⁸

En cuanto a los pools de reaseguro, de manera similar al caso anterior, destacar que son agrupaciones constituidas por entidades aseguradoras que incluyen, normalmente, a una o varias entidades reaseguradoras y cuyo interés compartido viene encaminado a reasegurar mutuamente la totalidad o parte de sus responsabilidades con respecto a una categoría de riesgo⁷⁵⁹. En otras palabras, las aseguradoras de seguro directo ceden el riesgo asumido de forma individual al pool de reaseguro, ello de conformidad con los términos y condiciones fijados *ex ante* por sus miembros.

La técnica de aseguramiento entre estos dos tipos de agrupaciones empresariales resulta idéntica, de aquí que sean compatibles, esto es, que puedan asumir de manera simultánea tanto seguros directos como reaseguros⁷⁶⁰. Sea como fuere, parece que lo más relevante de estas dos figuras no sea su función como distribuidoras del riesgo en sí, sino más bien la estructura empresarial de la cual ambas traen causa⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ En sentido similar, MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 65.

⁷⁵⁹ ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 33; HILL PRADOS, M.C., *El reaseguro*, op.cit., p. 161.

⁷⁶⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁷⁶¹ Esta opinión es compartida plenamente con MUÑOZ PAREDES, quien, pese a emplear la terminología propia del Derecho privado, realza la importancia de la

En este sentido, parece que, tras la forma que adoptan los distintos tipos de pools que serán analizados, se advierte el fenómeno de la red empresarial. Sin embargo, antes de abordar qué aspectos caracterizan a los pools y los configuran de forma que su estructura y funcionamiento pueden ser identificados con los propios del fenómeno de la red empresarial, resulta necesario analizar aquellas cuestiones que distinguen a los pools de riesgo del coaseguro, así como las que los aproximan, ello con el objetivo de deslindar ambas estructuras. A tal fin nos dedicaremos a continuación.

2. Semejanzas y diferencias entre el pool de riesgo y el coaseguro *ad hoc*

Son varias las semejanzas y diferencias que pueden establecerse comparando los pools de riesgo y el coaseguro⁷⁶² en tanto que ambas son formas de aseguramiento basadas en la colaboración entre aseguradoras. De ahí que, antes de entrar a analizar otras cuestiones relativas a los pools de riesgo, convenga reseñar aquellas similitudes y disparidades que presentan una y otra figura.

2.1 Semejanzas

Resulta claro a todas luces que la principal función predicable tanto del coaseguro *ad hoc* como de los pools de riesgo se concreta en el empleo

estructura asociativa del pool más que la propia finalidad para la cual surge: la dispersión del riesgo. *Vid.* MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 66.

⁷⁶² Nótese que, de cara a marcar la diferencia entre el coaseguro común y los pools de riesgo, nos referiremos a los primeros tanto como “coaseguros *ad hoc*” como “agrupaciones *ad hoc*” y a los segundos como “pools de riesgo” o “agrupaciones de pool” por ser esta la terminología empleada por la Comisión Europea con ocasión de la renovación del REC.

de la cooperación inter empresarial con el fin de lograr la dispersión de riesgos.

En cuanto a los requisitos de entrada, destacar la existencia de ciertos factores presentes tanto en los pools de riesgo como en los coaseguros. En primer lugar, la solidez⁷⁶³ y la capacidad financiera se erigen como prerequisites indispensables a la hora de permitir la entrada de una nueva compañía, ello con la intención de otorgar la máxima confianza a los clientes de cara a lograr obtener la indemnización convenida en caso de siniestro.⁷⁶⁴

La reputación es, asimismo, otro importante criterio cualitativo para la admitir la participación de un operador en este tipo de agrupaciones. Resulta lógico que ningún cliente ni ninguna compañía aseguradora desee hacer negocios o estar vinculada a un operador con mala reputación, cualquiera que sea el motivo que la ocasione, por ejemplo, ser conocida por ofrecer un servicio deficiente a sus clientes, tener en su historial un alto índice de gestiones de tramitaciones y/o liquidaciones de siniestros efectuados de manera deficiente, poseer una ratio elevada de litigiosidad, etc.

⁷⁶³ “Debe distinguirse la calificación de la solidez financiera de la de deuda. La primera –que es la que aquí interesa– evalúa la capacidad de una aseguradora para cumplir puntualmente sus obligaciones con los asegurados. La segunda, en cambio, mide la solvencia de una aseguradora en relación con un título de deuda específico”. PORTELLANO DÍEZ, P., *El reaseguro: nuevos pactos*, op.cit., p. 41.

⁷⁶⁴ En concreto, se observa la exigencia de la solidez financiera en dos pools de riesgo: el *Pharma-Rückversicherungs-Gemeinschaft* (Alemania), así como en el *Nuclear Risk Insurers Ltd.* (Reino Unido).

Ahora bien, esta afirmación únicamente es predicable de los pools de riesgo voluntarios, así como del coaseguro. La excepción se encuentra en los pools de riesgo obligatorios; aquellos pools creados por imperativo legal en los cuales sus miembros no tienen la posibilidad de elegir la inclusión de un determinada entidad cualquiera que sea su reputación, puesto que su participación en el pool viene impuesta por la propia Ley.⁷⁶⁵

En otro orden de cosas, la natural predisposición o resistencia a comprometerse con los términos y condiciones prefijadas es otro parámetro igualmente presente a efectos de admitir a un nuevo miembro tanto en los pools de riesgo como en los coaseguros⁷⁶⁶; parámetro este sobre el cual se volverá más adelante.

2.2 Diferencias

La primera diferencia que se advierte entre los pools de riesgo y los coaseguros ad hoc viene conectada con la naturaleza de los riesgos cubiertos por uno y otro tipo de agrupaciones. Así, mientras que los segundos se asocian a la cobertura coyuntural de riesgos específicos demandados por el cliente que pueden responder a varias naturalezas, los pools de riesgo se emplean para el aseguramiento en común de riesgos que pertenecen a una misma categoría.⁷⁶⁷

⁷⁶⁵ ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 154.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, p. 153.

⁷⁶⁷ EUROPE ECONOMICS, *Different forms of cooperation between insurance companies and their respective impact on competition. Studies on issues pertaining to the insurance production process with regard to the application of the Insurance*

El coaseguro se identifica con un tipo de aseguramiento en común *ad hoc* que responde a las específicas necesidades de los clientes en atención al desarrollo, ordinario o extraordinario, de su actividad. Por consiguiente, cuando desaparecen esas concretas necesidades, la existencia del coaseguro se hace innecesaria produciéndose así su extinción. Cuestión distinta es lo que sucede en el caso de los pools de riesgo.

Como se acaba de apuntar, los pools de riesgo se emplean para el aseguramiento en común de riesgos que pertenecen a una misma categoría; riesgos que, por su parte, pueden concretarse en las siguientes categorías: ciberseguridad, catástrofes naturales, accidentes nucleares, terrorismo y riesgo medioambiental.⁷⁶⁸ Aunque el concreto riesgo deje de existir para un determinado cliente, este sigue estando presente para otros muchos que se dedican a operar en el mismo sector, de modo que la permanencia del pool de riesgo en el mercado sigue siendo necesaria.

De lo anterior se colige que, cuando ciertas necesidades de aseguramiento, en principio puntuales, comienzan a generalizarse en el tráfico comercial y estar presentes en varios operadores, el coaseguro se “institucionaliza” dando lugar a los pools de riesgo⁷⁶⁹. Así pues, dado que los pools de riesgo tienen una mayor perdurabilidad y estabilidad en el tiempo, parece razonable, y así sucede en la práctica, que adopten formas

Block Exemption Regulation (IBER), Publications Office of the European Union, 2016, p. 93.

⁷⁶⁸ EUROPE ECONOMICS, *Different forms of cooperation between insurance companies and their respective impact on competition (...)*, op.cit., p. 93.

⁷⁶⁹ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 148.

organizativas -ya sean de base contractual o asociativa- pero sin llegar a la integración total de los operadores que los conforman.

Llama la atención, asimismo, la diferente intensidad de la presencia de aseguramiento en conjunto a través de pools y coaseguros en función del sector empresarial cuyos riesgos se pretenden asegurar. Mientras que en el sector energético o en la cobertura de riesgos nucleares o derivados del terrorismo es frecuente encontrar aseguramiento mediante agrupaciones de pool, en el resto de industrias, en especial la manufacturera y en servicios, la cobertura conjunta suele efectuarse a través del coaseguro ad hoc.⁷⁷⁰ Por consiguiente, puede afirmarse que el rango de riesgos cubiertos por los pools es mucho más limitado que en el caso de las agrupaciones de coaseguro.

En otro orden de cosas, la presencia o ausencia del ánimo de lucro es otra de las cuestiones fundamentales que sirven como elemento diferenciador entre ambos tipos de agrupaciones.

Desde el punto de vista funcional se ha venido manteniendo que el interés compartido entre todos los miembros del coaseguro ad hoc consiste en diversificar el riesgo a través de la colaboración, pero no se ha hecho referencia expresa a que su fin último es, a la postre, obtener un lucro por la actividad desarrollada en conjunto.

Por el contrario, gran parte de los pools de riesgo actualmente

⁷⁷⁰ ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op. cit., pp. 157-158.

presentes en el mercado asegurador europeo no parece que tengan como finalidad última obtener un rédito económico por la actividad desarrollada en el mismo⁷⁷¹. Pools que, por su parte, no presentan ningún tipo de capital en común y que, en mayor o menor medida, cuentan con participación estatal cuya intervención puede adoptar diversas fórmulas.⁷⁷²

Vinculada a la capacidad de elección, se incardina otra de las diferencias que distancian a ambas formas de aseguramiento en común. Nos referimos aquí a que la pertenencia a determinados pools, en ciertas ocasiones, es obligatoria para determinadas aseguradoras⁷⁷³ en contraposición a la total libertad que tienen los miembros para formar parte de un coaseguro, cuya suscripción es siempre voluntaria.⁷⁷⁴

Fruto de lo antedicho, el grado de libertad en cuanto a la aceptación

⁷⁷¹ En este sentido, señalar que dos pools de riesgo en España, el “Convenio Español de Suscripción Conjunta de Riesgos de Origen Nuclear (ESPANUCLEAR)” así como el “Pool Español de Riesgos Medioambientales (PERM)”, no tienen ánimo de lucro. En cuanto a otros pools europeos, señalar tres relativos a riesgos nucleares, a saber, el “Romanian Atomic Pool”, el “Nordic Nuclear Insurers” y el “United Kingdom Nuclear Risk Insurers Ltd.”. ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op. cit., p. 57.

⁷⁷² Sin ser exhaustivos: fijación de los términos y condiciones del pool; establecimiento de garantías de pago en reclamaciones extraordinarias; participación en los órganos de administración del pool; otorgando subvenciones para asegurar los pagos de reclamaciones; subsidios estatales para el abono de las primas, etc. ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., pp. 58-59.

⁷⁷³ La pertenencia a estos pools obligatorios trae causa del mandado del legislador. Por ejemplo, la pertenencia al *Danish terror pool* es obligatoria para todas las compañías de seguros domiciliadas en Dinamarca, así como la inclusión en el AERAS pool (cuya misión es garantizar y ofrecer préstamos a las personas con un riesgo agravado para la salud) es impuesta para todos los suscriptores de seguros de crédito hipotecario en Francia.

⁷⁷⁴ Sin duda, el carácter de adhesión voluntaria u obligatoria incidirá de manera decisiva en la configuración de su gobernanza.

de ciertos términos y condiciones admitirá matices entre el coaseguro ad hoc y el pool de riesgo. Mientras que en la dinámica del pool de riesgo, los miembros pueden no tener la posibilidad de rechazar los términos y condiciones adoptados en su seno cuando estos sean condición necesaria para la pertenencia al mismo, en el caso del coaseguro ad hoc, al no existir estos de antemano en el acuerdo previo de coaseguro, cada operador será libre de negociar los términos y condiciones en los que desea formar parte del coaseguro, lo cual puede conllevar un mayor riesgo de disputas en razón del reparto de los beneficios.⁷⁷⁵

Por lo que afecta al funcionamiento, si bien en el coaseguro la dinámica parece ser más homogénea, en los pools de riesgo se aprecian formas mucho más dispares en cuanto a su funcionamiento⁷⁷⁶, las cuales serán abordadas en el momento oportuno.

Por último señalar que, frente a los pools de riesgo y los coaseguros, existen otros tipos de estructuras⁷⁷⁷, con frecuencia de naturaleza estatal, cuyo objeto es cubrir aquellos riesgos no cubiertos en el mercado, bien porque no resulten atractivos desde el punto de vista empresarial, bien porque los propios Estados miembros estén obligados a garantizar determinadas estructuras de compensación en virtud del mandato del

⁷⁷⁵ ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit, p. 153.

⁷⁷⁶ *Ibidem*, p.159.

⁷⁷⁷ Excluidas de la clasificación de pool de riesgo en tanto que no son compatibles con la definición dada en los Reglamentos de Exención por categorías propios del sector asegurador.

legislador europeo⁷⁷⁸.

3. Formas jurídicas de los pools de riesgo

Al contrario de lo que sucede en el caso de las entidades aseguradoras que, al menos en el territorio de la Unión Europea, han de adoptar una forma jurídica concreta que dependerá del Estado miembro en cuestión⁷⁷⁹, los pools de riesgo no estarán obligados, como regla general,

⁷⁷⁸ Un ejemplo paradigmático de este último supuesto es la obligación que todo Estado miembro tiene de tener un fondo de garantía para la indemnización de las víctimas de accidentes causados por vehículos no asegurados o no identificados cuyo origen trae causa de la *Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad*. Algunos de ellos que obedecen a este tipo de estructuras híbridas son el *Insurance Guarantee Fund of Liability from Car Accidents*, en Grecia, cuya misión es compensar a terceros involucrados en accidentes automovilísticos por lesiones personales o muerte, financiado a través de las contribuciones obligatorias aportadas por todas las compañías de seguros que operan en el país. En Eslovenia existen dos fondos de compensación en este sentido: el *Damage fund*, que cubre los daños por accidentes causados por conductores no identificados, así como el *Damage fund in foreign countries*, cuyo objeto de cobertura es el mismo, pero para siniestros que acaecen en el extranjero. Por su parte, en Suecia, la asociación denominada *TrafikFörsäkringsFöreningen – TFF* cubre los siniestros causados por conductores sin seguro; asociación que está financiada de manera obligatoria por las aportaciones de todas las compañías que comercialicen pólizas que cubran riesgos por la conducción.

⁷⁷⁹ Dado que cada Estado miembro tiene su propio marco legal, las formas que un pool de riesgo puede adoptar dependerán de las posibilidades conferidas desde el punto de vista del Derecho interno. En España, la actividad aseguradora únicamente podrá ser realizada por entidades privadas que adopten alguna de las siguientes formas: a) sociedad anónima, b) sociedad anónima europea, c) mutua de seguros, d) sociedad cooperativa, e) sociedad cooperativa europea, f) mutualidad de previsión social. Las mutuas de seguros, las sociedades cooperativas y las mutualidades de previsión social únicamente podrán operar a prima fija. También podrán realizar la actividad aseguradora y reaseguradora las entidades que adopten cualquier forma de derecho público, siempre que tengan por objeto la realización de operaciones de seguro o reaseguro en condiciones equivalentes a las de las entidades aseguradoras o reaseguradoras privadas. En lo que afecta a las reaseguradoras, estas deberán adoptar

a establecerse atendiendo a un tipo de forma jurídica específica.⁷⁸⁰

Los pools pueden ser constituidos, como ya se de jado señalado, por imperativo legal (pudiendo en este sentido, configurarse necesariamente su establecimiento bajo una forma determinada), o por la mera voluntad de las partes, en cuyo caso parece razonable que opten por elegir por aquellas formas que ofrezcan mayores ventajas, normalmente de tipo económico⁷⁸¹; exigencias de menor capital o una fiscalidad más atractiva, fundamentalmente.

En todo caso, parece que la forma jurídica que se impone con mayor intensidad en la Unión Europea parte de estructuras de naturaleza contractual, siendo también frecuentes otras formas de pools creadas a través de vehículos societarios, así como de diversos instrumentos estatutarios.⁷⁸²

En cuanto a estas estructuras de base contractual multilateral, se aprecian, asimismo, tres subtipos de pools: acuerdos colectivos de asunción de riesgo, contratos multilaterales de reaseguro y los

bien la forma jurídica de sociedad anónima, bien la de sociedad anónima europea. (Apartados 1, 2 y 3 del artículo 27 de la LOSSEAR).

⁷⁸⁰ Partiendo de estas premisas, dado que no existe ningún registro público ni privado a nivel español ni europeo que relacione los pools presentes en el mercado, se tomará como herramienta de análisis jurídico los datos que se arrojan del estudio encargado por la Comisión Europea *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., elaborado en 2014, al cual ya se ha venido haciendo referencia.

⁷⁸¹ *Ibíd*em, p. 46.

⁷⁸² El estudio muestra que 19 de los pools que participaron declaraban ser constituidos a través de contratos multilaterales, mientras que la adopción de una forma societaria se presentaba en solo 14 y 9 mediante instrumentos estatutarios.

denominados “pools intermediados”.

Los acuerdos colectivos para asumir riesgos son aquellos a través de los cuales una compañía aseguradora, bien directamente, bien a través de un intermediario, acepta la cobertura del riesgo por nombre y por cuenta de todas las aseguradoras participantes del pool de conformidad con los términos y condiciones establecidos para su funcionamiento; pools cuya naturaleza puede ser tanto de constitución voluntaria como obligatoria. Destacar, asimismo, que este tipo de formación es la más frecuente en la práctica de los pools de base contractual.⁷⁸³

Por su parte, aquellos pools dedicados al reaseguro suelen adoptar la forma de contratos multilaterales, a través de los cuales los miembros reaseguran riesgos mediante el pool aceptando su retrocesión. Sin embargo, este tipo de acuerdos, aunque existan, no parecen ser demasiado frecuentes en la práctica.⁷⁸⁴

En último lugar, señalar un tipo de estructuras de tipo contractual presentes de manera exclusiva en los Países Bajos los cuales, conforme a su Derecho interno, son catalogados como “pools intermediados” y cuya característica principal se identifica con su funcionamiento: es el intermediario, y no los aseguradores, quienes organizan la operación.⁷⁸⁵ En este sentido, se advierten evidentes similitudes en relación a la dinámica

⁷⁸³ ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 44.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, pp. 45 y 109.

de funcionamiento del coaseguro ad hoc en la Unión Europea, toda vez que el corredor adquiere un papel fundamental en la configuración de la agrupación. Podrían calificarse, pues, como una suerte de “pools de riesgo ad hoc”.

Por último señalar que, en cuanto a la distribución por países, mientras que en Finlandia o Francia es frecuente encontrar pools de riesgo de carácter societario, en otros lo común será encontrar pools de base contractual⁷⁸⁶ los cuales, a su vez, pueden dividirse en dos categorías: de un lado ciertas formas de base contractual multilateral (Alemania, Reino Unido y España) y, de otro, aquellas agrupaciones estructuradas a través de diversos instrumentos estatutarios (Irlanda, Chipre o Bélgica).⁷⁸⁷

Expuesto cuanto antecede, parece razonable afirmar que, la variedad de formas jurídicas que pueden adoptar los pools de riesgo, recuerda, sin lugar a dudas, a las principales formas jurídicas empleadas en la configuración de las redes empresariales; cuestión ésta sobre la cual se volverá con mayor profundidad en el epígrafe correspondiente.

4. Organización y funcionamiento de los pools de riesgo

⁷⁸⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁷⁸⁷ Ambos tipos subsumidos, según CAFAGGI, en la categoría de contratos vinculados:” b) The ‘Linked Contracts’ Models This model is based on several bilateral, but in theory also multilateral, contracts, linked either via voluntary agreements or by the law, via judicial construction or statutory provisions. Contractual links may thus depend either on parties’ will or on the structural features of the set of transactions.” En CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *op.cit.*, p. 21.

Al contrario de lo que sucedía con el coaseguro, las dinámicas de organización y funcionamiento de los pools de riesgo se muestran más heterogéneas; de aquí que extraer un patrón o modelo general de funcionamiento de los pools de riesgo se antoje complicado.

En todo caso, sí pueden advertirse ciertos parámetros cuya tendencia permite ofrecer una visión sobre las principales tendencias presentes en este tipo de agrupaciones, en concreto, y por lo que a efectos del presente trabajo interesa, la existencia de capital en común, la presencia de ánimo de lucro, ciertas líneas generales en las formas de administración y funcionamiento, así como en los criterios de admisión y elección de la gestora del pool. Al análisis de estos aspectos nos dedicaremos en las siguientes líneas.

4.1 Existencia de capital en común

En términos generales, se aprecia que, mientras que los pools de base asociativa requerirán, normalmente, la existencia de fondos propios (incluso si su solvencia viene respaldada por otros instrumentos de capital), en las estructuras contractuales no parece que la presencia de un fondo común entre todos los operadores sea una práctica habitual.⁷⁸⁸

Atendiendo a este último supuesto de tipo contractual, siendo este el más frecuente en la práctica aseguradora, pueden, a su vez, distinguirse varias fórmulas. Por ejemplo, que la líder del pool emplee parte de sus

⁷⁸⁸ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., pp. 54-55.

propios fondos a fin de que este sea operativo y pueda desarrollar su actividad, solicitando las aportaciones necesarias al resto de participantes en los términos y condiciones establecidos o a través de la apertura de una o varias cuentas bancarias conjuntas a nombre de todos y cada uno de los miembros del pool en la cual se irán haciendo las aportaciones conforme a lo acordado. Pero en ningún supuesto de los mencionados el titular del capital es el pool.⁷⁸⁹

Ahora bien, que los pools en la mayor parte de los supuestos no dispongan de capital propio, no es óbice para eludir la existencia de fondos disponibles que permitan desarrollar su objeto.

Dicho esto, ya sea en los pools de base asociativa como en los de tipo contractual, señalar que se aprecian dos tendencias generales en cuanto a la modalidad de efectuar las correspondientes contribuciones al pool: aportaciones de acuerdo a la capacidad del miembro del pool en caso de reclamación (frecuente en el aseguramiento de riesgos de vehículos) o la creación de sistemas de compensación a partir de contribuciones anuales o tarifas de acceso.⁷⁹⁰

4.2 Presencia de ánimo de lucro

La mayor parte de los pools de riesgo parecen no presentar ánimo de lucro entre sus fines, siendo su objetivo mantener un determinado nivel de

⁷⁸⁹ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p.54.

⁷⁹⁰ *Ibidem*, p.57.

fondos de cara a hacer frente al pago de eventuales indemnizaciones. Son, en definitiva, una suerte de cajas de resistencia que pueden adoptar diferentes modalidades para su configuración, detrás de las cuales es frecuente que exista algún tipo de participación estatal.⁷⁹¹

Contrariamente, también pueden darse pools en los cuales, tanto el pool en su conjunto como los miembros de manera individual, presentan un interés lucrativo⁷⁹².

Ahora bien, partiendo de que estos dos tipos de tendencias son las más usuales en el mercado asegurador europeo, conviene, asimismo, llamar la atención sobre una tipología menos habitual que se sitúa entre ambos modelos. Se trata de aquellos pools en los cuales, pese a no perseguir un interés lucrativo, ciertos miembros del mismo pueden presentar esta característica originando, así, notables divergencias en cuanto al interés compartido y el individual que pueden ocasionar problemas de gran calado de cara su correcto desenvolvimiento.⁷⁹³

⁷⁹¹Se relacionan algunos ejemplos sin ánimo de ser exhaustivos. En el pool belga denominado *TRIP*, el Estado responde por cuantías desde un euro hasta los 700 M de euros. En el caso del *Finnish Pool for Environmental Incidents*, el Estado supervisa tanto al pool como a las entidades que lo conforman. En el pool francés *GAREAT*, el Estado, a través de la *Caisse Centrale de Réassurance*, reasegura los riesgos asumidos por el pool. Finalmente, en el pool español Convenio Español de Suscripción Conjunta de Riesgos de Origen Nuclear (ESPANUCLEAR), es el Consorcio de Compensación de Seguros el organismo que asegura los riesgos extraordinarios sobre aquellos daños cubiertos en las pólizas. ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p.61.

⁷⁹² Absolutamente todos los presentes en Finlandia y la práctica totalidad de aquellos dedicados a la cobertura de riesgos por terrorismo.

⁷⁹³ Este sería el caso del pool británico denominado *Global Aerospace Underwriting Management Ltd*; pool que, si bien en conjunto no posee ánimo de lucro, su administrador sí presenta un interés lucrativo en tanto que recibirá comisiones por las

4.3 Administración del pool

La mayor parte de los pools son gestionados internamente a través de la creación de unidades organizadas en las que participan sus miembros, los cuales, a su vez y de entre ellos, nombrarán a un director principal que se encargue de administrar el pool. Sin embargo, existen también supuestos en los cuales la administración se externaliza en un tercero que con frecuencia será bien una asociación de aseguradores, bien determinadas consultoras especializadas en el sector.⁷⁹⁴

Sea cual fuera la forma a través de la cual se lleve a cabo la gestión del coaseguro, la legitimación de la misma traerá causa del consenso mostrado por todos los miembros y no sobre la base del ejercicio del poder de uno o varios de ellos, pues, al fin y al cabo, la democracia y la aquiescencia entre pares forma parte del carácter intrínseco de su estructura⁷⁹⁵.

Se aprecia, en este aspecto, una diferencia fundamental en comparación con las formas de administración típicas en el coaseguro:

gestiones realizadas por nombre y por cuenta del resto de operadores del pool. ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 55.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, pp. 63-64.

⁷⁹⁵ En tal sentido, *vid.* GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit., p.78; CAFAGGI, F., “Il governo della rete: medelli organizzativi del coordinamento inter-impreditoriale”, *Reti di imprese tra reolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Il Mulino, 2004, p. 72.

mientras que en los pools de riesgo es posible que la líder sea un operador profesional ajeno a la agrupación, en los coaseguros esta posición puede ser detentada únicamente por uno de sus miembros.

4.4 Criterios de admisión al pool

Junto a los requisitos de carácter general⁷⁹⁶ y aquellos específicos pactados en el seno del pool⁷⁹⁷, la flexibilidad y capacidad de adaptación a las necesidades y funcionamiento del mismo se erigen como factores fundamentales de cara a evaluar la admisión de un nuevo miembro en la agrupación⁷⁹⁸. Idoneidad o aptitud que se materializan, en términos generales, en la predisposición mostrada por las coaseguradoras de cara a

⁷⁹⁶ Fundamentalmente la solvencia, la fortaleza financiera o la reputación del operador.

⁷⁹⁷ Algunos de estos criterios específicos impuestos por el pool son los que siguen. En el pool belga denominado *SYBAN*, se exige a sus miembros estar establecidos en el territorio de la Unión Europea, el compromiso de permanencia durante un periodo mínimo y que los fondos destinados al pool no excedan del 10% de los fondos propios. En Francia, es común encontrar condiciones generales relativas a la solidez financiera, la pertenencia a determinadas asociaciones aseguradoras, la reputación y experiencia en el sector, así como el compromiso a aceptar las condiciones estatutarias establecidas por el pool. Por su parte, el pool alemán *Pharma-Rückversicherungs-Gemeinschaft*, exige a sus miembros determinados parámetros de solidez financiera, disposición a comprometerse con las primas según lo establecido por el pool y la necesidad de contar con establecimientos en determinados Estados miembro elegidos por el pool. ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p.71.

⁷⁹⁸ Aspecto este esencial pues el pool de riesgos, en virtud de su alta flexibilidad, conlleva notables mejoras en cuanto a su eficiencia. “Esta modalidad flexible y adaptable ofrece indudables ventajas. Permite a sus miembros –manteniendo su completa independencia en cuanto a sus negocios– una mayor capacidad de suscripción, una mayor dispersión de los riesgos y obtener condiciones de reaseguro más ventajosas. Reduce los costos de administración gracias a la centralización de la operación, amplía las bases para las estadísticas del mercado, y (...).” En HILL PRADOS, M.C., *El reaseguro*, op.cit., p. 164.

aceptar ciertas pautas relativas dos aspectos críticos, a saber, la determinación de la prima y la implantación de clausulados homogéneos en los riesgos a suscribir en común.

4.4.1 En cuanto a la determinación de la prima

Parecen apreciarse importantes diferencias entre el número de pools cuyo funcionamiento impone la existencia de una tarificación uniforme de la prima y aquellos en los cuales se otorga libertad a sus miembros para este fin, siendo más numerosos los segundos. En cuanto a los primeros, son tres las principales formas en las cuales se expresa dicha homogeneización: (i) la única prima pagada se corresponde con la cuota correspondiente de la participación en el reaseguro valorada a precio de mercado; (ii) primas basadas en las tarifas determinadas por la categoría del riesgo de la industria en cuestión, así como en función del volumen de negocios; (iii) primas calculadas con base en criterios técnicos y actuariales.⁷⁹⁹ Fórmulas todas ellas que, bajo cualquier circunstancia, habrán de respetar los límites establecidos por la normativa de Defensa de la competencia.⁸⁰⁰

Por su parte, y atendiendo a la presencia o ausencia del carácter lucrativo, se aprecian, asimismo, dos tendencias en relación con la participación individual de cada miembro en la prima total que deberá ser abonada por el tomador. Así, mientras que en los pools con fines lucrativos

⁷⁹⁹ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 73.

⁸⁰⁰ Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

la participación en la prima bruta se muestra íntimamente relacionada con la capacidad financiera de cada miembro, en aquellos pools sin ánimo de lucro no parece que dicha capacidad sea relevante rigiendo el criterio de reparto conforme a distintos parámetros. Estos parámetros pueden ser, por ejemplo, el establecimiento de una cuota fija en el acuerdo del pool sujeta a cambios en función de si se produce la entrada o salida de nuevos miembros del pool, que cada aseguradora haga su aportación en función de su capacidad o determinar su participación con base en una fórmula que refleje su cuota de participación en el mercado subyacente.⁸⁰¹

También se aprecian diferencias en cuanto a qué operador es el que determina el precio de la prima. De un lado, aquellos pools en los cuales tanto la evaluación del riesgo como la fijación de la prima es realizada por los aseguradores con base, bien en la metodología pactada en los acuerdos que rigen en pool, bien utilizando sus propios métodos. De otro, los pools de riesgos en los cuales estas funciones son desempeñadas por un intermediario o una aseguradora miembro del pool a la que expresamente se le haya encomendado tal misión.⁸⁰²

4.4.2 En cuanto a la imposición de términos y condiciones

Igualmente resulta relevante a la hora de valorar la entrada de un

⁸⁰¹ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 74. Asimismo, merece ser destacado aquí el caso de un pool de riesgo rumano sin ánimo de lucro en el cual la Ley 260, de 4 de noviembre, fija la prima que habrá de ser abonada por los miembros del pool.

⁸⁰²ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 71.

nuevo miembro en el pool su capacidad o aversión a aceptar la imposición de los términos y condiciones que rigen el mismo. En este sentido, se aprecian tendencias dispares en función de la presencia o ausencia de ánimo de lucro, siendo más frecuente la imposición de determinadas condiciones en el primer caso.⁸⁰³

Las principales condiciones presentes en los pools de riesgo son, sin ser exhaustivos, las que siguen a continuación: cláusulas sobre las cuotas de afiliación y contribuciones periódicas al pool; cláusulas que imponen el principio de igualdad en cuanto a aportaciones y beneficios; asumir los términos y condiciones previstos en el aseguramiento conjunto de riesgos nucleares, biológicos, químicos y radiológicos; estandarización de pólizas de seguro, de condiciones técnicas y tarifas diseñadas por el pool y obligatorias para el conjunto de miembros que lo conforman; la centralización de la tramitación y liquidación de siniestros.⁸⁰⁴

Es importante destacar, asimismo, que el establecimiento de ciertas cláusulas específicas y condiciones técnicas, no necesariamente traen causa de la voluntad de los miembros del pool, sino que, en ocasiones, su observancia puede ser fruto de un mandato legal.⁸⁰⁵

5. El pool de riesgo como red empresarial

A la luz de lo expuesto resulta sencillo apreciar el fenómeno de la

⁸⁰³ *Ibidem*, pp. 74-75.

⁸⁰⁴ *Ibidem*, p. 75.

⁸⁰⁵ *Ibidem*, p. 76.

red empresarial tras la realidad de los pools de riesgo. Estructuras reticulares de tipo asociativo o contractual a través de las cuales, con base en la colaboración entre distintas entidades competidoras, se producen eficiencias en el mercado asegurador.

A diferencia de lo que sucediera en el coaseguro, la naturaleza jurídica del pool de riesgo ni es una cuestión controvertida ni cabe que lo sea, toda vez que, como se ha indicado, este tipo de organizaciones adoptarán las formas jurídicas que proceda en su caso de conformidad con el Derecho nacional que les sea aplicable.

En el caso español, como se verá con mayor detalle, tanto la *Agrupación Española de Entidades Aseguradoras de los Seguro Agrarios Combinados S.A. (AGROSEGURO)* como el *Pool Español de Riesgos Medioambientales (PERM)* se configuran como contratos multilaterales, mientras que el pool denominado *Convenio Español de Suscripción Conjunta de Riesgos de Origen Nuclear (ESPANUCLEAR)* hace lo propio a partir de instrumentos estatutarios⁸⁰⁶; formas, todas ellas, habituales en las estructuras típicas de las redes empresariales.

Sea cual fuere la configuración adoptada, el fin del pool es desarrollar una misma actividad: la cobertura conjunta de riesgos; actividad que sería imposible de desarrollar o se haría de una manera menos eficiente de no ser por la estrecha colaboración entre diversas

⁸⁰⁶ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 48.

entidades que, a su vez, compiten en el mercado.⁸⁰⁷

Conviene ahora comprobar si las características que la doctrina predica de las redes empresariales se encuentran en los pools de riesgo, ello con independencia de la forma jurídica que estas agrupaciones adopten, esto es, si se configuran con base asociativa o contractual.

En primer lugar, resulta evidente la presencia de la multiplicidad pues es necesario que exista más de una aseguradora para poder llevar a cabo la cobertura en común de riesgos. Igualmente lo es la autonomía de cada una de las aseguradoras, toda vez que estas son libres de desarrollar su actividad empresarial, tanto dentro como fuera del pool⁸⁰⁸, ello con independencia de su pertenencia al mismo.

La estabilidad se muestra igualmente palpable en los pools de riesgo puesto que estos se emplean para la cobertura en común a determinadas categorías de riesgos que no dependen de las necesidades específicas de un cliente (cuestión esta que lo diferencia cualitativamente del coaseguro).⁸⁰⁹

⁸⁰⁷Cooperación que se califica como necesaria en el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento del Reglamento (UE) n.º 267/2010 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros*, p.6.

⁸⁰⁸No obstante, como se ha visto, en algunos aspectos tendrán que someterse voluntariamente a la disciplina del pool para poder operar. Este es el caso de la adopción de términos y condiciones o de metodologías específicas para el cálculo de las primas que habrán de cobrar a sus clientes, si bien no es una práctica mayoritaria. Pero en todo caso, su adhesión es voluntaria.

⁸⁰⁹Que exista estabilidad, por su parte, no es óbice para impedir la entrada o salida de coaseguradoras en el pool, siempre y cuando, eso sí, se respeten las reglas establecidas a estos efectos.

Y fruto de esta estabilidad surgirá la interdependencia por cuanto la conexión económica y logística entre todas las coaseguradoras determinará, en buena medida, la consecución del fin compartido. Interdependencia que, por su parte, podrá adoptar diversas modalidades en función de la configuración del pool.

Conectada con la doble dimensión que caracteriza a las redes empresariales, se hace evidente la relación de cooperación y competencia entre los miembros que conforman el pool. Así pues, si bien dentro del seno del pool el comportamiento de las coaseguradoras irá orientado a la cooperación como instrumento para alcanzar el fin compartido (dar cobertura conjunta a un riesgo), fuera de este la lógica sus respectivos objetivos irá orientados a la competición entre ellos a fin de ampliar su volumen de negocios y captar a la mayor clientela posible.

Conviene, asimismo, llamar la atención sobre la presencia de un interés compartido. Ello es así debido a que en el pool coexisten tanto intereses de carácter homogéneo (la creación de valor para llevar a cabo la cobertura conjunta de un mismo riesgo) como individuales de cada coasegurador (obtener el mayor beneficio a través de la propia atribución de la mayor parte del valor añadido generado por el pool); intereses cuya interacción cobrará especial relevancia desde el ámbito de la Defensa de la competencia, tal y como se verá en el Capítulo oportuno.

Por último apuntar que, en cuanto a la tipología de red empresarial en la cual puede subsumirse el pool de riesgo, resulta evidente su encaje, al igual que sucediera con el coaseguro ad hoc, en la de tipo paritario por

cuanto que existe un elevado nivel de paridad entre sus miembros que impide el ejercicio de cualquier tipo de poder de uno de ellos sobre el resto.⁸¹⁰

6. Principales pools por riesgos cubiertos

A continuación, se procederá a efectuar una revisión actualizada de los principales pools de riesgo operativos a nivel europeo en función de los riesgos asegurados y su importancia en el mercado, a saber, pools para la cobertura de riesgos nucleares, pools para la cobertura de riesgos medioambientales y pools para la cobertura de riesgos derivados de actos terroristas. En último lugar, se analizará el pool de riesgo del seguro agrario combinado; un pool que presenta notas muy singulares, cuya estructura y funcionamiento puede encontrarse, exclusivamente, en el mercado español.

6.1 Pools para la cobertura de riesgos nucleares

Una de las categorías pioneras en el aseguramiento conjunto de riesgos a través de agrupaciones de tipo pool es aquella cuyo objeto consiste en la cobertura de riesgos nucleares, los cuales, si bien escasos en cuanto a número de siniestros, gozan de especial relevancia en el imaginario colectivo. Piénsese aquí, por ejemplo, en los conocidos accidentes de la central nuclear de Three Mile Island (1979, Estados

⁸¹⁰En tal sentido, *vid.* GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, op.cit., p. 77.

Unidos), de Tchernobyl (1986, Ucrania), así como el accidente nuclear de la central de Fukushima (2011, Japón).⁸¹¹

Coincidiendo con al auge del desarrollo del sector nuclear a mediados del siglo XX, la necesidad de dar cobertura a los nuevos riesgos que esta industria generaba era acuciante⁸¹²; riesgos con orígenes diversos y caracterizados por poseer una naturaleza atípica en la industria aseguradora⁸¹³. En este sentido, el rasgo más destacable se reducía a la

⁸¹¹ Sin perjuicio de la gran repercusión mediática y social, en concreto del accidente de Fukushima, no parece que la misma haya suscitado un elevado interés académico, siendo escasos los documentos que tratan la cuestión. Más afortunada, por el contrario, se muestra la actividad política llevada a cabo desde entonces con especial intensidad, al menos en la Unión Europea. HEFFRON, R. J., ASHLEY, S. F., NUTTALL, W. J., “The global nuclear liability regime post Fukushima Daiichi”, *Progress in Nuclear Energy*, Vol. 90, 2016, p.8.

⁸¹² “En forma no competitiva, los primeros pools se desarrollarán en EEUU, en 1956, donde inicialmente surgieron de forma separada: uno para el seguro de Daños Propios y otro para la Responsabilidad Civil (NEPIA v NELIA), dirigidos por la asociación de sociedades anónimas. Por su parte, las mutuas crearon en sus propios pools (MAERP y MAELU) un año más tarde. 1956 vio también en la fundación de los primeros pools europeos en Suecia y Gran Bretaña, este último con el apoyo del mercado del Lloyds. En el año 1957 surgieron las primeras asociaciones de Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Noruega y Suiza; en 1958 Holanda, en 1959 Austria y Japón en 1960. El “Pool atómico español” no nació hasta 1967 un año antes de comenzar a funcionar la central nuclear de Zorita.” GÓMEZ DEL CAMPO, J., “Los Riesgos Nucleares y su Cobertura Aseguradora”, *Financiación y Seguro*, Fundación MAPFRE, Núm. 2, 3rd Trimester, 1986, p.33; IGARTUA ARREGUI, I., AMEYE, E., “National nuclear third party insurance pools revisited from an EU antitrust perspective”, *Concurrences Review*, N° 2, 2012, Art. N° 45242, p.1.

⁸¹³ “Nuclear risk refers to incidents or accidents likely to occur in nuclear installations (plants, storage depots, waste treatment factories, etc.). This risk can be of endogenous origin (leakage of ionizing rays, radioactive heat emission, reactor core melt, etc.) or of exogenous origin (human error, landslide, storm, earthquake, terrorist attack, etc.). Moreover, a nuclear accident can have very serious and long-term consequences for the environment and human health. It can also cause serious economic disturbances which lead to considerable difficulties in damage assessment. As far as the environment is concerned, a nuclear accident might cause significant natural and sanitary damage. In human terms, it could result not only in immediate death but also malformations and diseases, the first symptoms of which may only appear several

imposibilidad de prever el acaecimiento de un siniestro nuclear debido a la inexperiencia en el asesoramiento de este tipo de riesgos, ya fuera tanto por parte de las aseguradoras como por parte del resto de operadores públicos y privados del sector.

Así pues, la necesidad de recurrir a la cobertura conjunta no estribaba únicamente en la capacidad de dispersar el riesgo, sino más bien en la incapacidad real, ante la falta de datos, de determinar la probabilidad de que se materializara un siniestro y del daño a reparar.⁸¹⁴

Los riesgos nucleares exigen dar una cobertura ilimitada, haciendo que, desde el punto de vista de la gestión de riesgos, actuarialmente estos no puedan ser asegurados.⁸¹⁵ De hecho, dada la peligrosidad que entraña este tipo de riesgos para la industria aseguradora, era y es en la actualidad una práctica común a nivel internacional la exclusión de los mismos de cualquier tipo de póliza de seguro, independientemente del riesgo cubierto.⁸¹⁶

decades after the accident.” *Vid.* FAURE, M.G., FIORE, K., “The Coverage of the Nuclear Risk in Europe: Which Alternative?”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 33, No. 2 (April 2008), p. 289.

⁸¹⁴ FAURE, M.G., FIORE, K., “The Coverage of the Nuclear Risk in Europe: Which Alternative?”, *op.cit.*, p. 289. No obstante, hay quienes sí se aventuran a situar la probabilidad anual de que se produzca un desastre de este tipo por planta nuclear en el 0,00005%, siendo de entre el 1% y el 2% a nivel mundial. *Vid.* HOFERT, M., WÜTHRICH, M.V., “Statistical Review of Nuclear Power Accidents”, *Asia-Pacific Journal of Risk and Insurance*, Vol. 7, Iss. 1, Article 1, 2013, p. 17.

⁸¹⁵ HOFERT, M., WÜTHRICH, M.V., “Statistical Review of Nuclear Power Accidents”, *op.cit.*, p. 17.

⁸¹⁶ FAURE, M.G., FIORE, K., “The Coverage of the Nuclear Risk in Europe: Which Alternative?”, *op.cit.*, p. 291; ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, *op. cit.*, p. 97.

Habida cuenta de la importancia de dar cobertura a este tipo de riesgos, se hacía necesario recurrir a soluciones diferentes que fueran más allá de las tradicionales estructuras empleadas en el sector asegurador que permitiesen la cobertura conjunta de grandes riesgos a través de la cooperación, surgiendo, así, los primeros pools de riesgo en la década de 1950⁸¹⁷; pools cuya existencia sigue presente en la actualidad tanto a nivel europeo como internacional y a los cuales se hará referencia a continuación.

6.1.1 Panorama actual de los pools de riesgos nucleares en la Unión Europea

6.1.1.1 Marco regulatorio

Además de la existencia de numerosos convenios de carácter internacional⁸¹⁸, la regulación específica relativa al sector nuclear en el

⁸¹⁷“The first nuclear pools created were the Nuclear Energy Property Insurance Association “NEPIA”, the Nuclear Energy Liability Insurance Association “NELIA” and the Mutual Atomic Energy Reinsurance Pool “MAERP” in the United States, and the Swedish pool and the British pool (including capacity from the Lloyd’s non-marine insurance market), all in 1956. In 1957, nuclear pools were created in Belgium, Denmark, Finland, France, Italy, Norway and Switzerland; in 1958 in the Netherlands; in 1959 in Austria and in 1960 in Japan.” *Vid. ERNST & YOUNG, Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market, op.cit., p. 97.*

⁸¹⁸ Convenios que, en buena medida, han sido ratificados por España: el Convenio de París de 29 de julio de 1960, sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, y del Convenio de Bruselas de 31 de enero de 1963, de carácter complementario. Junto a estos dos Convenios, destacar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), depositaria del Convenio de París, recomendó en 1990 actualizar los niveles de responsabilidad de los explotadores por daños nucleares para asegurar una cobertura más amplia.

ámbito de la Unión Europea⁸¹⁹ resulta igualmente prolija, formando parte, como es sabido, del germen fundacional de lo que es hoy en día la Unión Europea. Nos referimos aquí, obviamente, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o Euratom), firmado el 25 de marzo de 1957.

En el marco regulatorio español, dentro de la copiosa normativa relativa al sector nuclear, sin duda es destacable la *Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos*. Precisamente el artículo 4 de esta Ley establece que la responsabilidad del explotador de una instalación nuclear alcanzará, por todos los daños nucleares causados como consecuencia de cada accidente nuclear, de manera general, los 700 millones de euros, siendo esta cuantía variable dependiendo del supuesto en cuestión.

A fin de garantizar la reparación de los eventuales daños que pudieran ocasionarse, el legislador exige, asimismo, la posibilidad de otorgar garantías suficientes bajo diferentes modalidades⁸²⁰, siendo en la

⁸¹⁹ Sin ser exhaustivos: la Directiva 2013-51 EURATOM del Consejo de 22 de octubre de 2013 por la que se establecen requisitos para la protección sanitaria de la población con respecto a las sustancias radiactivas en las aguas destinadas al consumo humano; el Reglamento (EURATOM) 237-2014, del Consejo, de 13 de diciembre de 2013, por el que se establece un Instrumento de Cooperación en materia de seguridad nuclear; el Reglamento (EURATOM) 1493-1993, del Consejo, de 8 de junio de 1993, relativo a los traslados de sustancias radiactivas entre los Estados Miembros; la Directiva 2006-117-EURATOM, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativa a la vigilancia y al control de los traslados de residuos radiactivos y combustible nuclear gastado.

⁸²⁰ Aquellas recogidas en el art. 12.2 del mismo texto: a) Contratación de una póliza de seguro que cubra la garantía exigida. b) Constitución de otra garantía financiera con una entidad autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda, en las condiciones que regule su normativa específica. c) Una combinación de ambas, que

mayor parte de los supuestos materializada a través de la contratación de una póliza de seguro⁸²¹. Por consiguiente, la suscripción de la una póliza de seguro a través de un pool no se erige como una exigencia, sino simplemente como una de las opciones disponibles para la cobertura de este tipo de riesgos.

6.1.1.2 Funcionamiento de los pools de riesgo nucleares en la Unión Europea

La dinámica habitual en torno a la contratación de seguros que den cobertura a riesgos nucleares a nivel europeo es simple: los explotadores de centrales nucleares contactan directamente con un representante del pool cuya capacidad financiera se identifica con la suma de las contribuciones aportadas al fondo común de la agrupación, pudiendo sus miembros pertenecer a diversos Estados de la Unión Europea.⁸²²

A diferencia de lo que sucede en el resto de pools de riesgos, resulta llamativo aquí la total inexistencia de fondos propios. Únicamente existe

cubra la totalidad de la garantía exigida. d) Inmovilización de fondos propios por un valor igual o superior a la responsabilidad atribuida.

⁸²¹MENÉNDEZ-MORÁN ÁLVAREZ, E., “Revisión de la legislación relativa a la responsabilidad civil por daños nucleares”, *Revista de la Sociedad Nuclear española*, Nº. 319, 2011, p. 14. Añade la autora que: “En relación con este tipo de garantía, la Ley contempla una modificación del Estatuto del Consorcio de Compensación de Seguros para que, además de la función que ya tenía como reasegurador del mercado, ahora pueda actuar como co-asegurador, junto con las entidades de seguros, para aquellas categorías de daños que puedan ser aseguradas como concepto, pero cuya cobertura no alcance los límites establecidos en la Ley, bien sean de tipo monetario o del periodo de prescripción.”

⁸²²ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 98.

un fondo mínimo que puede ampliarse mediante aportaciones por parte de las entidades participantes en caso de tener que hacer frente a eventuales indemnizaciones;⁸²³ modus operandi que, sin duda, otorga flexibilidad a la agrupación permitiéndole adaptarse a diferentes escenarios.

En cuanto a la presencia de ánimo de lucro, no se aprecian divergencias en términos porcentuales entre los pools de riesgos nucleares y los pools para la cobertura de otros tipos de riesgo⁸²⁴. Por su parte, la naturaleza jurídica de estos pools es variada y depende del Estado miembro, encontrándose las tres formas presentes en el resto de pools de riesgo de manera más o menos equilibrada.⁸²⁵ Y respecto a la estandarización de los términos y condiciones, no parece que esta sea una práctica mayoritaria en el sector.⁸²⁶

Finalmente, y por lo que al interés del presente trabajo se refiere, destacar la estructura oligopolística presente en este mercado dado el escaso número de pools para la cobertura de riesgos nucleares que operan en el mismo y el bajo número de demandantes de tal cobertura⁸²⁷.

6.1.2 Decadencia del pool de riesgo nuclear frente a otras formas más competitivas

⁸²³ *Ibidem*, p. 102.

⁸²⁴ *Ibidem*, p. 101.

⁸²⁵ *Ibidem*, p. 98.

⁸²⁶ *Ibidem*, p. 102.

⁸²⁷ FAURE, M.G., FIORE, K., “The Coverage of the Nuclear Risk in Europe: Which Alternative?”, *op.cit.*, p. 291; ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, *op.cit.*, p. 97.

La creación de pools de riesgos nucleares especializados a partir de la segunda mitad del siglo XX, unida al progresivo establecimiento de un límite legal de responsabilidad civil por siniestro⁸²⁸, fue la respuesta adoptada tanto por los mercados como por los Estados de cara a lograr la cobertura de estos nuevos riesgos. Y dicha solución comportaba dos consecuencias fundamentales dada la estructura oligopolística de este mercado: la falta de competencia real entre los operadores y el establecimiento de primas excesivas; situaciones ambas que suponían notorias ineficiencias en el mismo⁸²⁹.

Ahora bien, pese a su falta de competitividad, este tipo de agrupaciones venían siendo amparadas por la Comisión Europea a través de los sucesivos Reglamentos de exención propios del sector asegurador, pues en ellos se contemplaba, de forma específica, la exclusión de buena parte de estas estructuras cooperativas hasta el pasado 31 de marzo de 2017⁸³⁰.

Dada la concentración que presenta este mercado –al contrario de que sucede en la mayor parte de los seguros directos–, la aparición de conductas restrictivas de la competencia se hacía evidente; cuestión esta advertida desde sus orígenes por diversos autores⁸³¹.

⁸²⁸ En España estos límites se encuentran recogidos en el art. 4 de la Ley 12-2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

⁸²⁹ FAURE, M.G., FIORE, K., “The Coverage of the Nuclear Risk in Europe: Which Alternative?”, *op.cit.*, p. 294.

⁸³⁰ Fecha en la cual expiró el hasta entonces vigente Reglamento de Exención por categorías del sector asegurador.

⁸³¹ Sin ser exhaustivos, a nivel internacional: HAVENS, C.W., THEISEN, R.M., “The application of United States and ECC antitrust laws to reinsurance and insurance

Pese a las ineficiencias generadas por la presencia de los pools de riesgos nucleares, la acuciante necesidad de proveer al mercado de un sistema de aseguramiento ante estos riesgos nucleares se mostraba como una cuestión prioritaria frente a las conductas restrictivas de la competencia que pudieran ocasionarse fruto de esta permisión⁸³². Conductas identificadas, en la mayor parte de las ocasiones, con aquellos intercambios de información anticompetitivos que pudieran llevar implícitas la creación de barreras de entrada, así como con el establecimiento de primas excesivas.⁸³³ De hecho, en un estudio realizado hace algunos años en el mercado asegurador francés, se evidenciaba la existencia de primas excesivas (355 veces superior a la prima que actuarialmente correspondiera), y cuyas conclusiones, según los propios autores, eran perfectamente extrapolables a otros mercados geográficos europeos.⁸³⁴

pooling arrangements”, *The Antitrust Bulletin*, 1986, 1301; FAURE, M., VAN DEN BERGH, R., “Restrictions of competition on insurance markets and the applicability of EC antitrust law”, *Kyklos*, Vol. 48, Issue 1, 1995, pp. 65-85.

⁸³² Más si cabe teniendo en cuenta que, con la aprobación de dos nuevas enmiendas de los Convenios de París y Bruselas en 2004 (ratificados por España con fecha 18 de noviembre de 2005), se elevaba la cuantía de la responsabilidad mínima obligatoria por riesgos nucleares. *Vid.* Preámbulo I de la Ley 12-2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

⁸³³ FAURE, M.G., FIORE, K., “The Coverage of the Nuclear Risk in Europe: Which Alternative?”, *op.cit.*, pp. 294-295.

⁸³⁴ FAURE, M.G., FIORE, K., “The civil liability of European nuclear operators: which coverage for the New 2004 Protocol? Evidence from France”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, Volume 8, Issue 3, 2008, pp. 227–248. Por su elevado interés ilustrativo, se extracta un breve resumen del referido trabajo: “The French nuclear operator EDF currently administers 58 reactors and has adopted a system of partial insurance to cover its civil liability. Under its insurance contract, the total amount covered is €31 million per accident. For this insurance, EDF currently pays a premium of €6.4 million/year (all tax included) for all of its reactors. As in traditional insurance markets, the premium should include the

Sin embargo, la dinámica en la cobertura de este tipo de riesgos ha cambiado notablemente en la actualidad.

Así las cosas, tal y como sucediera con el coaseguro, en los últimos lustros han irrumpido en el mercado nuevas formas de garantizar la cobertura de riesgos nucleares. Formas más competitivas que desplazan a las tradicionales estructuras del pool de riesgo recurriendo a los mercados de capitales y que, a su vez, parecen presentar un grado equiparable de especialización⁸³⁵.

objective value of the risk (also called the "actuarial" or "indicative" premium), the pool's loading costs (generally estimated to about 30 per cent of the objective value of the risk), and a surcharge for risk aversion, taxes and the insurers' benefit. This can be added to the premiums actually charged by the nuclear pools. In previous research, we showed that EDF's indicative premium for its 58 nuclear reactors should be: $P = \text{€}17,980/\text{year}$ (Appendix A). The difference between this premium and the premium currently paid by EDF is huge. In fact, this current premium is 355 times higher. Earlier, we examined the potential reasons for this large gap. Although we were unable to give a clear and distinct answer, we concluded that one possibility is that insurers impose a considerable surcharge because of their risk aversion, while another explanation might be that the internal costs or benefits of the nuclear pools are quite high. In our view, the explanation stems from a combination of different factors linked to the monopolistic structure of the market and to the uncertainty surrounding the risk. There may, however, be other reasons (beyond the scope of this paper) which serve to explain why the insurance industry has charged excessively high premiums." En FAURE, M.G., FIORE, K., "The Coverage of the Nuclear Risk in Europe: Which Alternative?", *op.cit.*, p. 295-296.

⁸³⁵ Tal es el caso de *Northcourt*, una empresa maltesa que ofrece a sus clientes una alternativa distinta a la dispersión del riesgo nuclear a través de los sindicatos de la Lloyds. De hecho, en su carta de servicios expresamente indica lo que "Northcourt has been designed to sit outside the nuclear pooling system. It can underwrite nuclear business on a truly international basis, where local regulations allow mature it to issue local insurance or reinsurance policies utilizing its moment Lloyd's paper. (...) Northcourt has been established because, for a long time, barriers to entry for new insurers wishing to enter the market have existed under the current pooling arrangements."

Fruto de esta nueva realidad, el mantenimiento de ciertas exenciones sobre los pools de riesgos en materia de competencia se hacía insostenible puesto que las nuevas fórmulas, mucho menos restrictivas que los pools de riesgos, servían a los mismos efectos, desplazando, por consiguiente, a los pools especializados.⁸³⁶

6.1.3 El Convenio Español de Suscripción Conjunta de Riesgos de Origen Nuclear (ESPANUCLEAR)

El único pool de riesgos nucleares español presente en la actualidad es el Convenio Español de Suscripción Conjunta de Riesgos de Origen Nuclear (ESPANUCLEAR)⁸³⁷, el cual carece tanto de ánimo de lucro como de fondos propios y cuyo ámbito de actuación es el mercado internacional.⁸³⁸

Se aprecia una clara interferencia estatal en este pool a través de la asunción por parte del Consorcio de Compensación de Seguros de la cobertura de aquellos riesgos que resulten asegurables por las entidades aseguradoras de la responsabilidad civil por accidentes nucleares causados

⁸³⁶ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento del Reglamento (UE) n.º 267/2010 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*COM (2016) 153 final*), § 20.

⁸³⁷ Este es considerado como el heredero del “Pool Atómico Español”, constituido en 1967, con el objetivo de cubrir los riesgos de la central nuclear de Zorita. MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 196; GÓMEZ DEL CAMPO, J., “La necesidad del Seguro de Responsabilidad Civil Nuclear (SRCN)” *Revista de la Sociedad Nuclear española*, N.º. 319, 2011, p.20.

⁸³⁸ ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., pp. 53, 57 y 80, respectivamente.

por sustancias nucleares o por accidentes en los que se produzca la liberación de radiaciones ionizantes en los que intervengan materiales radiactivos que no sean sustancias nucleares. Intervención que, por su parte, puede concretarse bajo dos supuestos: bien en el caso de que no se alcance por el pool el límite mínimo de responsabilidad previsto en la Ley sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, asumiendo el Consorcio la diferencia restante hasta dicho límite, bien actuando como reasegurador en la forma y cuantía que, en su caso, pudiera establecer el Ministerio de Economía y Hacienda.⁸³⁹

La administración del pool de riesgo es desempeñada por *Aseguradores de Riesgos Nucleares A.I.E.*, siendo esta una Agrupación de Interés Económico constituida en 1992 y cuyo objeto social consiste en la prestación de servicios auxiliares, administrativos, técnicos y financieros a sus socios relacionados con la actividad de aseguradores/reaseguradores de riesgos nucleares.⁸⁴⁰ Agrupación que, por su parte, actúa como gestora de la red tanto a nivel externo como interno del pool.

Aseguradores de Riesgos Nucleares, configurada como Agrupación de Interés Económico, se trata, pues, de una red empresarial⁸⁴¹ que

⁸³⁹ Art. 9.1 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

⁸⁴⁰ Información extraída de su web corporativa: <https://www.espanuclear.com/aseguradores-riesgos-nucleares/>

⁸⁴¹ Las Agrupaciones de Interés Económico (AIE) se identifican con el fenómeno de la red empresarial toda vez que estos tipos de estructuras empresariales son creadas para “permitir la cooperación de sus miembros con la finalidad de obtener bienes y servicios a los que individualmente no hubieran tenido acceso o a los que hubieran tenido acceso a un coste más elevado permitiendo la aplicación de tales ventajas a la

gestiona y coordina la actividad desarrollada por el pool. Una red empresarial que gobierna otra de igual naturaleza, mas de distinto tipo, pues, mientras que ESPANUCLEAR se configura a través de relaciones contractuales, dando lugar a una red empresarial contractual, *Aseguradores de Riesgos Nucleares*, como Agrupación de Interés Económico, se identifica con las redes empresariales de tipo consorcial. No obstante, la coexistencia de ambas tipologías resulta absolutamente compatible. Mayores problemas, por el contrario, parecen suscitar ciertos aspectos del objeto o finalidad de la referida Agrupación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, *Aseguradores de Riesgos Nucleares* se ha de limitar, exclusivamente, a desarrollar una actividad económica auxiliar a la actividad principal desempeñada por sus socios, sin estar permitida la posesión directa o indirecta de participaciones en sociedades que sean miembros suyos, ni dirigir o controlar directa o indirectamente las actividades llevadas a cabo por sus socios o terceros.

A tenor de la dicción literal del referido precepto, no se plantearía ningún problema respecto al desarrollo de una actividad auxiliar (gestión del pool) a la propia de sus socios (ofrecer aseguramiento conjunto, en este caso, a través de un pool), ni ninguno relacionado con la posesión directa o indirecta de participaciones en sociedades que sean miembros de la AIE.

actividad empresarial propia de cada uno de ellos que continúa siendo independiente.” En RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *op.cit.*, pp. 83-84.

Sin embargo, la dirección y el control directo o indirecto sobre las actividades llevadas a cabo por sus socios o terceros podría entrar en conflicto con lo establecido en la referida Ley. He aquí la problemática antes apuntada: una Agrupación de Interés Económico no puede llevar a cabo tareas de dirección, ni directa ni indirectamente, sobre la actividad que desarrollen sus socios “ni sobre terceros”, siendo, precisamente, este el cometido esencial para el cual dicha Agrupación de Interés Económico fue creada: la gestión un tercer operador conformado por los integrantes del pool de riesgo denominado ESPANUCLEAR⁸⁴².

Precisamente, esta estrecha limitación objetiva establecida por el artículo 3 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico constituye uno de los aspectos que más interés ha suscitado en la doctrina fruto de la especial naturaleza de la AIE como híbrido entre la Agrupación Europea de Interés Económico y de una tradicional figura societaria española, esta es, la sociedad colectiva⁸⁴³; controversia que, por otra parte, no hace sino señalar el fenómeno de la red empresarial tras esta figura que no encuentra acomodo en ninguna de las estructuras actuales del Derecho privado⁸⁴⁴.

⁸⁴² En este sentido, la web corporativa cae en su propia contradicción indicando que: “Aseguradores de Riesgos Nucleares es una Agrupación de Interés Económico, con personalidad jurídica, constituida en 1992 para la *administración* del Convenio Español de Suscripción de Riesgos Nucleares (ESPANUCLEAR). La Agrupación tiene por objeto la *prestación de servicios auxiliares*, administrativos, técnicos y financieros a sus socios, relacionados con la actividad de aseguradores/reaseguradores de riesgos nucleares”. (La cursiva es nuestra).

⁸⁴³ *Vid.* Preámbulo III de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.

⁸⁴⁴ Un mayor ahondamiento sobre la delimitación del objeto y funciones de estas Agrupaciones de Interés Económico, pese su gran trascendencia, se excluye del

En otro orden de cosas, orgánicamente, *Aseguradores de Riesgos Nucleares A.I.E.* está constituida por la Asamblea de socios (los miembros del pool ESPANUCLEAR, unos 30 en total), el Consejo de Administración y dos Comités, uno técnico y otro financiero, constando inscrita en el Registro Mercantil de Madrid. En este sentido, destacar el aparente equilibrio de los cargos de los órganos sociales entre las grandes aseguradoras que conforman el pool, dejando a un lado a aquellas que poseen una menor capacidad. De aquí se deduce qué entidades serán las que poseen una mayor participación de la A.I.E. ostentando, indefectiblemente, mayor poder en la gestión del pool.⁸⁴⁵

Sin duda, la configuración de ESPANUCLEAR, tanto desde el punto de vista organizativo como funcional, se corresponde plenamente con las estructuras propias del fenómeno de la red empresarial que dotan al referido pool de determinadas características que coadyuvan a lograr una mayor eficiencia y competitividad en el mercado (más flexibilidad, capacidad de adaptación, etc.). Ahora bien, más cuestionable, como se ha señalado, resulta la creación de una gestora del mismo, bajo la forma jurídica de Agrupación de Interés Económico, *Aseguradores de Riesgos Nucleares*, toda vez que su naturaleza podría entrar en conflicto con los objetivos propios de este tipo de organizaciones.

presente trabajo dado que se excede de los límites propios de este. Sobre tal cuestión, pues, nos remitimos a la bibliografía específica existente sobre tal materia.

⁸⁴⁵Información extraída de su web corporativa:
<https://www.espanuclear.com/organos-de-gobierno/>

Por último, destacar que, más allá de las notorias ventajas que el empleo de estas estructuras reticulares comporta y lejos de la eficiencia que estas puedan generar, quizás la elección de tal configuración (una AIE como gestora del pool) pueda responder a causas de índole puramente económica más que organizativa: los importantes incentivos fiscales presentes en estas redes empresariales de tipo consorcial.⁸⁴⁶

6.2 Pools para la cobertura de riesgos medioambientales⁸⁴⁷

En el ámbito de los delitos contra el medio ambiente, resulta indiscutible el papel esencial que asumen las aseguradoras de cara a reparar los daños causados⁸⁴⁸, a consecuencia, fundamentalmente, de la acción

⁸⁴⁶ PORTELLANO, P., “Fundaciones y agrupaciones de interés económico. A vueltas con la actividad económica de las fundaciones”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, 2017, p. 5/29 (versión electrónica). “Pero como todas las cuestiones dogmáticas por las que realmente merece la pena escribir, también esta tiene una indudable proyección sobre la praxis. No es un secreto que, generalmente, la intervención en el mercado viene precedida del análisis fiscal. En atención a lo que se estime tributariamente sea más ventajoso, siempre que se pueda, se procede a la estructuración mercantil. Pues bien, lo cierto es que las agrupaciones de interés económico cuentan con un régimen fiscal específico, básicamente recogido en los artículos 24 y 25 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico; en el artículo 43 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades; y en el artículo 20. Uno. 6.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.”

⁸⁴⁷ Pese a que el daño medioambiental y el daño civil por contaminación presenten una naturaleza dispar, por lo que interesa al objeto del presente trabajo no afecta pues ambos tipos de responsabilidades vienen referidos al mismo riesgo: el medioambiental. De aquí que la distinción entre uno y otro no sea crucial. Una breve explicación sobre tal divergencia puede encontrarse en AVIÑÓ BELENGUER, D., “El seguro de responsabilidad civil por contaminación. Análisis de la póliza del Pool Español de Riesgos Medioambientales”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº. 123, 2015, p. 2/18 (versión electrónica).

⁸⁴⁸ GORRIZ ROYO, E., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 454-455.

directa que permite a ofendidos y perjudicados reclamar el pago de la indemnización nacida como consecuencia de un hecho previsto en la póliza de responsabilidad civil⁸⁴⁹. Indemnizaciones que, dada la magnitud que este tipo de daños pueden alcanzar, resultan inasumibles para una sola compañía aseguradora, siendo necesaria, por tanto, la colaboración de varias de ellas a fin de dar cobertura a este tipo de riesgos.

Las principales fórmulas empleadas desde los orígenes de la cobertura de los riesgos medioambientales obedecen a cuatro categorías: soluciones individuales, acuerdos de mercado, la constitución de fondos sin personalidad jurídica y de pools de riesgo⁸⁵⁰, siendo esta última modalidad la más frecuente en el tráfico mercantil.

⁸⁴⁹“La doctrina ha clasificado a los responsables civiles en dos grupos: los responsables directos, que deben responder en primer término de la responsabilidad derivada del delito, o subsidiarios, en cuyo caso responderán solamente cuando no lo haga el responsable directo. Dentro de los responsables civiles directos encontramos dos categorías separadas: por un lado, los responsables penales del delito del que se deriva la obligación civil, a tenor del artículo 116 CP, y, por otro, aquellos que tienen responsabilidad civil por imperativo legal, aun cuando no la tengan criminal. En este último grupo se incluyen las compañías aseguradoras “que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad”, cuando, como consecuencia de un hecho constitutivo de delito, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, de conformidad con el artículo 117 CP.” DE LUIS GARCÍA, E., *El derecho al medio ambiente. De su tutela penal a la respuesta procesal*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 267.

⁸⁵⁰Una revisión en detalle sobre las distintas fórmulas adoptadas puede consultarse en PAVELEK ZAMORA, E., “Seguro y riesgos medioambientales (segunda parte)”, *Revista española de seguros*, Núm. 64, 1990, pp. 8-21; En igual sentido, DOPAZO FRAGUÍO, P., “Coordinación y gerencia de riesgos ambientales (responsabilidad civil por daños ambientales y seguro ambiental)”, *Observatorio Medioambiental*, Vol. 5, 2002, p. 105; HERAS HERRÁIZ, J.L., “Las pólizas específicas de responsabilidad civil por contaminación el “pool” español de riesgos medioambientales”, *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, 1997, Mapfre, pp. 257-258.

Más allá de la intensa controversia suscitada en torno a si la responsabilidad civil por daños ambientales es un riesgo asegurable y, en caso afirmativo, en qué supuestos y condiciones debe realizarse tal cobertura⁸⁵¹, por lo que a los efectos de este trabajo se refiere, los pools de riesgos medioambientales presentan una característica sobre la cual conviene llamar la atención: su evidente escasez en el mercado asegurador europeo (cinco únicamente a fecha de 2014).⁸⁵²

Las primeras manifestaciones en Europa de este nuevo tipo de aseguramiento se ubican en el Reino Unido⁸⁵³, mientras que, al otro lado del Atlántico, concretamente en los Estados Unidos, hacían lo propio en la década de los años 1980 como un riesgo complementario destinado a la cobertura de la contaminación accidental dentro de las pólizas de responsabilidad general por riesgos empresariales (*Comprehensive General Liability*).⁸⁵⁴

Fruto de la experiencia adquirida en los primeros años, las circunstancias aconsejaban deslindar de estas pólizas de responsabilidad

⁸⁵¹DOPAZO FRAGUÍO, P., “Coordinación y gerencia de riesgos ambientales (responsabilidad civil por daños ambientales y seguro ambiental)”, *op.cit.*, p.107.

⁸⁵²ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, *op.cit.*, Anexo 4.

⁸⁵³DÍAZ BRAVO, “La responsabilidad civil por contaminación del entorno y su aseguramiento”, *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, Fundación Mapfre, 1997, pp. 15-62; DOPAZO FRAGUÍO, P., “Coordinación y gerencia de riesgos ambientales (responsabilidad civil por daños ambientales y seguro ambiental)”, *op.cit.*, p.111.

⁸⁵⁴PAVELEK ZAMORA, E., “Seguro y riesgos medioambientales”, *Revista española de seguros*, Núm. 63, 1990, p. 32; AVIÑÓ BELENGUER, D., “El seguro de responsabilidad civil por contaminación. Análisis de la póliza del Pool Español de Riesgos Medioambientales”, *op.cit.*, p. 3/18 (versión electrónica).

general la cobertura de los riesgos de contaminación, procediendo así a la unificación bajo la aplicación de idénticos procedimientos y principios de suscripción y tarificación. Surgían así las primeras pólizas cuyo objeto consiste en la cobertura específica del daño medioambiental, las denominadas *Environmental Impairment Liability policies (E.I.L.)*⁸⁵⁵. Pólizas cada vez más especializadas que, posteriormente, serían tomadas como referencia en las actuales pólizas de Responsabilidad Medioambiental y Civil por Contaminación.⁸⁵⁶

En España, el aseguramiento específico de la responsabilidad civil por contaminación se abrió paso en el año 1981 mediante la adopción por parte de las aseguradoras del modelo de Condiciones Generales de la Asociación de Aseguradores (UNESPA-81). Hasta ese momento, al igual que sucedía en la práctica aseguradora de los Estados Unidos, la cobertura de este concreto riesgo se configuraba como un riesgo suplementario de carácter residual en las pólizas de responsabilidad civil de empresa⁸⁵⁷.

⁸⁵⁵ PAVELEK ZAMORA, E., “La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de responsabilidad civil general”, *Gerencia de riesgos y seguros*, Año 15, Nº. 61, 1998, p. 37-39.

⁸⁵⁶ El grado de especialización en la evaluación de los riesgos se corresponde con la progresiva inclusión de ciertas prácticas tales como la realización de auditorías ambientales y análisis de los suelos a través de un control técnico más riguroso, la suscripción de cuestionarios, visitas de inspección, etc. AVIÑÓ BELENGUER, D., “El seguro de responsabilidad civil por contaminación. Análisis de la póliza del Pool Español de Riesgos Medioambientales”, *op. cit.*, p. 4/18 (versión electrónica).

⁸⁵⁷ En este sentido, pueden distinguirse cinco etapas que marcan el enfoque de la cobertura de la contaminación en España. En PAVELEK ZAMORA, E., “La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de responsabilidad civil general”, *op. cit.*, pp. 34-35. Una descripción detallada sobre el proceso histórico en la cobertura de daños por contaminación puede consultarse en PAVELEK ZAMORA, E., “Seguro y riesgos medioambientales”, *op. cit.*, pp. 46-47.

Si bien, como se ha venido sosteniendo desde el comienzo del presente Capítulo, la cobertura a través de un pool de riesgo dota al mercado asegurador de una capacidad muy superior para dispersar riesgos que la presente en un operador individual, ofreciendo así numerosas ventajas competitivas⁸⁵⁸, existían también ciertas voces que criticaban que este sistema no dotaba a la responsabilidad civil por daño al medio ambiente de un mecanismo de reparación realmente eficaz capaz de resolver los problemas específicos que plantean este tipo de daños.⁸⁵⁹

Sea como fuere, sin perjuicio de lo antedicho, lo cierto es que en la actualidad los pools de riesgos medioambientales siguen estando presentes en el mercado tanto europeo como nacional, cuestión a la cual se hará

⁸⁵⁸ Específicamente, en los pools de riesgos medioambientales, destacar los siguientes beneficios: “a) Ventajas con respecto al aseguramiento por compañías individualmente o mediante acuerdos de mercado: Uniformidad, precisión y transparencia de los conceptos ambientales utilizados. Capacidad de aceptación de riesgos. Capacidad de inversión en tecnología y formación. Capacidad de afrontar nuevas coberturas. Acumulación de experiencia (antecedentes y siniestros). Capacidad de evolución. Capacidad de diálogo y transparencia informativa con las Administraciones públicas competentes en la materia ambiental y con los agentes económicos implicados e interesados (asociaciones empresariales, consumidores y usuarios, centros tecnológicos, ...). b) Ventajas con respecto a los fondos de indemnización u otras alternativas al seguro: Evaluación de riesgos. Redistribución de riesgos. Cálculo de primas. Asunción de resultados. Diversificación.” *Vid.* DOPAZO FRAGUÍO, P., “Coordinación y gerencia de riesgos ambientales (responsabilidad civil por daños ambientales y seguro ambiental)”, *op.cit.*, pp. 105-106. De manera similar, aunque más sucinto: AVIÑÓ BELENGUER, D., “El seguro de responsabilidad civil por contaminación. Análisis de la póliza del Pool Español de Riesgos Medioambientales”, *op.cit.*, p. 6/18 (versión electrónica); HERAS HERRÁIZ, J.L., “Las pólizas específicas de responsabilidad civil por contaminación el "pool" español de riesgos medioambientales”, *op.cit.*, p. 258.

⁸⁵⁹ Fundamentalmente, problemas que derivan de aquellos supuestos en los que no resulta sencillo identificar al responsable civil del daño ambiental. *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. No 49, Nº 1, 1996, p. 70.

referencia en las líneas subsiguientes.

6.2.1 Pools de ámbito europeo

De conformidad con el último estudio realizado a nivel de la Unión Europea⁸⁶⁰, se aprecia la existencia de los siguientes pools que operan en su territorio: el *Finnish Pool for Environmental Incidents* (Finlandia, 1999); el *Pool per la Responsabilità Civile da Inquinamento* (Italia, 1979); *France ASSURPOL* (Francia, 1998); el *Nederlandse Milieupool* (Países Bajos, 2008) y el Pool Español de Riesgos Medioambientales (España, 1994).

A excepción del caso italiano, cuya precocidad obedece al *Accidente de Seveso* en 1976⁸⁶¹, llama poderosamente la atención el corto recorrido temporal que estos pools tienen en la práctica aseguradora europea, siendo España el segundo de los Estados miembro en el cual este tipo de agrupación vio la luz.

Prácticamente todos estos pools se configuran sobre la base de contratos multilaterales⁸⁶² sin existir fondos propios. Igualmente es destacable que todos ellos operan exclusivamente como reaseguradores y,

⁸⁶⁰ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., Anexo 4.

⁸⁶¹Fruto de tal accidente en la ciudad italiana de Seveso, se adoptaron por parte del por entonces legislador europeo, medidas normativas sobre la prevención y el control de riesgos ambientales por accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, especialmente químicas. En concreto, la conocida como *Directiva Seveso* (Directiva 82/501/CEE), modificada por última vez a través de la Directiva 2012/18/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012.

⁸⁶² La excepción es el *Finnish Pool for Environmental Incidents*.

salvo el pool neerlandés *Nederlandse Milieupool*, ninguno parece presentar ánimo de lucro.

En cuanto a su administración, no se aprecia una tendencia predominante puesto que existen casos de administración tanto externa como interna. Lo mismo sucede en cuanto a la imposición de términos y condiciones en las pólizas suscritas por los miembros del pool.⁸⁶³ Por último, y no por ello menos importante, señalar el silencio guardado por todos estos pools respecto a la determinación de su mercado de referencia, a excepción del pool *Finnish Pool for Environmental Incidents* quizás por su carácter eminentemente estatal.

6.2.2 Ámbito español: el Pool Español de Riesgos Medioambientales (PERM)

El *Pool Español de Riesgos Medioambientales, A.I.E.*, conocido por sus siglas “PERM” y creado en 1994, se trata de una Agrupación de Interés Económico cuyo objeto social consiste en administrar un Convenio de correaseguro para la suscripción conjunta de riesgos medioambientales.

Se vuelve a repetir aquí la estructura antes analizada en relación con

⁸⁶³ Sin perjuicio de lo expuesto, nótese que es ligeramente superior el número de pools que estipulan como obligatorio la inclusión de ciertos términos y condiciones. Así el *Finnish Pool for Environmental Incidents* obliga a incluir los términos y condiciones impuestos por los poderes públicos dado su origen estatal; el *Pool per la Responsabilità Civile da Inquinamento* impone la uniformidad en la redacción de las pólizas, deducibles, límites y otros términos y condiciones relevantes; por su parte, el *Nederlandse Milieupool* exige que, para aceptar la cesión en reaseguro, los seguros directos han de suscribirse conforme a lo pactado en el seno de pool. Frente a estos, el *Pool Español de Riesgos Medioambientales (PERM)* y *France ASSURPOL* no imponen ninguna condición.

el aseguramiento de riesgos nucleares en la cual, una organización empresarial, bajo la forma jurídica de Agrupación de Interés Económico (en este caso el denominado *Pool Español de Riesgos Medioambientales, A.I.E.*) es la gestora de un Convenio de correaseguro y cuya finalidad consiste en dar cobertura a determinados riesgos medioambientales.

La red empresarial que subyace en el aseguramiento de riesgos ambientales es una red de tipo contractual (un Convenio), cuya gestora es, a su vez, otra red empresarial mas de carácter consorcial (la Agrupación de Interés Económico denominada “*Pool Español de Riesgos Medioambientales, A.I.E.*”). Ahora bien, llama la atención la denominación empleada para identificar a la gestora puesto que esta, en sentido estricto, no es un pool; el pool de riesgo, propiamente dicho, se identifica con el Convenio de correaseguro formado por todas las entidades participantes. En este sentido, pues, resulta conveniente recalcar esta distinción pues, pese a su transcendencia, esta no siempre parece haber sido debidamente considerada.

En cuanto al pool de riesgo en sí, el Convenio de correaseguro presenta varios cometidos, a saber, los que siguen: la centralización de la gestión, la administración y el control de los seguros; la puesta en común de las capacidades de retención de sus miembros para su utilización en régimen de reaseguro; el establecimiento de las condiciones técnicas acordadas a fin de reasegurarlas a través del pool; y la asunción solidaria de los compromisos de algún miembro del pool en caso de insolvencia, ello sin perjuicio de los derechos de repetición que pudieran corresponder

al resto⁸⁶⁴.

Forman parte del Convenio de correaseguro distintas compañías aseguradoras que pueden aportar operaciones y aceptar del reaseguro de las mismas, así como entidades reaseguradoras, en cuyo caso únicamente podrán actuar como partícipes del reaseguro⁸⁶⁵. En este sentido llamar la atención sobre la presencia de un número mayor de aseguradoras que de reaseguradoras y que el Consorcio de Compensación de Seguros entró a formar parte de este segundo bloque (del reasegurador) desde el 1 de enero de 1998.⁸⁶⁶

Por lo que se refiere a la gestora del pool, la fórmula asociativa bajo la configuración de Agrupación de Interés Económico imita a las soluciones puestas en práctica en otros países como Francia (*Assurpol*) o Italia (*Pool de Inquinamento*); fórmulas contrastadas que ya habían mostrado resultados satisfactorios en el mercado y que eran perfectamente extrapolables a otros.⁸⁶⁷ En relación a su naturaleza, el PERM, como Agrupación de Interés Económico, se trata de una entidad con personalidad jurídica propia⁸⁶⁸ (y desde el prisma de la red empresarial una de tipo consorcial), cuyo Consejo de administración es designado por la Asamblea

⁸⁶⁴ AVIÑÓ BELENGUER, D., “El seguro de responsabilidad civil por contaminación. Análisis de la póliza del Pool Español de Riesgos Medioambientales”, *op.cit.*, p. 6/18 (versión electrónica).

⁸⁶⁵ Información obtenida de la web corporativa del pool.

⁸⁶⁶ Su participación en la cuota total de PERM varía, entre los años 2009 a 2017, del 5,9% al 5,6%. *Vid.* <https://www.consorseguros.es/web/ambitos-de-actividad/otras-actividades/riesgos-y-danos-medioambientales>

⁸⁶⁷ DOPAZO FRAGUÍO, P., “Coordinación y gerencia de riesgos ambientales (responsabilidad civil por daños ambientales y seguro ambiental)”, *op.cit.*, p.114.

⁸⁶⁸ *Ibidem*, p.114.

General, incluyendo su Presidente y su Vicepresidente.⁸⁶⁹

En cuanto a su funcionamiento, señalar que la contratación del seguro puede realizarse tanto a través de la mediación como directamente por cualquiera de las aseguradoras pertenecientes al pool la cuales, por su parte, podrán facilitar directamente la mayor parte de las cotizaciones sin necesidad de realizar ningún tipo de consulta previa al pool, eso sí, respetando las reglas impuestas por el mismo.⁸⁷⁰

Igualmente, destacar que el contenido de la cobertura no varía sustancialmente en función de la compañía miembro del pool con la que se contrate. Y ello es así en virtud de la presencia de clausulados tipo consensuados por los miembros del pool y revisados por la Dirección General de Seguros que sirven como base de contratación común en el mercado.⁸⁷¹ Clausulados que, bajo ningún pretexto, pueden imponer condiciones ni ser vinculantes para los miembros del pool pues, de lo contrario, podrían vulnerar la libre competencia en el mercado.⁸⁷²

⁸⁶⁹ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 393.

⁸⁷⁰ Información obtenida de la web corporativa del pool.

⁸⁷¹ De hecho, la homologación de coberturas en todo el territorio español a través de la colaboración con las autoridades públicas competentes en este sentido es uno de los cometidos del pool de cara a mejorar el funcionamiento de este mercado en su conjunto; mejora que conviene tanto por parte de la industria como por lo que a la Administración pública se refiere. HERAS HERRÁIZ, J.L., “Las pólizas específicas de responsabilidad civil por contaminación el "pool" español de riesgos medioambientales”, *op. cit.*, pp. 360-361.

⁸⁷² AVIÑÓ BELENGUER, D., “El seguro de responsabilidad civil por contaminación. Análisis de la póliza del Pool Español de Riesgos Medioambientales”, *op.cit.*, pp. 6 y 7/18 (versión electrónica).

En cualquier caso y pese a esta limitación, lo cierto es que, en la práctica, se reproduce casi literalmente la póliza estándar establecida por el pool sin que dicha conducta haya sido reprochada por ninguna autoridad, ya sea de competencia o propia del sector asegurador. Recuérdese, en este sentido, que, teniendo presente la estructura oligopolística del mercado de riesgos medioambientales, el riesgo de aparición de conductas restrictivas de la competencia se intensifica notablemente.

Por último, dejar apuntado que, a partir del 31 de octubre de 2018, ha comenzado a ser obligatorio para todos aquellos operadores que desarrollen actividades profesionales capaces de ocasionar daños cuya reparación primaria se evalúe por una cantidad igual o superior a 300.000 euros⁸⁷³, la constitución de “garantías financieras por responsabilidad ambiental”, estableciendo dicha garantía un límite que asciende a 2.000.000 euros en caso de que el operador esté adherido al Sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o disponga de la certificación de acuerdo a la norma “UNE-EN-ISO 14.001” vigente.⁸⁷⁴

Ahora bien, la implantación de esta nueva obligación y, concretamente, la creación del “Fondo de Compensación de Daños

⁸⁷³ Concretamente los incluidos en el Anexo III de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (BOE-A-2007-18475).

⁸⁷⁴La obligación de constituir estas garantías financieras, no obstante, se instaura paulatinamente en función del nivel de prioridad determinado en la *Orden ARM/1783/2011*. Así, a partir del 31 de octubre de 2018, únicamente la obligación existe para los operadores que desarrollen actividades de prioridad 1; el 31 de octubre de 2019 para operadores dedicados a actividades de prioridad 2 y, finalmente, a partir del 16 de octubre de 2021, será obligatorio para operadores cuya actividad tenga nivel 3.

Medioambientales”⁸⁷⁵ -operativo, asimismo, desde el 31 de octubre de 2018-, no parece que vaya a repercutir de manera significativa en la actividad que hasta ahora ha venido desempeñando el PERM toda vez que los riesgos cubiertos por el pool se corresponden, prácticamente en su totalidad, con riesgos medioambientales cuya cobertura no resulta obligatoria.⁸⁷⁶

6.3 Pools para la cobertura de riesgos derivados de actos terroristas

El punto de inflexión en torno a la necesidad de dar cobertura a los riesgos derivados de actos terroristas se ubica, sin duda, en el momento posterior a los atentados del 11S en los Estados Unidos; momento en el cual, tanto por parte del sector público como del privado, se comenzó a demandar este tipo de productos a nivel global con el fin de otorgar una adecuada protección a las víctimas.⁸⁷⁷

⁸⁷⁵ Creado de conformidad con el mandato del legislador contenido en el artículo 33 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

⁸⁷⁶ De hecho, podría afirmarse que la creación del “Fondo de Compensación de Daños Medioambientales” contribuye, indirectamente, a delimitar el mercado de producto de los pools de riesgos medioambientales en tanto que la entrada de este nuevo operador coadyuva diferenciar aquellos riesgos medioambientales cuya cobertura es obligatoria y aquellos en los que esta no resulta preceptiva. Se resalta este aspecto puesto que, como se abordará en la Parte IV, la delimitación del mercado de producto en el sector asegurador es una de las mayores dificultades que la aplicación de la normativa de Defensa de la competencia encuentra en este sector.

⁸⁷⁷ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 106; KUNREUTHER, H., MICHEL-KERJAN, E., “Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States”, *Journal of Economic Perspectives*, Num. 18(4), 2004, p. 3/21 (version electronica). No obstante, antes de los atentados del 11-S en 2001, no puede obviarse la existencia de mecanismos que contemplaban la cobertura por actos terroristas. Tal es el caso del *Compensation Fund according to the Israeli Property Tax Act* (Israel, 1941) o del *Pool Reinsurance Company Ltd.* (Reino Unido, 1993).

Hasta esa fecha, en la mayoría de los países la cobertura de los riesgos derivados de actos terroristas se encontraba incluida de forma general en las pólizas.⁸⁷⁸ Sin embargo, tras los referidos atentados, estos riesgos se han escindido de coberturas de carácter general, consolidándose como riesgos merecedores de ser suscritos a través de una cobertura independiente, máxime dadas las particularidades que los perfilan. Las fundamentales, son las que siguen.

En primer lugar, la magnitud que las pérdidas potenciales de este tipo de riesgos llevan aparejadas. En segundo, las importantes dificultades a fin de determinar la prima de seguro que presentan estos riesgos debido a su elevada incertidumbre. A diferencia de otros riesgos catastróficos (huracanes, terremotos, daños nucleares, etc.), en los cuales las bases de datos históricas y los estudios científicos son de dominio público, los datos sobre las actividades de los grupos terroristas y las amenazas actuales son llevadas con extremo sigilo por parte de los Estados y de los distintos organismos de cooperación internacional y la información al respecto no fluye en el mercado de forma que la creación de tablas y estadísticas fiables por parte del sector asegurador se ve claramente perjudicada. Por último, que el riesgo de sufrir un acto terrorista oscila rápidamente, complicando, en consecuencia, el diseño de aquellos modelos matemáticos empleados para calcular su riesgo.⁸⁷⁹

⁸⁷⁸KUNREUTHER, H., MICHEL-KERJAN, E., "Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States", *op.cit.*, p. 3/21 (version electronica).

⁸⁷⁹*Ibidem.*, p. 8/21 (version electronica). En similar sentido, KERJAN, E.M., PEDELL, B., "Terrorism Risk Coverage in the Post-9/11 Era: A Comparison of New

Asimismo, otra dificultad de cara a calcular los riesgos derivados de actos terroristas reside en la variada naturaleza que estos pueden presentar puesto que los daños provocados pueden materializarse de muy diversas formas; desde daños al medioambiente, la propiedad privada o pública, hasta la salud en general o la propia vida de los ciudadanos.⁸⁸⁰

A partir de septiembre de 2001, han sido diversas las fórmulas adoptadas⁸⁸¹ con el objetivo de asegurar los daños derivados de eventuales actos terroristas. En este sentido, a nivel internacional, pese a que muchas de ellas hayan adoptado la forma de pool de riesgo⁸⁸², en el caso de Estados Unidos, por ejemplo, se creó el *Terrorism Risk Insurance Program (TRIP)*

Public–Private Partnerships in France, Germany and the U.S”, *The Geneva Papers*, Num. 30, 2005, p. 159.

⁸⁸⁰ KERJAN, E.M., PEDELL, B., “Terrorism Risk Coverage in the Post-9/11 Era: A Comparison of New Public–Private Partnerships in France, Germany and the U.S”, *op.cit.*, p. 145.

⁸⁸¹ Una interesante comparativa entre los diversos sistemas empleados a nivel global para el aseguramiento de riesgos por actos terroristas (Alemania, Francia y Estados Unidos), puede consultarse en KERJAN, E.M., PEDELL, B., “Terrorism Risk Coverage in the Post-9/11 Era: A Comparison of New Public–Private Partnerships in France, Germany and the U.S”, *op.cit.*, pp.144–170. Por su interés ilustrativo, se extracta un resumen de la conclusión obtenida por los autores: The analysis of these three countries is interesting not only because they all established a new terrorism insurance programme after 9/11, but also because they present three different approaches in dealing with this issue. In France, insurance coverage is mandatory and insurers have to provide that coverage; they are reinsured by a pool of co-reinsurance with unlimited government backup. In Germany, a property insurance corporation with limited government backup has been set up by insurance and reinsurance companies, but terrorism coverage is not mandatory. In the U.S., coverage is not mandatory either but insurers have to provide it should their policy holders want it.”

⁸⁸² Fuera de la Unión Europea, destacar la creación del *Australian Reinsurance Pool Corporation* (Australia, 2003), *Indian Market Terrorism Risk Insurance Pool* (India, 2002) y *The Russian Anti-Terrorism Insurance Pool* (Rusia, 2001).

en el año 2002, marcado por un fuerte grado de intervención estatal⁸⁸³.

La obligatoriedad de cara a la participación en cualquiera de las fórmulas creadas a fin de dar cobertura de los daños provocados por actos de terrorismo es, igualmente, un aspecto que no se expresa de la misma manera en todos los países. Así, mientras que en España, Israel y Francia la participación resulta obligatoria, en el resto de países en los cuales se han creado este tipo de soluciones, la adhesión a las mismas resulta opcional.⁸⁸⁴

En este sentido, existe una evidente controversia por parte de los académicos en torno a los efectos que la intervención estatal puede provocar en este tipo de aseguramiento. Debate que se circunscribe, fundamentalmente, a si la intervención de los poderes públicos en este mercado limita, en última instancia, el desarrollo de soluciones privadas más eficientes⁸⁸⁵.

⁸⁸³ En la actualidad el programa vigente es el *Terrorism Risk Insurance Program Reauthorization Act of 2015 (TRIPRA)*, incorporando alguna novedad respecto del primero aprobado en 2002. El TRIPRA funciona como un tipo de reaseguro y solo entra en juego cuando un acto de terrorismo está “certificado” por la Secretaría de Hacienda, previa consulta con la Secretaría de Seguridad Nacional y el Fiscal General.

⁸⁸⁴ MARSH & MCLENNAN COMPANIES, *2018 Terrorism Risk Insurance Report*, 2018, p. 14.

⁸⁸⁵ KERJAN, E.M., PEDELL, B., “Terrorism Risk Coverage in the Post-9/11 Era: A Comparison of New Public–Private Partnerships in France, Germany and the U.S”, *op.cit.*, p. 159: “(...) there is burgeoning literature debating whether the government or the private sector is better suited to provide adequate financial protection to potential victims of terrorism; or, more specifically, on the role of the government as reinsurer of extreme terrorism risk. The question of whether there should even be government intervention in the terrorism insurance market is discussed by others who contend that such intervention limits the development of private solutions that would likely emerge otherwise. Still others argue that the difficulties the private market of insurance faces in providing terrorism insurance alone result mainly from constraints imposed by the government that make it too costly to hold surplus capital and freely adjust prices (e.g. accounting, tax, regulation)”; KUNREUTHER, H., MICHEL-

Sin embargo, más allá de la discusión y a la luz de los datos manejados hasta el presente, resulta imposible negar que la presencia del sector público en la cobertura de daños ocasionados por actos terroristas, así como en el conjunto de los riesgos catastróficos, constituye la tónica general en la mayoría de los países.⁸⁸⁶

6.3.1 Tendencias globales en el aseguramiento de riesgos derivados de ataques terroristas

El aseguramiento de este tipo de riesgos, lejos de ser obligatorio en la mayor parte de los países a nivel internacional, se manifiesta de diversas formas e intensidades.

Las regiones en las cuales la preocupación por este tipo de riesgos se muestra más intensa es, sin duda, en Estados Unidos o la Unión Europea. Sin embargo, en Latinoamérica también se están contratando pólizas que cubren específicamente este tipo de riesgos, si bien los precios de las primas de unos países a otros varían sustancialmente en atención a la coyuntura económica, social y política presente en cada uno de ellos.⁸⁸⁷

KERJAN, E., “Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States”, *Journal of Economic Perspectives*, Num. 18(4), 2004, p. 11/21 (version electronica).

⁸⁸⁶ PAUDEL, Y., “A Comparative Study of Public—Private Catastrophe Insurance Systems: Lessons from Current Practices”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 37, No. 2, Special issue on climate risk and insurance, 2012, p. 258; CASTELLANO, G., “Governing Ignorance: Emerging Catastrophic Risks—Industry Responses and Policy Frictions”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 35, No. 3, 2010, p. 403.

⁸⁸⁷ MARSH & MCLENNAN COMPANIES, *2018 Terrorism Risk Insurance Report*, 2018, p. 12.

En el panorama asiático, fruto de las distintas tensiones sociopolíticas existentes en algunos de sus territorios (fundamentalmente en la península de Corea y la frontera entre Tailandia y Malasia), las tendencias propias de cada país oscilan notablemente. Por su parte, en Oriente Medio, la presencia de numerosos conflictos bélicos aumenta la actividad aseguradora en torno a la oferta de productos dirigidos a cubrir riesgos derivados por ataques terroristas.⁸⁸⁸

Por último, señalar que el ciberterrorismo está comenzando a ser una variedad de riesgo cada vez tenida más en cuenta a raíz de los ataques ciberinformáticos que tienen lugar constantemente en el entorno en red; desde el virus *ILoveYou*, propagado allá en el año 2000, hasta los más recientes y sofisticados ciberataques a través de los ransomware *WannaCry* o *NotPetya* en el año 2017.

Hasta hace tan solo unos años, la concepción de estos riesgos se circunscribía a los riesgos que podía suponer para una empresa o grupo de empresas. Sin embargo, las amenazas que implican, desde el punto de vista de las infraestructuras críticas⁸⁸⁹ (servicios básicos, redes de información, aeropuertos, puertos, instalaciones intermodales o el almacenamiento,

⁸⁸⁸ MARSH & MCLENNAN COMPANIES, *2018 Terrorism Risk Insurance Report*, 2018, p. 13.

⁸⁸⁹ Las infraestructuras críticas se definen como “el elemento, sistema o parte de este situado en los Estados miembros que es esencial para el mantenimiento de funciones sociales vitales, la salud, la integridad física, la seguridad, y el bienestar social y económico de la población y cuya perturbación o destrucción afectaría gravemente a un Estado miembro al no poder mantener esas funciones”, ex. Art. 2. a) de la Directiva 2008/114/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, sobre la identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección (*DOUE-L-2008-82589*).

tratamiento y distribución de agua y energía eléctrica, etc.), lo consagran, en la actualidad, como un riesgo cuyos efectos pueden darse a escala internacional.⁸⁹⁰

6.3.2 Pools para la cobertura de riesgos por actos terroristas en el ámbito europeo

En el territorio de la Unión Europea, son cuatro los pools establecidos con la finalidad de dar cobertura a los daños producidos por actos terroristas, a saber, el *Österreichischer Versicherungspool zur Deckung von Terrorrisiken* (creado en Austria, año 2002), el *Terrorism Reinsurance and Insurance Pool* (creado en Bélgica, año 2008), el Denmark Terror pool (creado en Dinamarca, año 2010) y el pool denominado *Gestion de l'Assurance et de la Réassurance des risques Attentats et actes de Terrorisme* (creado en Francia, año 2002); como puede comprobarse, todos ellos posteriores a los atentados del 11-S en el año 2001.

Junto a estos pools, existen otras fórmulas adoptadas por los Estados miembro a fin de dar cobertura a estos mismos riesgos. Tal es el caso del *Extremus Versicherungs-AG* (creado en Alemania, año 2002) así como del *Consortio de compensación de seguros* (creado en España, año 1954), sobre el cual se volverá más adelante.

En cuanto al primero, destacar que no es un pool en sentido estricto

⁸⁹⁰ MARSH & MCLENNAN COMPANIES, *2018 Terrorism Risk Insurance Report*, 2018, p. 18.

dado que su funcionamiento es más próximo al típico de un asegurador común: inicialmente suscribe los riesgos y luego los cede a otras entidades que no necesariamente han de ser socios de dicha organización. Por lo que se refiere al *Consortio de compensación de seguros*, se trata de una entidad pública empresarial con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar adscrita al Ministerio de Economía y, por tanto, no es un pool de riesgo propiamente dicho puesto que no surge gracias a la iniciativa privada por parte de entidades del sector asegurador.⁸⁹¹

La cobertura ofrecida por los cuatro pools de riesgos antes apuntados, tanto a través de seguro directo como reaseguro o ambas, resulta homogénea. Lo mismo sucede en relación a su estructura organizativa: dos de ellos presentan naturaleza asociativa, frente a los otros dos que poseen carácter contractual. En lo que sí coinciden todos es en la inexistencia de ánimo de lucro en la actividad desarrollada, así como en la ausencia de fondos propios fijos.

La metodología empleada para la recaudación de fondos también responde a un criterio similar por parte de todos los pools consistente en la realización de aportaciones fijas periódicas a fin de hacer frente a los costes de administración y gestión ocasionados y a las eventuales

⁸⁹¹ Ex. Art.1 del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros. Indicar, asimismo, que sus orígenes se remontan hasta el año en el que, de manera provisional, se creó el *Consortio de Compensación de Riesgos de Motín* como coadyuvante del mercado asegurador español a fin de afrontar las pérdidas originadas por la Guerra Civil, transformándose, finalmente, en el año 1954 en una entidad de carácter permanente y aprobándose su actual Estatuto legal de funcionamiento en el año 1991. Vid. PAUDEL, Y., “A Comparative Study of Public—Private Catastrophe Insurance Systems: Lessons from Current Practices”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 37, No. 2, Special issue on climate risk and insurance, 2012, p. 265.

indemnizaciones a las que haya tenido que hacer frente. En caso de ser necesaria una mayor cuantía, se haría una llamada a cada miembro para que contribuyese conforme a lo pactado en el seno de la agrupación de pool.

El órgano de administración de estos pools es interno y elegido por los miembros que lo conforman. En cuanto a la estandarización de los términos y condiciones contenidas en las pólizas, no parece que esta sea una práctica habitual, a excepción del caso danés.

Finalmente, señalar que el grado de intervención pública es elevado en todos los pools salvo en el *Österreichischer Versicherungspool zur Deckung von Terrorrisiken*, creado en exclusiva por iniciativa privada e impulsada por la Asociación de seguros austriaca. Pool que permite la cobertura de riesgos derivados de actos terroristas en póliza separada y suscrita por cada uno de sus miembros a fin de proceder, posteriormente, a su cesión al mismo.⁸⁹²

6.4 Pool del seguro agrario combinado

Si bien en los pools hasta ahora analizados se ha hecho referencia a las principales estructuras y funcionamientos que predominan tanto en el ámbito de la Unión Europea como en España, dicha técnica no resulta plausible en el caso de los pools dedicados al aseguramiento del agro puesto que España es el único Estado miembro en el cual se puede hallar

⁸⁹² ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., Anexo 4.

una red empresarial de esta naturaleza. De aquí que su análisis únicamente pueda venir referido a dicho territorio.

El importante peso que la agricultura y la ganadería han venido presentando tradicionalmente en el PIB español se consagra como el factor fundamental que ha propiciado la aparición de un pool cuya finalidad exclusiva sea asegurar los riesgos derivados de la realización de dichas actividades. Sus orígenes más directos traen causa de la aprobación de la Ley de Seguros Agrarios Combinados, de 28 de diciembre de 1978, así como de su Reglamento de desarrollo.⁸⁹³ No obstante, desde el comienzo del siglo XX, ya se atisbaban las primeras instituciones encaminadas a la protección de este sector estratégico para la economía española, siendo uno de sus pilares fundamentales el establecimiento de garantías ante eventuales siniestros para quienes se dedicaban a dicha actividad. El seguro agrario, pues, se erigía como un mecanismo esencial de cara a impulsar el desarrollo agropecuario en el mercado español.

La primera iniciativa en tal sentido se concretaba en 1919 mediante la creación de la *Mutualidad Nacional del Seguro Agropecuario*, entidad de carácter plenamente público, cuyo fracaso llevó a la liberalización de dicho mercado en el año 1930 a través de la colaboración de distintas mutuas privadas de carácter provincial que contaban con el respaldo estatal en forma de reaseguro o de aseguramiento directo subsidiario. Posteriormente, ya entrada la década de los años 1950, se intentó activar

⁸⁹³ Real Decreto 2329/1979, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para aplicación de la Ley 87/1978, de 28 de diciembre, sobre Seguros Agrarios Combinados (arts. 38-43).

el desarrollo del seguro agropecuario a través de las aseguradoras privadas gracias al establecimiento del Consorcio de compensación de seguros (1954) como garante último de la cobertura por el exceso de pérdidas⁸⁹⁴. Sin embargo, tampoco esta medida contribuyó a su deseada expansión⁸⁹⁵.

Frente a estos intentos fracasados, se constituyó el *Pool de Entidades Coaseguradoras del Seguro Nacional de Cereales* (conocido como el *Pool de Cereales*) entre los años 1973 y 1974, cuya finalidad era gestionar la cooperación entre las distintas entidades que formaban parte del mismo. Este se mantuvo vigente durante escasos cinco años hasta que, a consecuencia de la aprobación del nuevo marco normativo agrario en 1978, se creó la *Agrupación Española de Entidades Aseguradoras de los Seguros Agrarios Combinados S.A. (Agroseguro, S.A.)*, el pool de riesgos agrarios sobre el cual se volverá más adelante.

6.4.1 Características del mercado del seguro agrario combinado

Conviene ahora dirigir la atención a aquellas particularidades que hacen que el seguro agrario combinado⁸⁹⁶ sea una modalidad singular en

⁸⁹⁴De hecho, el Consorcio de compensación de seguros constituye un pilar fundamental del seguro agrario en España desde sus orígenes. Vid. BATALLER GRAU, J., LATORRE CHINER, N., OLAVARRÍA IGLESIA, J., “El consorcio de compensación de seguros”, *Derecho de los seguros privados*, Marcial Pons, 2007, p. 123.

⁸⁹⁵TORTELLA CASARES, G., y otros, *Historia del seguro en España*, op.cit., pp. 332-333.

⁸⁹⁶“En sentido estricto los seguros agrarios combinados son aquéllos cuyo objeto es la cobertura de los daños ocasionados en las producciones agrarias a causa de variaciones anormales de los agentes naturales, siempre y cuando los medios técnicos de lucha preventiva normales no hayan podido ser utilizados por los afectados por causas no imputables a ellos, o hayan resultado ineficientes. El carácter combinado de

la lógica del mercado español, toda vez que (i) su cobertura esté subvencionada por el Estado y (ii) cuya explotación haya de realizarse, necesariamente, a través de un determinado pool de riesgos.⁸⁹⁷

En cuanto a la primera, destacar que, en los presupuestos del Ministerio de Agricultura dentro de los generales del Estado, se consignan anualmente los créditos necesarios para atender las subvenciones del seguro agrario combinado, no pudiendo ser estos superiores al 50% ni inferiores al 20% del total anual de las primas.⁸⁹⁸ En lo relativo a su distribución, se hace en función de las circunstancias de cada zona, cultivo, producción y riesgo.⁸⁹⁹

Por lo que se refiere a la segunda de las características, la consecuencia resulta evidente: el establecimiento de un monopolio que deriva de un mandato legal ya que la única fórmula que permite a las aseguradoras poder dar cobertura a este tipo de riesgos es través de la agrupación a la cual viene referido el artículo 41 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Seguros Agrarios Combinados.⁹⁰⁰ En concreto, el

esta modalidad asegurativa estriba en que su cobertura se presta frente a dos o más de los riesgos enumerados como tales en su Ley reguladora, (...)”. *Vid.* BARRERO RODRÍGUEZ, E., *El consorcio de compensación de seguros*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 560.

⁸⁹⁷ MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 202.

⁸⁹⁸ Los productores asegurados únicamente afrontan el abono de la prima que les corresponde, siendo la gestora del pool quien, en nombre de estos, solicita la subvención al Ministerio para completar el pago total de la prima. ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 61.

⁸⁹⁹ Ex. *Capítulo IX. Subvención o aportación del Estado* del referido Real Decreto 2329/1979, de 14 de septiembre.

⁹⁰⁰ Nótese que el mismo Reglamento, en su artículo 39, permite la creación de mutualidades por parte de los agricultores, ganaderos y propietarios de montes con

legislador establece que aquellas “entidades que deseen practicar este seguro deberán participar en la cobertura de todos los riesgos, habrán de agruparse al efecto en cualquiera de las formas permitidas en el ordenamiento jurídico y dicho seguro no podrá practicarse fuera de la agrupación. Esta agrupación deberá tener personalidad jurídica propia”.

De lo anterior se deduce la necesidad de instrumentar la configuración de esta agrupación a través de una estructura jurídica que le otorgue personalidad jurídica propia, excluyendo, por tanto, cualquier tipo de red empresarial de tipo contractual como instrumento válido de conformidad con lo establecido en el artículo 41 del referido Reglamento. Ahora, bien, pese a lo antedicho, lo cierto es que la agrupación creada a tal efecto es, en realidad, un conjunto de contratos multilaterales; una red empresarial de carácter contractual cuya gestora, esta sí, tendrá personalidad jurídica, concretamente, adoptando la forma de sociedad anónima. Sobre esta cuestión, se volverá con mayor atención en subsiguientes epígrafes.

La colaboración entre estas entidades, más que surgir de la propia necesidad del sector, obedece a criterios distintos de los cuales traen causa la generalidad de los pools de riesgo. Asimismo, esta colaboración es obligatoria, no surge fruto de la iniciativa de los propios operadores que intervienen en el pool dado que estos se han de organizar bajo este tipo de

sujeción a lo previsto en la legislación sobre Ordenación de Seguros Privados. Consultado el Registro de entidades aseguradoras y reaseguradoras, de las 31 mutuas inscritas, la única operativa en este tipo de riesgo es la antes referida *Mutualidad Arroceras de Seguros a Prima Fija*, no obstante, forma parte del pool del seguro agrario *Agroseguro*.

estructura empresarial ante la inexistencia de una opción alternativa.

El mercado del seguro agrario combinado se ve alterado, pues, tanto a través de ayudas públicas como mediante el establecimiento de un monopolio legal que acapara la totalidad del mercado⁹⁰¹. Circunstancias ambas que, sin perjuicio de su plena legalidad, dado el actual paradigma, permite albergar dudas desde el prisma de la Defensa de la competencia puesto que, al igual que sucede en otras modalidades de aseguramiento conjunto, puede que existan fórmulas alternativas en el mercado más competitivas capaces de mejorar su eficiencia.

Individualmente, las distintas compañías aseguradoras son capaces de hacer frente a los riesgos agrarios dado que estos, en términos generales, no exponen ni comprometen la solvencia de ninguna entidad; razón ésta que justifica, como se ha venido sosteniendo, la existencia del resto de agrupaciones de aseguradoras para la cobertura conjunta de riesgos. Nuevamente se aprecia aquí que la colaboración entre los miembros del pool resulta impostada y artificial: ni es necesaria para lograr el mismo fin de manera más eficiente, ni tan siquiera para conseguirlo; es más, como ya se ha apuntado, obedece a un mandato del legislador.

En el mercado del seguro agrario combinado no existe competencia:

⁹⁰¹Cuestión ésta expresamente puesta de manifiesto por el propio pool al responder a las preguntas elaboradas para el estudio realizado en 2014 por Ernst & Young: “Market average penetration is around 45% of insurable risks, although it is very different depending on productions (olive trees, 10%; citrus, 50%; cereals, 70%; etc..). There is only one Pool, and therefore, market share for this particular insurance is 100%.”. En ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 390.

el pool, por mandato legal, acapara la totalidad del mismo y favorece la aparición de precios monopolísticos en la prima de seguro. Y esta configuración del mercado, en términos sociales, no parece ser la más beneficiosa.⁹⁰² Su conformación, pues, no parece responder a un criterio basado en la eficiencia para las empresas ni para los consumidores.

En cuanto a la fijación de la prima de seguro, cabe matizar que su tarificación no responde en su totalidad a los criterios del libre mercado dado que existe un precio mínimo obligatorio (la denominada *prima técnica*) del cual no puede bajar el importe final a pagar por el tomador⁹⁰³. Asimismo, es necesario estar a las disposiciones específicas en materia de tarificación de la prima en el concreto caso del seguro agrario combinado,⁹⁰⁴ así como a la subvención otorgada a los productores/tomadores de cara al pago de la prima en función de diversos factores.⁹⁰⁵

El tramo de prima en el cual sí existe un elemento competitivo se ciñe, pues, exclusivamente a la *prima comercial*⁹⁰⁶, la cual sí estará sometida a la ley de la oferta y la demanda. ¿Pero qué elemento competitivo puede darse si no existe competencia real en dicho mercado?

⁹⁰² MANKIW, N.G., *Principios de Economía*, Mac Graw Hill (trad. segunda edición), 2002, p. 198.

⁹⁰³ Se volverá sobre tal cuestión con mayor detalle en el capítulo oportuno.

⁹⁰⁴ Disposiciones contenidas en el art. 21 del Real Decreto 2329/1979, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para aplicación de la Ley 87/1978, de 28 de diciembre, sobre Seguros Agrarios Combinados.

⁹⁰⁵ Factores como la mayor protección a agricultores, ganaderos y propietarios de montes de economía modesta o el escalonamiento de la subvención en función de la intensidad del riesgo al cual se pretende dar cobertura. Ex. Art. 57.2 del referido Real Decreto 2329/1979, de 14 de septiembre.

⁹⁰⁶ Se volverá sobre tal cuestión con mayor detalle en el capítulo oportuno.

Visto que el seguro agrario combinado únicamente es ofrecido en el mercado español por un único operador conformado por diversas compañías cuyas tarifas, metodologías de aseguramiento y condiciones técnicas de aseguramiento son idénticas e impuestas por el pool, esto es, por ellas mismas, obliga a cuestionarse si el precio de la prima no es un precio monopolístico que conduce a una merma de la eficiencia.

Unido a lo anterior, habida cuenta el bajo porcentaje de producción asegurada respecto del total de la producción anual de las distintas modalidades del seguro agrario combinado, ello pese a que esté subvencionado, puede plantear abrir la vía a pensar que quizá el precio final de la prima de seguro sea superior al que correspondería de hallarse en un mercado en el cual los operadores tuviesen incentivos en competir.

Si de lo que se trata, en definitiva, es de proteger un interés público –de ahí que esta razón justifique la intervención estatal- no parece acertado, desde el punto de vista de la eficiencia, mantener la actual situación monopolística del pool del seguro agrario.

Un aspecto que caracteriza a la política agraria en España desde tiempos inmemoriales es su baja competitividad y su elevado proteccionismo, ello pese representar un ínfimo porcentaje del PIB nacional.⁹⁰⁷ Quizá más rentable resulte la producción pesquera y acuícola

⁹⁰⁷ Un amplio estudio en el que se examina el papel que ha desempeñado la agricultura en el desarrollo económico español puede consultarse en CLAR MOLINER, C., MARTÍN-RETORTILLO, M., PINILLA NAVARRO, V.J., “Agricultura y desarrollo

a nivel europeo; pero, igualmente, su porcentaje de contribución en el PIB es residual⁹⁰⁸ y en ningún modo puede considerarse como un sector estratégico en la economía española. Ni en la europea.

Sin duda, que la intervención pública establezca legalmente determinados aspectos que deban regir el pool de riesgo de seguros agrarios (condiciones de entrada y salida, inclusión obligatoria de un miembro –Consortio de compensación de seguros-, situación monopolística) dotan a este tipo de pool de singularidades que le hacen especial, mermando la flexibilidad y adaptabilidad que caracteriza a los pools de riesgo en tanto que, como se ha visto, responden a la naturaleza de la red empresarial. Y desde luego, la inexistencia de un mercado competitivo puede incidir en la fijación de un precio de la prima de seguro por encima de lo razonable.

En definitiva, vistas las singularidades que caracterizan al mercado del seguro combinado, quizá convenga revisar la existencia de este tipo de pool de riesgos y, a su vez, analizar si el empleo de nuevas fórmulas pudiera ser beneficioso de cara a lograr una mayor eficiencia del mismo.

6.4.2 El pool del seguro agrario y Agroseguro, S. A.

económico en España, 1870-2000”, *Estudios sobre el desarrollo económico español: dedicados al profesor Eloy Fernández Clemente*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2016, pp. 165-209.

⁹⁰⁸ España encabeza las capturas pesqueras por peso vivo, y también la producción acuícola. Representa el 17,5% y el 23,3%, respectivamente, del total de la UE en 2015. Vid. *2018 España en cifras*, Instituto Nacional de Estadística, 2018, p.37.

Tal y como se ha advertido, el pool del seguro agrario en España surge a raíz del mandato del legislador recogido en el artículo 41 del Reglamento de la Ley 87/1978, presentando una serie de particularidades que lo hacen único en su especie.

En la actualidad, el referido pool ofrece diversas coberturas de cara a proteger las producciones agrícolas frente a la práctica totalidad de riesgos naturales, siendo una institución de referencia a nivel internacional. De hecho, en la Unión Europea es el único pool existente en tal sector. Por su parte, se dedica exclusivamente al aseguramiento directo de seguros agrarios y carece, tal y como sucede en la mayoría de los pools de riesgos a nivel europeo, de fondos propios, recurriendo a la aportación de contribuciones *ad hoc* por parte de los miembros del pool en caso de que las circunstancias lo exijan.⁹⁰⁹

Ahora bien, a diferencia de los otros pools de riesgo existentes en el mercado asegurador español y de la tónica predominante en el ámbito europeo, este posee ánimo de lucro en el desarrollo de su actividad y su gestión es desempeñada por una sociedad mercantil cuyos socios coinciden con las entidades aseguradoras que forman parte del mismo⁹¹⁰; sociedad mercantil denominada *Agrupación Española de Entidades Aseguradoras de los Seguros Agrarios Combinados, S. A. (Agroseguro, S.A.)*, constituida

⁹⁰⁹ ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 389.

⁹¹⁰ Art. 8 de los Estatutos de la Agrupación Española de Entidades Aseguradoras de los Seguros Agrarios Combinados, S. A. (Texto aprobado por la Junta General extraordinaria de Accionistas de la entidad celebrada el 23 de diciembre de 2015, modificado por Acuerdo de la Junta General ordinaria de accionistas de 30 de marzo de 2016). En adelante, los “Estatutos de Agroseguro”.

el 17 de abril de 1980 con un capital inicial de un millón de pesetas suscrito por las 25 compañías de seguros que lo formaban⁹¹¹.

Agroseguro, S.A. no es un pool de riesgo ni una entidad aseguradora. Se trata de una entidad gestora que adopta la forma de sociedad anónima cuyo objeto social consiste en la administración de los seguros agrarios combinados. En este sentido, se le confieren distintas facultades que le permiten realizar actividades accesorias de diversa naturaleza. Sin afán de ser exhaustivos, las que siguen: a) la contratación de los seguros citados, en nombre y por cuenta de todas las entidades coaseguradoras accionistas agrupadas; b) proponer a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones la distribución de los riesgos entre las entidades accionistas en la proporción que anualmente establezca, teniendo en cuenta, para efectuar la distribución, el volumen de negocio; c) la representación, para este tipo de seguros, de todas y cada una de las entidades coaseguradoras accionistas; d) la administración del coaseguro, peritación de siniestros, pago de indemnizaciones, estudios estadísticos, investigación actuarial y actividades dirigidas al fomento de este tipo de seguro; e) colaborar con los ministerios competentes en materia de agricultura y ganadería y otros organismos públicos; f) la realización de toda clase de actos y contratos de disposición y administración; g) la realización por sí, en colaboración con terceros o por cuenta ajena, de toda clase de estudios, planes, proyectos, análisis o informes técnicos relacionados con el sector productivo primario u otras materias de ordenación agraria; etc.⁹¹²

⁹¹¹ TORTELLA CASARES, G. y otros, *Historia del seguro en España*, op.cit., p. 335.

⁹¹² Dichas facultades vienen determinadas en el art. 3 de los Estatutos de Agroseguro.

De lo antedicho se colige una doble realidad que necesariamente ha de ser deslindada: en un plano se sitúa el pool del riesgo agrario y en otro bien distinto la sociedad mercantil que lo gestiona, esta es, *Agroseguro, S.A.*⁹¹³ Posiciones que, como puede advertirse, se identifican plenamente con las propias de la red empresarial; el pool del seguro agrario como organización y *Agroseguro S.A.* como gestora de la misma.

Estas dos dimensiones serán analizadas a continuación. Primeramente, el pool como la agrupación de aseguradoras cuya misión es ofrecer cobertura a los riesgos agrarios; en segundo lugar, se hará referencia su gestora: *Agroseguro, S.A.*

6.4.3 El pool de riesgos agrarios

Antes de abordar los aspectos fundamentales que caracterizan al pool de riesgo agrarios, conviene señalar que el grado de participación que presentan las entidades en el mismo resulta del todo heterogéneo. Y para muestra, un botón: en el ejercicio 2017, de los 23 miembros integrantes del pool (22 compañías aseguradoras y el Consorcio de compensación de seguros), tan solo los siete primeros representaban el 85,86% del total del riesgo asumido por el pool, dentro de los cuales tan solo una compañía ostentaba el 20,01%, seguida de cerca por otra cuya representación

⁹¹³ Aunque no parece que dicha apreciación haya sido siempre tenida en cuenta en todos los ámbitos. Tal es el caso del estudio realizado en 2014 por ERNST & YOUNG (*Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*), al cual se ha venido haciendo referencia en numerosas ocasiones, pues unifica ambas realidades (el pool y la entidad gestora) bajo la misma denominación (*Agroseguro*) si bien lo que analiza, exclusivamente, es el pool y las vicisitudes que afectan a su sociedad gestora.

alcanzaba el 18,01% del total del pool.⁹¹⁴

Sin embargo, la desigual distribución de los porcentajes asumidos por cada miembro no es la característica que más llama la atención sobre esta figura, pues su estructura presenta ciertas notas que la hacen ciertamente singular. A su análisis nos dedicaremos en las siguientes líneas.

6.4.3.1 Estructura y funcionamiento

Como se advertía anteriormente, las compañías aseguradoras que quieran operar en el seguro agrario español, de conformidad con el artículo 41 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Seguros Agrarios Combinados, habrán de agruparse en cualquiera de las formas permitidas en el ordenamiento jurídico y tener personalidad jurídica propia; si bien, tanto sus Estatutos como su Reglamento habrán de ser autorizados por el Ministerio de Hacienda.⁹¹⁵

⁹¹⁴*Informe Anual 2017 de Agroseguro*, p. 35. Como se verá más adelante, la correlación entre el porcentaje de participación en el pool se corresponde, proporcionalmente, tal y como prescriben sus Estatutos (art. 8), con la titularidad del accionariado de la mercantil *Agroseguro*. En concreto, las referidas compañías son las que siguen: Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (20,60%); Agropelayo Sociedad de Seguros, S.A. (18,01%); Seguros Generales Rural, S.A., de Seguros y Reaseguros (13,55%); Caja de Seguros Reunidos, Compañía de Seguros y Reaseguros Caser (13,39%); Consorcio de compensación de seguros (10%); Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (5,16%) y Plus Ultra Seguros Generales, S.A. (5,15%).

⁹¹⁵Art. 41, apartados 1 y 2, del Real Decreto 2329/1979, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para aplicación de la Ley 87/1978, de 28 de diciembre, sobre Seguros Agrarios Combinados.

Asimismo, se indicaba que, a tenor del mandato dado por el legislador mediante el cual se obligaba a configurar la referida agrupación a través de una forma jurídica que le otorgase personalidad jurídica propia, el recurso a cualquier otro tipo de instrumento jurídico estaría vetado, incluidas, aquí, todas aquellas redes empresariales de tipo contractual. Sin embargo, la realidad de la agrupación constituida no parece corresponderse con el referido precepto o, en el mejor de los casos y como se intentará explicar a continuación, su tenor ha sido erróneamente interpretado.

Como se apuntaba anteriormente, la forma jurídica predominante en los pools de riesgos operativos en la Unión Europea parte de estructuras de naturaleza contractual, siendo también frecuentes otras formas creadas a través de vehículos societarios, así como de otros instrumentos estatutarios. La gama de fórmulas posibles que pueden adoptar los pools de riesgo en el territorio de la Unión Europea resulta, pues, muy variada, pero existen ciertos supuestos en los cuales su configuración bajo una determinada forma jurídica viene impuesta.

Así pues, los pools de riesgo pueden ser constituidos bien por la mera voluntad de las partes, bien por imperativo legal, en cuyo caso el establecimiento bajo una forma jurídica determinada puede resultar preceptivo. Y tal es el caso español a través del mandato contenido en el artículo 41 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Seguros Agrarios Combinados. Ahora bien, lo que dicho precepto establece no es la necesidad de constituir la agrupación (el pool de riesgo) bajo una forma jurídica determinada; a lo que obliga es a que la misma posea personalidad jurídica propia, lo cual conduce, inexorablemente, a recurrir a fórmulas

distintas de las contractuales.

En este sentido, la realidad jurídica de dicha Agrupación parece no respetar tal precepto pues la misma se configura a través de diversos contratos multilaterales⁹¹⁶ relativos a los diversos cuadros de coaseguro existentes en función de las distintas tipologías de riesgos cubiertos por la agrupación.⁹¹⁷ Es una red empresarial de tipo contractual la que sirve de base para la configuración de la agrupación, sin poseer, por consiguiente, personalidad jurídica propia.

Los pools de riesgo de riesgos nucleares y riesgos medioambientales se configuran a través de una red empresarial de tipo contractual coordinada por una gestora; gestora que, en el caso de los pools de riesgos españoles, adopta generalmente la forma de agrupación de interés económico⁹¹⁸. Y esta misma estructura, pese a lo establecido en el referido Reglamento, parece reproducirse en la agrupación creada para dar cobertura del agro español, pues, en realidad, esta se materializa al amparo de un conjunto de contratos multilaterales y no bajo un ente con personalidad jurídica propia. En otras palabras, la agrupación efectivamente creada es una red empresarial de carácter contractual cuya gestora, esta sí, tiene personalidad jurídica al constituirse como una

⁹¹⁶ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., p. 389.

⁹¹⁷Anualmente, serán acordadas, en el Plan de Seguros Agrarios Combinados, aquellas líneas de seguros agrarios cubiertas, así como los porcentajes de subvenciones aplicables a cada una de ellas.

⁹¹⁸*Aseguradores de Riesgos Nucleares, A.I.E.*, en el caso de *ESPANUCLEAR y PERM, A.E.I.*, como gestora del *Convenio de correaseguro para la cobertura conjunta de riesgos medioambientales*.

sociedad anónima: la *Agrupación Española de Entidades Aseguradoras de los Seguros Agrarios Combinados, S. A. (Agroseguro, S.A.)*.

Expuesto cuanto antecede, parece razonable afirmar que el mandato dado por el legislador no se cumple, confundiéndose dos planos totalmente diferenciados: el de la agrupación como pool de riesgo (al que viene referido el Reglamento) y el de su gestora, la mercantil *Agrupación Española de Entidades Aseguradoras de los Seguros Agrarios Combinados, S. A.*, siendo esta, aunque su nombre induzca a pensar que es la agrupación exigida por el artículo 41 del referido Reglamento, la sociedad creada para su gestión y no la agrupación en sentido estricto. La personalidad jurídica corresponde, por tanto, a la gestora y no a la agrupación⁹¹⁹.

Por otra parte, quizás el origen de la divergencia entre la norma y la práctica pueda simplemente traer causa de su tiempo. Y es que, mientras que la Ley y el Reglamento que regulan el seguro agrario combinado se sitúa a finales de los años 70, las agrupaciones de interés económico no emergen hasta el año 1991 (fórmula que, no olvidemos, otorga personalidad jurídica propia a la nueva organización), siendo, por tanto, en el momento de la constitución de la agrupación, la forma de sociedad anónima el instrumento jurídico más apropiado a efectos de dotarla de personalidad jurídica propia.

⁹¹⁹Así lo expresa la propia gestora en su página web: “Agroseguro se encarga de la gestión de los seguros agrarios por cuenta y en nombre de las entidades aseguradoras que forman parte del pool de coaseguro. No es, por tanto, una entidad aseguradora, sino una entidad de gestión.”.

Aun así, el anterior argumento no salvaría en ningún caso el quebrantamiento del mandato dado por el legislador a las aseguradoras en el sentido de que la agrupación que dé la cobertura en conjunto habría de poseer personalidad jurídica propia, puesto que esta, en sentido estricto, se configura en la práctica través de una maraña de coaseguros; coaseguros cuya naturaleza, como se ha visto en el capítulo correspondiente, se identifican con una red empresarial de tipo contractual sin personalidad jurídica propia.

De aquí que parezca procedente realizar una revisión sobre dos aspectos concreto del pool del seguro agrario: bien de la norma (el Reglamento), en el sentido de actualizarla y adecuarla a la realidad del tráfico mercantil eliminando la necesidad de que agrupación deba poseer personalidad jurídica propia; bien de la forma jurídica efectivamente adoptada por la agrupación, procediendo a su correspondiente transformación en el tipo societario oportuno.

6.4.3.2 Entrada y salida del pool

La naturaleza estable y vocación de perdurabilidad del pool no implica que la identidad de sus miembros haya de ser la misma o que se exija participar a cada uno de ellos con la misma intensidad en todo momento. Así pues, tanto la entrada como la salida del pool es posible, pero respetando una serie de requisitos que responden a una doble naturaleza: legal y convencional.

En cuanto a las condiciones legales de acceso al pool y su permanencia en el mismo, señalar que únicamente podrán incorporarse aquellas entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en los ramos del seguro agrario conforme a la normativa de ordenación y supervisión de la actividad aseguradora, salvo la excepción del Consorcio de compensación de seguros, que, por mandato legal, también será miembro de la red del pool cuando participe de la cobertura de este tipo de riesgos.⁹²⁰

Igualmente, y de manera individual, los miembros del pool deberán constituir una reserva técnica bajo la denominación de *Reserva Acumulativa de Seguros Agrarios*, pudiendo solo disponer de la misma para compensar la diferencia negativa que se produzca en un ejercicio entre las primas de riesgo y la siniestralidad registrada.⁹²¹

Por su parte, no parece que exista ningún impedimento, ni legal ni estatutario, que permita al resto de miembros del pool impedir la entrada de un nuevo miembro, lo cual choca con la lógica habitual presente en las redes empresariales de tipo contractual, fruto, evidentemente, de la naturaleza obligatoria de la cual trae causa la configuración del pool de riesgo del seguro agrario.

⁹²⁰Art. 10 del Estatuto del Consorcio de compensación de seguros. En este sentido, destacar que en los cuatro primeros años de vida del pool (1980-1984), su participación fue inexistente, siendo este el único periodo en el cual el Consorcio no ha formado parte ni del pool ni de *Agroseguro*. Vid. TORTELLA CASARES, G. y otros, *Historia del seguro en España*, op.cit, p. 335.

⁹²¹Art. 42.2 del Real Decreto 2329/1979, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para aplicación de la Ley 87/1978, de 28 de diciembre, sobre Seguros Agrarios Combinados.

Asimismo, es necesario tener presente la aprobación anual del Plan de Seguros Agrarios Combinados, establecido al amparo de lo previsto en el artículo quinto del título II de la Ley 87/1978, de 28 de diciembre, de Seguros Agrarios Combinados, el cual contempla las distintas líneas de seguros agrarios cubiertas en cada anualidad, así como los porcentajes de subvenciones aplicables a cada una de ellas. Por consiguiente, solo podrán entrar a formar parte del pool aquellas aseguradoras autorizadas, en cada caso, para suscribir las concretas líneas de seguros cubiertas por la agrupación.

Respecto a la salida, la pérdida de la autorización administrativa habilitante para operar en el seguro agrario determinará la expulsión automática de cualquiera de las entidades miembros del pool. Asimismo, la Dirección General de Seguros podrá acordar la prohibición para ciertos miembros del pool a efectos de seguir formando parte del mismo cuando actúen de manera irregular bajo determinadas circunstancias. Dichos comportamientos irregulares son los que siguen: la negativa a cubrir determinados riesgos, la falta de diligencia adecuada en la suscripción de los seguros, cuando se acredite la inexistencia de capacidad económica suficiente para la cobertura de los riesgos incluidos en el Plan de seguros agrarios o el incumplimiento sistemático y grave de las normas del Plan de seguros agrarios.⁹²²

⁹²²Art. 43 del Real Decreto 2329/1979, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para aplicación de la Ley 87/1978, de 28 de diciembre, sobre Seguros Agrarios Combinados.

Sin duda la existencia de sanciones tasadas por la vía reglamentaria es un aspecto absolutamente excepcional desde la lógica de funcionamiento de las redes empresariales de tipo contractual en general y cuya explicación, en el particular caso del pool de riesgo del seguro agrario combinado, se encuentra en la naturaleza obligatoria de la configuración del mismo.

Finalmente, apuntar que, siempre que se produzca la salida de un miembro, las restantes entidades deberán absorber la participación que aquéllas tenían en el pool pues la cobertura del mismo no puede ser afectada por los cambios producidos en el cuadro de coaseguro.⁹²³

Lo antedicho en atención a la entrada y salida del pool de riesgo viene referido, exclusivamente, a aquellas condiciones legales establecidas por el legislador. De ahí que, junto a estas, sea necesario tener en cuenta las particularidades recogidas en los contratos multilaterales que sirven de base al pool, estas son, las condiciones de entrada y salida de tipo convencional.

6.4.3.3 Funciones del pool del seguro agrario

Por mandato legal, se imponen las funciones que deberán ser desempeñadas por el pool, a saber, las que siguen: contratación de los

⁹²³Esta obligación viene expresamente contemplada en el supuesto del Art. 43 del Real Decreto 2329/1979, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para aplicación de la Ley 87/1978, de 28 de diciembre, sobre Seguros Agrarios Combinados; pero resulta extensible al resto de supuestos de salida por parte de cualquier miembro, sea cual fuere la causa.

seguros en nombre y por cuenta de todas las entidades que formen parte del pool; la distribución de los riesgos entre los miembros del pool en la proporción que anualmente se establezca teniendo en cuenta como factor importante para efectuar la distribución el volumen de negocio que cada entidad haya aportado; la representación de todas y cada una de las entidades del pool; la administración del seguro, peritación de siniestros, pago de indemnizaciones, estudios estadísticos, investigación actuarial y, en general, cuanto redunde en fomento de este seguro y, por último, la obligación de colaborar con las administraciones públicas implicadas en el seguro agrario para cuanto este sea requerido.⁹²⁴

El legislador únicamente tiene en cuenta las funciones que deben ser acometidas por el pool del seguro agrario, guardando silencio sobre los intereses compartidos en su seno; intereses que, por su parte, son los que verdaderamente aportan un valor añadido a este tipo de estructuras y que mayor interés representan desde el punto de vista de su eficiencia. Se persigue así la eficacia (tiene que existir un pool, en concreto el establecido en el art. 41 del Real Decreto 2329/1979, de 14 de septiembre), pero no tanto la eficiencia mismo. Asimismo, este argumento ayuda a sostener que, dada la creación del monopolio existente en el referido sector, la eficiencia no parece que sea uno de los pilares fundamentales promovidos por los poderes públicos en este tipo de agrupaciones.

Todas estas funciones impuestas legalmente recuerdan y coinciden

⁹²⁴ Art. 41.3 del Real Decreto 2329/1979, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para aplicación de la Ley 87/1978, de 28 de diciembre, sobre Seguros Agrarios Combinados.

con las recogidas en los estatutos de la sociedad gestora de la agrupación, *Agroseguro, S.A.* Sin embargo, el mandato del legislador va dirigido a las funciones que debe adoptar la Agrupación, esto es, el pool de riesgo, y no a las propias de su gestora. Se confunden, pues, dos niveles distintos de la estructura: la agrupación en sí (a la que va dirigida el mandato del legislador) y su gestora (la mercantil *Agroseguro, S.A.*). A este segundo nivel nos dedicaremos a continuación.

6.4.4 Agroseguro, S.A. como gestora

Como se anticipaba en las líneas precedentes, la gestión del pool del seguro agrario, a diferencia del resto de pools españoles y de la mayor parte de los europeos, es desempeñada por una sociedad anónima (*Agroseguro, S.A.*) y no por una agrupación de interés económico, lo cual resta flexibilidad y complica sustancialmente su funcionamiento.

Constituida con fecha 17 de abril de 1980, la *Agrupación Española de Entidades Aseguradoras de los Seguros Agrarios Combinados, S.A.*, con nombre comercial *Agroseguro*⁹²⁵, tiene por objeto social la administración de los seguros agrarios combinados a través de la realización de diversas actividades⁹²⁶, las cuales, como ya se ha advertido, están en total consonancia con el mandato del legislador relativo a las funciones que debe perseguir la agrupación como tal.

A tenor del artículo 3.1 de los Estatutos de *Agroseguro, S.A.*, dicha

⁹²⁵ Art. 2 de los Estatutos de *Agroseguro*.

⁹²⁶ Art. 3.1 de los Estatutos de *Agroseguro*.

mercantil no tiene la condición de entidad aseguradora y su actividad, conforme al objeto social de la misma, será, entre otras, “la contratación de los seguros agrarios en nombre y por cuenta de todas las entidades coaseguradoras accionistas agrupadas”. Nótese en este sentido, cómo claramente los Estatutos de la sociedad *Agroseguro, S.A.* atribuyen a dicha mercantil aquellas funciones típicas que recaen sobre la gestora de una red empresarial; funciones que, de conformidad con lo prescrito en la norma, deberían ser desempeñados por el propio pool y no por su gestora.

Con base en el anterior argumento, se refuerza la afirmación anteriormente sostenida en el sentido de que el mandato del legislador recogido en el artículo 41 del Reglamento del seguro agrario combinado no ha sido respetado y la agrupación a la que alude no tiene, en realidad, personalidad jurídica propia; la que sí goza de tal estatus jurídico es su gestora (*Agroseguro, S.A.*), pero no el pool de riesgo propiamente dicho.

El capital social de *Agroseguro, S.A.* se distribuye en un total de cincuenta mil acciones nominativas con valor nominal de ciento ochenta euros, todas ellas de la misma serie y sin existir ningún tipo de acción privilegiada. Por su parte, los accionistas únicamente podrán ser entidades aseguradoras autorizadas para operar en el seguro agrario y sean titulares al menos de una acción. Igualmente, el Consorcio de compensación de seguros será accionista de *Agroseguro, S.A.* siempre y cuando participe del pool.⁹²⁷

Al respecto, destacar el deber impuesto a todos los accionistas de

⁹²⁷ Arts. 6 y 7 de los Estatutos de *Agroseguro*.

asumir los riesgos del seguro agrario, configurándose este, más que como una suerte de prestación accesoria⁹²⁸, como un deber de cara a adquirir tal calificación.⁹²⁹

Además de ser un deber para cada accionista, la participación por parte de cada entidad en el pool determinará el número de acciones de las cuales será titular en *Agroseguro, S.A.* y que, a la postre, determinará su poder en la administración del mismo. Ello es así dado que el porcentaje de participación en la sociedad mercantil gestora de dicha agrupación ha de ser proporcional a su intervención en la asunción del riesgo en el cuadro de coaseguro.⁹³⁰ En su virtud, cualquier modificación en el cuadro de coaseguro supondrá, inexorablemente, un cambio en la identidad de los accionistas de *Agroseguro, S.A.*, con los inconvenientes que ello implica.⁹³¹

En este sentido, quizá las exigencias que implican la necesidad de correlación entre la participación en el pool de riesgo y la titularidad

⁹²⁸ Postura defendida por MUÑOZ PAREDES en MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, op.cit., p. 203.

⁹²⁹ “(...) Los accionistas, por el hecho de serlo, además de estar obligados a la aportación del capital, con arreglo a la Ley de Sociedades de Capital, tienen el deber de asumir los riesgos del Seguro Agrario Combinado”. Art. 7 *in fine* de los Estatutos de Agroseguro.

⁹³⁰ Art. 8 de los Estatutos de Agroseguro.

⁹³¹ En este sentido, dispone el art. 8 de los Estatutos de Agroseguro que “(...) Cualquier alteración en la participación en el capital social o en el coaseguro significará respectivamente una modificación en la participación en la cobertura de los riesgos o en el número de acciones de las que sea titular. Cuando un accionista aumente o disminuya su participación en el cuadro de coaseguro deberá adquirir o enajenar, respectivamente, las acciones que posea hasta restablecer la proporción entre el número de acciones poseídas y la participación que detente en el cuadro de coaseguro. Cuando una entidad deje de integrar el cuadro de coaseguro, deberá enajenar las acciones que posea (...)”.

accionarial restan flexibilidad y complican el funcionamiento del conjunto, máxime teniendo en cuenta la existencia de otras formas que podrían permitir una mayor y más rápida adaptabilidad entre la realidad del pool y la de su gestora, *Agroseguro, S.A.* Un ejemplo, podría ser el recurso a otras formas organizativas para la gestión y administración del pool que confieran una mayor flexibilidad, a saber, una Agrupación de Interés Económico, siendo esta, como se ha visto, la fórmula más frecuente en los pools de riesgos⁹³². Pools que, por otra parte, tal y como sucede en la mayor parte de este tipo de organizaciones a nivel europeo, vienen marcados por su carácter no lucrativo.

Visto lo anterior, y dado el fin lucrativo que impregna el pool del seguro agrario, quizá la razón que justifica la creación de una sociedad anónima sea esta: la presencia de ánimo de lucro entre sus miembros, incluido aquí el Consorcio de compensación de seguros⁹³³. Ahora bien, presente o no, la ausencia cualquier tipo de interés lucrativo por parte de un solo operador no impediría que existiera un interés compartido por todos los miembros del pool en el cual la obtención y ulterior reparto de la ganancia sea un fin perseguido en conjunto, encajando, tal como se ha

⁹³² SÁNCHEZ CALERO, F., “Concepto y elementos del contrato de reaseguro”, *op.cit.*, p. 93; MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, *op.cit.*, p. 184.

⁹³³ El Consorcio de compensación de seguros, como consorcio (Arts. 118-127 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), se constituye como una entidad pública empresarial con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, dotada de patrimonio distinto al del Estado y adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda (art. 1 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros). Dentro de sus funciones, las desempeñadas por el Consorcio se imbrican claramente en aquellas de naturaleza privada, por lo que se intuye con claridad el carácter lucrativo de su participación en el pool.

referido en el capítulo oportuno, con la lógica de la red empresarial.

7. Problemas jurídicos en torno a la colaboración en el pool de riesgo

Así como en el capítulo anterior se señalaban aquellas dificultades a las cuales se enfrentaban los coaseguros desde el punto de vista de la Defensa de la competencia, llegando a la conclusión de que estos, a la postre, no suponían un gran obstáculo, los pools de riesgo comportan serias dificultades que, necesariamente, han de ser aquí consideradas.

Pese a la similitud de sus funciones (la cobertura conjunta de riesgos cuyo aseguramiento individual será imposible, muy gravoso o insuficiente), existen dos notas diferentes presentes en ambos tipos de estructuras que resultan clave a la hora de efectuar una valoración de aquellas posibles restricciones de la competencia que unas y otras pudieran comportar: la estabilidad y la duración. Así pues, mientras que los coaseguros surgen para permitir la cobertura conjunta *ad hoc* de riesgos específicos de múltiples naturalezas, los pools de riesgo son empleados para el aseguramiento en común de riesgos homogéneos que pertenecen a una misma categoría.

Una vez desaparecido el riesgo para un concreto asegurado, esto implica, en el caso del coaseguro, su automática extinción pues el nacimiento del coaseguro trae causa de la propia existencia del riesgo. A *contrario sensu*, la evanescencia del riesgo particular para un determinado asegurado amparado por un pool no comporta la desaparición de dicha estructura pues el riesgo seguirá estando presente para otros asegurados

que, asimismo, se benefician de la existencia de la agrupación.

A los efectos que ahora nos ocupan, el pool de riesgo podría ser considerado como un “coaseguro institucionalizado” y, por consiguiente, darse en su seno con mayor intensidad y con vocación de permanencia la aparición de conductas que tuviesen el objeto o produjesen el efecto de restringir la competencia por cuanto que coadyuvan a la coordinación del comportamiento competitivo en un mismo mercado. De hecho, en palabras de la propia Comisión de las Comunidades Europeas, estos son los acuerdos característicos del sector asegurador que mayores dificultades implican desde el punto de vista de su evaluación.⁹³⁴

Ahora bien, pese a la restricción de la competencia que pudieran originar, los factores procompetitivos que dichos pools implican podrían enervar, *a priori*, la prohibición general contenida en el art. 101.1 TFUE en virtud de las ventajas que comportan y cuya protección ha venido siendo amparada, si bien bajo ciertas condiciones (fundamentalmente umbrales de mercado), en todos los Reglamentos de exención por categorías propios del sector asegurador aprobados hasta el momento.

Lo antedicho se transluce con meridiana claridad de las Decisiones recaídas en dos asuntos clave para evaluar la colaboración para el aseguramiento en común en el sector, a los cuales, por su elevado interés

⁹³⁴ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento n° 3932/92 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 (ex apartado 3 del artículo 85) del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (COM/99/0192 final), p. 3.

ilustrativo, se hará a continuación una breve referencia, sirviendo, asimismo, de enlace con la Parte IV.

7.1 Asunto TEKO⁹³⁵

La mercantil *TEKO*, constituida en 1954 bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada, surge con el objetivo de crear un reaseguro conjunto y mutuo de riesgos de rotura de maquinaria industrial, así como procurar asesoramiento a las empresas participantes en la suscripción y liquidación de estos seguros en Alemania. Dicha mercantil, suscribió en 1981 un acuerdo de colaboración en el ámbito del seguro de rotura de maquinaria y del seguro espacial con varias empresas competidoras, notificando a la Comisión Europea la existencia del mismo en 1987.

En cuanto al seguro de maquinaria, la Comisión ponía de manifiesto que se producía una restricción de la competencia al configurarse *TEKO* como central común de información y asesoramiento, máxime teniendo en cuenta que dicha mercantil era el operador que calculaba las primas y valoraba los riesgos, lo cual, en la práctica, se traducían en una evidente coordinación del comportamiento en el mercado de las sociedades participantes. Dado que el establecimiento por parte de las participantes de sus propias primas era algo totalmente excepcional y la base de la tramitación de sus respectivos contratos se identificaba con la oferta de *TEKO*, las sociedades participantes aplicaban primas y condiciones

⁹³⁵ Decisión de la Comisión 90/22/EEC, de 20 de diciembre de 1989, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.408 - *TEKO*), *OJ L 13*, 17.1.1990, pp. 34–39.

idénticas o parecidas en los mismos o similares casos, por lo que no existía competencia efectiva entre ellas. Igualmente se producía una restricción de la competencia en el reaseguro dado que se suscribían contratos comunes para todos los aportados por las entidades agrupadas a TEKO como reaseguradora.

Por lo que se refiere a la colaboración sobre el seguro espacial, todas las participantes en el acuerdo cubrían los riesgos con la misma prima y condiciones, por lo que, indefectiblemente, se eliminaba la competencia entre ellas ya que al pertenecer al pool renunciaban a optar por mayores cuotas del riesgo suscrito o en mejores condiciones. En el mismo sentido, al entrar a formar parte del pool renunciaban a buscar reaseguradores de manera independiente para reasegurar sus respectivas cuotas, restringiéndose, asimismo, la competencia en este mercado. Sin embargo, esta colaboración fue considerada compatible con la normativa antitrust toda vez que el acuerdo notificado cumplía con los requisitos para la concesión de la exención contemplada en el art. 85.3 del Tratado.

Respecto de la colaboración en materia del seguro de rotura de máquina, la Comisión entendía que la colaboración de las empresas participantes con TEKO tenía como consecuencia una racionalización y ahorro de costes esenciales, pudiendo ofrecer, gracias a la especialización y experiencia de los colaboradores de esta empresa, condiciones más favorables merced a la suscripción conjunta de contratos de reaseguro, facilitando, asimismo, la incorporación a este mercado de aquellas compañías de menor tamaño. En relación con la colaboración efectuada

en el seguro espacial, esta implicaba, asimismo, una racionalización de costes y permitía a los colaboradores de TEKO elaborar un *know-how* del seguro espacial (hasta el momento inexistente) disponible para todas las entidades participantes.

En ambos supuestos, los usuarios, por su parte, se verían beneficiados de la existencia de TEKO toda vez que serían capaces de encontrar soluciones más ajustadas a sus concretas necesidades llegando, incluso, a experimentar una reducción del coste de la prima de seguro. Asimismo, la Comisión consideraba que el acuerdo notificado y las prácticas basadas en él no contenían restricciones que no fueran las indispensables para el logro de los objetivos del pool y que las sociedades participantes no tenían la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte esencial de los seguros en cuestión, puesto que la existencia de terceras empresas garantizaba la efectiva competencia en buena parte del mercado de referencia.

7.2 Asunto Assurpol ⁹³⁶

La Agrupación de Interés Económico del pool de riesgo denominado “Assurpol”, creada en octubre de 1988 y constituida por un periodo de veinte años, contemplaba como objeto la gestión el convenio de correaseguro y la retrocesión por cuenta común de los riesgos de daños contra el medio ambiente originados por ciertas instalaciones industriales

⁹³⁶ Decisión de la Comisión 92/96/CEE, de 14 de enero de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.100 - *Assurpol*), *OJ 1992 L37/16*, (40) § 27.

y comerciales en Francia. Dicha Agrupación era, en definitiva, la gestora del convenio de correaseguro, teniendo como funciones coordinar todo tipo de trabajos, encuestas y estudios estadísticos encaminados a simplificar y mejorar las normas de seguros sobre los riesgos cubiertos, cooperar en la valoración de los riesgos objeto de correaseguro, llevar la contabilidad de tales riesgos y administrar las sumas que representan los compromisos de correaseguro frente a todas las sociedades cedentes.

Pues bien, tras la notificación de *Assurpol* a la Comisión Europea de la celebración del referido convenio de correaseguro, esta constataba que los acuerdos entre las empresas de seguros y reaseguros encaminados a la creación de un pool de correaseguro permanente e institucionalizado, así como las decisiones de la Agrupación de Interés Económico (la gestora) que regía las actividades del mismo, tenían por objeto y efecto la coordinación del comportamiento competitivo entre las partes y la restricción de la competencia en tres niveles: el (i) seguro directo⁹³⁷, (ii) el reaseguro⁹³⁸ y (iii) la retrocesión de riesgos de daños contra el medio ambiente originados por instalaciones industriales y comerciales situadas en Francia⁹³⁹.

⁹³⁷ Fundamentalmente, debido a que las empresas de seguros que participaban en los acuerdos no eran capaces de fijar libremente las condiciones generales ni las primas puras de los contratos de seguro que concertasen para la cobertura de riesgos de daños contra el medio ambiente.

⁹³⁸ A través de la participación en *Assurpol*, los miembros limitaban su libertad de elección para escoger el reaseguro de los riesgos que hubiesen asegurado individualmente, renunciando, por consiguiente, a la competencia que podrían hacerse entre sí a la hora de buscar un reaseguro.

⁹³⁹ En similar sentido, al participar en *Assurpol*, las entidades del seguro directo que eran miembros renunciaban a proceder, de forma individual o por separado, a retrocesiones mutuas y, por lo tanto, a competir entre sí.

Ahora bien, tal y como sucediera en el asunto *TEKO*, los efectos procompetitivos resultantes del pool eximían a este de la prohibición general de colaboración empresarial al cumplirse los cuatro requisitos impuestos en el art. 85.3 del Tratado.

En primer lugar, la Comisión consideraba que la colaboración entre las empresas de seguros y de reaseguros en el seno de *Assurpol* permitía ampliar el conocimiento de los riesgos, crear una capacidad financiera y desarrollar unos conocimientos técnicos para la cobertura de los riesgos de daños contra el medio ambiente que, de otra manera, no hubiera sido posible lograr. Además, añadía que, gracias al pool, el diseño del producto de seguro se adaptaba mejor a las necesidades de la demanda y su distribución experimentaba una clara mejoría puesto que la suscripción podía realizarse con mayor celeridad.

Los usuarios, por su parte, también se beneficiaban de manera equitativa de la creación y el funcionamiento de *Assurpol* pues, junto a la mejor adaptación de los productos ofrecidos por las aseguradoras, la existencia de condiciones normalizadas en los contratos de seguros facilitaba la comparación de las primas comerciales aplicadas por cada uno de los aseguradores miembros de *Assurpol*.

Igualmente, la Comisión estimaba que la obligación impuesta a los miembros aseguradores de aplicar unas condiciones generales de póliza comunes, de proceder a la evaluación de los riesgos a partir de la guía de tarifas y de solicitar a la comisión técnica la evaluación de determinados

riesgos para poder beneficiarse del reaseguro en el seno del consorcio, era una condición indispensable para el buen funcionamiento del correaseguro y que, por tanto, debía ser consentida. Por último, no se apreciaba la eliminación de una parte sustancial de la competencia, fundamentalmente, por dos motivos: el primero, que los usuarios no se veían privados de la posibilidad de elegir entre los miembros aseguradores; el segundo, que, dado que el correaseguro permitía a un número mayor de entidades ofrecer un producto más adaptado a las necesidades de la demanda, la libertad de elección de los usuarios, más que mermarse, se veía finalmente incrementada.

La experiencia adquirida por la Comisión Europea en estos dos concretos asuntos será la base sobre la cual se cimiente el contenido y alcance de una de las categorías que siempre ha resultado exenta a través de los diversos Reglamentos de exención aprobados en el ámbito específico de la colaboración horizontal propio de la industria aseguradora: las agrupaciones para el aseguramiento conjunto; aspectos estos que serán abordados minuciosamente en la Parte IV.

PARTE IV.- COLABORACIÓN EMPRESARIAL HORIZONTAL EN EL SECTOR ASEGURADOR: ANÁLISIS ANTITRUST

La colaboración entre pares es concebida por varias disciplinas como un factor esencial para el desarrollo y la mejora tanto del ser humano a nivel individual como de la sociedad en su conjunto. Colaboración entendida como un proceso en el que surge la confianza entre los participantes, aparecen conductas ligadas a la lealtad y se coordinan comportamientos con el fin de lograr un interés compartido por todos ellos que contribuye a la mejora individual y colectiva. Frente a estas corrientes, otras teorías apuestan por la rivalidad entre iguales y la lucha por la propia supervivencia como mecanismos de crecimiento que, a su vez, favorecen y justifican la eliminación de aquellos que no logran adaptarse a los nuevos escenarios.

A su vez, entre estas dos realidades extremas, se hallan zonas grises en las cuales coexisten ambas concepciones. Así, mientras que en los entornos competitivos pueden darse comportamientos puntuales de colaboración, en otros contextos caracterizados por la existencia de sinergias colaborativas, cabe un cierto grado de rivalidad y de lucha entre sus miembros.

Expuesta esta breve introducción, a lo largo de los siguientes Capítulos se analizará en qué supuestos y bajo qué condiciones la colaboración entre entidades aseguradoras, como excepción a la prohibición general contenida en el artículo 101.1 TFUE, se ve legitimada en el actual contexto jurídico-económico, haciendo, asimismo, especial

hincapié en la evolución experimentada durante los últimos años a tenor de los distintos enfoques de la competencia que se han ido adoptando (más o menos favorables a permitir dicha colaboración).

En el primer Capítulo se analizará en qué supuestos, partiendo de la prohibición general de la colaboración entre competidores cuando esta tenga por objeto o por efecto restringir la competencia, pueden darse comportamientos colaborativos puntuales, así como las consecuencias que pueden derivar de la infracción de dicha prohibición.

En el segundo, se analizarán con detalle los distintos Reglamentos de exención por categorías propios del sector asegurador que han estado vigentes a lo largo de más de dos décadas a nivel europeo; instrumentos jurídicos excepcionales que, en atención a las particularidades del sector asegurador, permitían la enervación automática de la prohibición general de colaboración para ciertas prácticas frecuentes en la industria aseguradora, toda vez que, al comportar notables aspectos procompetitivos en el mercado, la experiencia desaconsejaba su veto.

En el tercer Capítulo, el objeto de estudio se centrará en una doble vertiente. De un lado, se examinarán los criterios actuales contenidos en la normativa de la defensa de la competencia a fin de evaluar las dos prácticas colaborativas analizadas en la Parte III del presente trabajo: los intercambios de información entre competidores y los pools de riesgo. De otro, habida cuenta de la naturaleza reticular presente en el sector asegurador, se explorará si, a la luz de los criterios vigentes en la normativa antitrust, resulta necesario matizar los existentes o añadir criterios

adicionales en la evaluación de estas prácticas que ayuden a compatibilizar el fenómeno de la red empresarial con la lógica de la defensa de la competencia.

CAPÍTULO 1.- COLABORACIÓN EMPRESARIAL Y NORMATIVA ANTITRUST

1. La prohibición de la colaboración que restringe la competencia en la normativa antitrust como punto de partida

La defensa de la competencia sirve como complemento a otras disciplinas jurídicas que tienen por objeto regular la actividad económica con el fin de coadyuvar a la mejora de la productividad y de la competitividad en el conjunto de la economía. El bien jurídico protegido es, por consiguiente, la tutela de una competencia efectiva que permita el adecuado desarrollo del proceso competitivo y produzca los efectos que le son propios: preservar una asignación más eficiente de los recursos y combatir aquellas prácticas que tengan el objeto o produzcan el efecto de restringir la competencia, incrementando, a su vez, los incentivos para competir e innovar.⁹⁴⁰

En este contexto, y por lo que a la colusión se refiere, tanto el sistema antitrust creado en la Unión Europea – artículo 101.1 del Tratado de

⁹⁴⁰COSTAS COMESAÑA, J., “La especialidad del Derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1.057 y 1.070; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Los intereses protegidos por el Derecho comunitario de la competencia. Algunas reflexiones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, 2013, pp. 827-840; BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil. Vol. II*, op.cit., pp. 165-166; BENEYTO PÉREZ, J.M., TRONCOSO FERRER, M., “Objeto, evolución y perspectivas del Derecho de la Competencia”, *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, Wolters Kluwer, 2017, pp. 35-37.

Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante “TFUE”)⁹⁴¹ – como el nacional – artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la competencia (en adelante “LDC”) – se sustentan sobre la prohibición de aquellos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto o por efecto restringir la competencia, pues su adopción implica, generalmente, una limitación a la libertad de actuación de los operadores que operan en un mismo mercado, alterando su correcto funcionamiento y distorsionando las condiciones en las cuales se desarrollaría la competencia de no existir tal colusión.

Sin embargo, pese a que la prohibición de la colusión constituya el punto de partida en prácticamente todos los modelos de políticas antitrust vigentes, esta se articula de diversas formas. Así, mientras que el sistema europeo, incluido aquí el español, se construye sobre la base de la existencia de una prohibición general que admite, una vez se haya verificado el cumplimiento de ciertos requisitos, exenciones o excepciones legales a tal prohibición⁹⁴², el sistema estadounidense se caracteriza por delimitar el alcance de las prohibiciones de los acuerdos restrictivos de la competencia, entendiéndose que, en virtud de la aplicación de la “rule of reason”, solo pueden ser prohibidas aquellas conductas que produzcan

⁹⁴¹ De manera análoga se configura el sistema antitrust español a través del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante la “LDC”).

⁹⁴² Esta prohibición general característica del sistema europeo se trata de una prohibición *a priori* ya que resulta aplicable con independencia de si la conducta colusoria en cuestión se ha puesto en práctica y de si esta ha producido efectos lesivos o no en el mercado de referencia, ello sin requerir una declaración previa a tal efecto. Vid. GALÁN CORONA, E., “Prohibición de prácticas colusorias (I): visión general”, *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, Wolters Kluwer, 2017, pp. 237 y 241.

restricciones no razonables.⁹⁴³

Ahora bien, pese a que entre ambos sistemas exista una cierta analogía, la técnica empleada en uno y otro caso resulta dispar. Así, mientras que la aplicación de la normativa antitrust en el sistema europeo resulta mucho más formalista, en los Estados Unidos, la “rule of reason” hace del sistema norteamericano un sistema antitrust mucho más flexible; ductilidad que, en determinados supuestos, ha consentido la existencia de acuerdos restrictivos que difícilmente hubieran sido permitidos de haber sido evaluados a la luz de la normativa antitrust europea.⁹⁴⁴

1.1 Destinatarios y modelos de concertación

Los destinatarios de la prohibición general establecida en el art. 101.1 TFUE y el 1.1 de la LDC son las empresas y las asociaciones de empresas. La primera dificultad al respecto surge del hecho de que la normativa antitrust no haya ofrecido, hasta el momento, una definición legal sobre qué ha de entenderse por empresa, recayendo tal tarea sobre los tribunales, y estos, finalmente, hayan optado por delimitar tal concepto en un sentido funcional. Así las cosas, conforme a la jurisprudencia elaborada a tal efecto, el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza

⁹⁴³ Un estudio más detallado sobre la aplicación de “rule of reason” puede consultarse en: WERDEN, GREGORY J. "Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters", *Antitrust Law Journal*, vol. 79, no. 2, 2014, pp. 713-760; PERITZ, R. J., “The rule of reason in antitrust law: Property logic in restraint of competition”, *Hastings Law Journal*, 40 (2), 1989, pp. 285-342; HOVENKAMP, H., “The rule of reason”, *Florida Law Review*, 70(1), 2018, pp. 81-168.

⁹⁴⁴ JONES, A., “Left behind by modernisation restrictions by object under article 101(1)”, *European Competition Journal*, num. 6 (3), 2010, pp. 659-660.

una actividad económica, ello con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad, de la forma jurídica utilizada o de su modo de financiación.⁹⁴⁵ Igualmente, se ha precisado que el concepto de empresa designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica pueda estar constituida por varias personas físicas o jurídicas.⁹⁴⁶

Junto al desempeño de una actividad económica y la existencia de una entidad a la cual se pueda imputar la conducta colusoria, la independencia y la autonomía en el operador económico en cuestión resultan indispensables a la hora de evaluar su conducta.⁹⁴⁷ De aquí que, aunque una entidad tenga personalidad jurídica propia, puede que no sea

⁹⁴⁵ Así, en el Asunto C-41/90, la Sala Sexta del Tribunal de Justicia apuntaba que “A este respecto procede precisar, en el contexto del Derecho de la competencia, que, por un lado, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación y, por otro, que la actividad dirigida a la colocación es una actividad económica.” *Asunto C-41/90, Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH* (ECLI:EU:C:1991:161), §21. En igual sentido, *Asunto C-97/08, Akzo Nobel NV y otros vs Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia de 10 de septiembre 2009 (ECLI:EU:C:2009:536), §55; *Asunto C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio vs Compañía Española de Petróleos, S.A.*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 14 de diciembre de 2006, (ECLI:EU:C:2006:784), §40.

⁹⁴⁶ Entre otras, *vid.* las siguientes: *General Química y otros/Comisión*, C-90/09 P, §35 (ECLI:EU:C:2011:21); *Asunto C-97/08, Akzo Nobel NV y otros vs Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia de 10 de septiembre 2009 (ECLI:EU:C:2009:536), §55; Sentencia *ETI y otros*, C-280/06, §38, (ECLI:EU:C:2007:775); Sentencia *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco/Comisión*, C-628/10 P y C-14/11 P, §42 (ECLI:EU:C:2012:479).

⁹⁴⁷ Independencia y autonomía que, necesariamente, han de ser evaluadas examinando diversos factores, a saber, el grado de participación de la empresa matriz en el capital social de la filial, la composición del órgano de administración o la influencia que ejerce la matriz en el comportamiento del mercado de la subsidiaria. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 25 de octubre de 1983, Asunto 107/82 *AEG-Telefunken AG v Comisión de las Comunidades Europeas*, (ECLI:EU:C:1983:293), § 47-53.

un operador independiente si los comportamientos que lleva a cabo en el tráfico mercantil, lejos de ser atribuibles a su propia voluntad, son fruto de las decisiones tomadas por un tercer operador al cual se encuentra sometida.⁹⁴⁸ En su virtud, desde la óptica de la normativa antitrust, la aproximación al concepto de empresa resulta más económica que jurídica.

Por su parte, las asociaciones empresariales, formadas por empresas económica y jurídicamente independientes que pertenecen al mismo sector industrial, también son destinatarias de la prohibición general contenida en el art. 101.1 del TFUE y el art. 1.1 de la LDC puesto que las decisiones tomadas por sus respectivos órganos de dirección y control podrían llegar a tener por objeto o tener el efecto de restringir la libre competencia en el mercado. La normativa antitrust abarca, pues, no sólo las modalidades directas de coordinación de conductas entre empresas, como acuerdos y prácticas concertadas, sino también otras formas que permiten actuar a los operadores, coordinadamente, a través de una estructura colectiva o de un órgano común.⁹⁴⁹

⁹⁴⁸ Así pues, “el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas”. *Vid.* Sentencia *Comisión y otros/Siemens Österreich y otros*, Asuntos acumulados C-231/11 P a C-233/11 P, §46 (*ECLI:EU:C:2014:256*). En igual sentido, *vid.* *Akzo Nobel NV y otros vs Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia de 10 de septiembre 2009 (*ECLI:EU:C:2009:536*), §58 o la Sentencia *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco/Comisión*, C-628/10 P y C-14/11 P, §43 (*ECLI:EU:C:2012:479*).

⁹⁴⁹ Sentencia *MasterCard, Inc. and Others vs European Commission*, Asunto T-111/08, (*ECLI:EU:T:2012:260*), §243.

Asimismo, resulta importante recalcar que no solo las decisiones, sino también las recomendaciones ofrecidas por las asociaciones empresariales (incluso aunque no tengan carácter vinculante), se encuentran sujetas a tal prohibición siempre que constituyan la fiel expresión de la voluntad de aquéllas de coordinar el comportamiento de sus miembros en sus respectivos mercados. Dicha afirmación puede apreciarse con claridad en una de las escasas sentencias recaídas en el sector asegurador en el ámbito de la defensa de la competencia, siendo citada, todo sea dicho, por la mayoría de autores y manuales de referencia al referirse a este tipo de concertación: el “Asunto (45/85) *Verband der Sachversicherer*”.⁹⁵⁰

Visto cuanto antecede, parece claro que tanto las propias entidades aseguradoras como las asociaciones empresariales del sector (“UNESPA” a nivel español, “Insurance Europe” en el ámbito europeo) son destinatarias de la prohibición general contenida en el art. 101.1 TFUE y su homólogo el art. 1.1 de la LDC como entidades que, en el seno de sus respectivas actividades, pudieran transgredir, con base en sus conductas, los límites establecidos por la normativa antitrust.

⁹⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1987, *Asunto 45/85 Verband der Sachversicherer e.V. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, (ECLI:EU:C:1987:34). La *Verband der Sachversicherer*, asociación de aseguradoras alemanas cuya finalidad consistía en representar, promover y proteger los intereses profesionales de los aseguradores que practicaban el seguro contra los riesgos industriales de incendio y de interrupción de explotación y autorizados a ejercer sus actividades en el territorio de la República Federal de Alemania, formuló en el seno de su actividad una recomendación no obligatoria ordenando una subida general y lineal de las primas de los seguros relativos al seguro contra los riesgos industriales de incendio y de interrupción de explotación a sus miembros; todo ello bajo el pretexto de sanear el mercado tras los numerosos siniestros que habían acaecido durante los últimos años.

Otro requisito esencial para que entre el juego la prohibición general contenida en el art. 101.1 TFUE y el 1.1 LDC es que el concurso de voluntades sea, al menos, entre dos empresas, ello sin importar la forma empleada para su concertación. Por lo que interesa en el presente trabajo – la colaboración horizontal entre entidades aseguradoras–, cobran especial relevancia dos concretas formas de concertación: los acuerdos entre competidores y las recomendaciones empresariales.

Respecto de los primeros, incardinado en el sector asegurador, un caso en el cual se aprecia de manera clara este tipo de concertación expresa entre competidores es el analizado en el “Expt. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal”.⁹⁵¹

No obstante, también resulta posible la existencia de prácticas concertadas o de prácticas conscientemente paralelas en el sector asegurador; es decir, otras formas de concertación en las que no exista expresamente un acuerdo entre las partes que tenga por objeto o provoque el efecto de restringir la competencia.⁹⁵² De hecho, quizá este tipo de

⁹⁵¹ Un completo análisis sobre este asunto puede encontrarse en MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Lecciones de la revisión judicial del cartel del seguro decenal”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, N° 36 (2015-2016), pp.173-196; MARCOS FERNÁNDEZ, F., “MARQUIS I”, *Connecticut Insurance Law Journal*, 18 (2), 2011, pp. 509-532.

⁹⁵² Estos acuerdos pueden ser, por tanto, expresos o tácitos, incluyéndose también los denominados pactos entre caballeros o “gentlemen’s agreements”. Asunto 41-69, *ACF Chemiefarma NV vs Comisión de las Comunidades Europeas* (ECLI:EU:C:1970:7; Asunto C-277/87, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA vs Comisión de las Comunidades Europeas*, (ECLI:EU:C:1990:6); Asunto T-53/03, *BPB plc vs Comisión de las Comunidades Europeas* (ECLI:EU:T:2008:254).

concertación tácita sea la que previsiblemente ocasione más dificultades en el futuro en el entorno asegurador fruto de la implementación del fenómeno “InsurTech”.

Igualmente, otro supuesto particular de concertación prohibida conforme al artículo 101.1 TFUE – o su homólogo el artículo 1.1 LDC– sería la concurrencia de voluntades entre dos o más empresas que tenga como finalidad última la constitución de una asociación empresarial cuya actividad pudiera producir perjuicios en su mercado de referencia. En relación con este último supuesto e imbricado en el sector asegurador, destacar el caso de la asociación italiana de seguros industriales “Nuovo Consorzio Centrale Guasti alle Macchine”, cuya constitución fue inicialmente vetada por la Comisión al entender que su objeto podía restringir la competencia⁹⁵³.

Por lo que se refiere a las recomendaciones, quizás este sea el tipo de concertación sobre el que más veces las autoridades de competencia han

⁹⁵³ Decisión (84/191/CEE), de 30 de marzo de 1984, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE (*I /30.804 - Nuovo CEGAM*) (*OJ L 99, 11.4.1984*), p. 29-37. Concretamente, se apreciaban efectos restrictivos de la competencia operativos en tres niveles: (i) a nivel de seguro directo, el acuerdo de creación de la asociación empresarial implicaba que una gran cantidad de compañías dejaran de competir entre sí en términos de primas y condiciones, reduciendo, en consecuencia, la variedad de seguros ofrecidos al consumidor; (ii) en el coaseguro, el acuerdo restringía a los aseguradores la posibilidad de concertar aseguramiento en común a través del coaseguro pues estos estaban obligados a elegir para tal fin solo a aquellas entidades que fueran miembros de la asociación; (iii) en cuanto al reaseguro, el efecto anticompetitivo era doble: de un lado, restringía la elección de reaseguradores por parte de los miembros; de otro, se restringía a la reaseguradora la libertad de imponer sus propias primas y condiciones de reaseguro y que afectaba tanto a sus relaciones con los miembros de la asociación como con las entabladas con terceros ajenos a la misma.

tenido que manifestarse en supuestos relativos al sector asegurador⁹⁵⁴. Así, en el ya referido “Asunto (45/85) Verband der Sachversicherer”, la Comisión evaluaba la validez de una recomendación sobre las primas brutas a fijar por las aseguradoras alemanas dedicadas al seguro contra los riesgos industriales bajo el pretexto de sanear sector o, en el “Asunto Concordato Incendio”⁹⁵⁵, la cuestión controvertida giraba en torno a la validez de la recomendación efectuada por la asociación de aseguradoras italiana denominada “Concordato incendio” a través de la cual recomendaba a sus asociadas incluir en sus pólizas las definiciones y las condiciones generales establecidas por dicha asociación en la suscripción de determinados riesgos.

1.2 La afectación a la competencia

Vistos los destinatarios y las formas de concertación más frecuentes en la práctica general y, concretamente en la aseguradora, es preciso recalcar que únicamente estarán prohibidos aquellos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan el objeto (“restricciones por objeto”) o surtan el efecto (“restricciones por efecto”) de lesionar la efectiva

⁹⁵⁴ Ni la jurisprudencia ni las decisiones adoptadas por las autoridades de competencia en materia de colaboración horizontal en el sector asegurador han sido muy prolifas, probablemente, como consecuencia de la existencia de un Reglamento de exención por categorías específico que amparó la mayor parte de estas conductas durante más de veinte años. Ahora bien, pese al escaso número de decisiones adoptadas en este sentido, destacan, claramente, aquellas en las cuales el acuerdo evaluado venía referido a una recomendación emitida por una asociación de empresas del sector.

⁹⁵⁵ Decisión (90/25CEE), de 20 de diciembre de 1989, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, (IV/32.265 - *Concordato Incendio*), L 015, 19/01/1990, pp. 25-29, §16.

competencia en un determinado mercado⁹⁵⁶; restricciones que se presentan como alternativas entre sí para determinar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 101.1 TFUE.⁹⁵⁷

1.2.1 Restricciones por objeto

Tendrán por objeto impedir, restringir o falsear la competencia aquellos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas cuyos términos o estipulaciones denoten una evidente finalidad de perjudicar directamente la competencia efectiva.⁹⁵⁸ Ejemplos subsumibles en esta modalidad serían todas aquellas conductas concurrenciales cuya finalidad se identifique con la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones

⁹⁵⁶ Lesionar el mercado interior de la Unión Europea (art. 101.1 TFUE) o el mercado nacional (art. 1.1 LDC), en su caso. Esta distinción entre restricciones por objeto y por efecto en el Derecho antitrust europeo se identifica con la clasificación establecida en la sección primera de la “Sherman Act”, la cual atribuye a ciertos acuerdos la categoría de restrictivos *per se*, quedando el resto de acuerdos sujetos al análisis conforme a la “rule of reason”. WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, op.cit., p.121.

⁹⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV vs Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Asunto C-8/08, (ECLI:EU:C:2009:343), §29.

⁹⁵⁸ Sin perjuicio de la tradicional distinción entre restricciones por objeto y por efecto, del análisis de la jurisprudencia y de las decisiones emanadas de las distintas autoridades de competencia, se deduce que, en muchos casos, la línea que divide un tipo y otro de restricción resulta difusa. De aquí que, pese a su enorme trascendencia en la aplicación de la normativa antitrust, esta distinción siga siendo una cuestión poco pacífica. En este sentido, dado que el presente trabajo tiene como objetivo, fundamentalmente, analizar la colaboración lícita empresarial en el sector asegurador - y no la ilícita -, no parece que sea necesario hacer mayor énfasis sobre este aspecto, remitiéndonos a la copiosa bibliografía publicada sobre esta materia. A tal efecto, una recopilación actual y completa sobre la problemática apuntada tratada desde distintos enfoques puede encontrarse en la siguiente obra: *The notion of restriction of competition. Revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruylant, Brussels, 2017.

comerciales o de servicio; la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; el reparto del mercado o de las fuentes de abastecimiento; la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, así como la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.⁹⁵⁹

No obstante, estos ejemplos recogidos en los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC no se configuran como una lista abierta, pudiendo, por tanto, ser calificada como restrictiva por objeto cualquier otra conducta que infrinja el art.101.1 TFUE o el art. 1.1 LDC, en su caso.⁹⁶⁰

Las restricciones por objeto se identifican con aquellas formas de colusión entre empresas que pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia y que, por tanto, han de ser prohibidas.⁹⁶¹ En principio,

⁹⁵⁹ Artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC.

⁹⁶⁰ ILLESCAS ORTIZ, R., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El campo de aplicación del Derecho de la Competencia. Los instrumentos jurídicos de la aplicación”, *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, Wolters Kluwer, 2017, p. 106; PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil. Vol. II*, op.cit., pp. 171-172.

⁹⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de noviembre de 2008, Asunto C-209/07, *Competition Authority vs Beef Industry Development Society Ltd y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*. (ECLI:EU:C:2008:643), §17; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV vs Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Asunto C-8/08, (ECLI:EU:C:2009:343), §29.

cuando la restricción es por objeto y resulta evidente, de cara a evaluar un acuerdo no parece que sea necesario tener en cuenta el marco concreto en el que se producen sus efectos, ni el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, ni la naturaleza de los servicios contemplados en dicho acuerdo o la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado⁹⁶². Ahora bien, pese a lo antedicho, lo cierto es que ningún acuerdo puede ser considerado automáticamente restrictivo por el objeto pues, en la práctica, todos han de ser evaluados, aunque sea mínimamente, a la luz de su contenido y del contexto económico en el que se produzcan.⁹⁶³

Así las cosas, a fin de evaluar si una conducta restringe por objeto la competencia, pueden distinguirse tres categorías de acuerdos. En primer lugar, aquellos en los que la restricción de la competencia resulta obvia y que, por consiguiente, no procede realizar una evaluación de sus efectos (“hard-core restrictions”)⁹⁶⁴. En un segundo grupo, aquellos acuerdos en

⁹⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. y Grundig-Verkaufs-GmbH vs Comisión de la Comunidad Económica Europea*, Asuntos acumulados 56 y 58-64, (ECLI:EU:C:1966:41); Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) vs Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Asuntos 56-65 (ECLI:EU:C:1966:38); Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 1990, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA vs Comisión de la Comunidad Económica Europea*, Asunto C-277/87 (ECLI:EU:C:1990:6).

⁹⁶³ Asunto C-209/07, *Competition Authority vs Beef Industry Development Society Ltd y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.* (ECLI:EU:C:2008:643), §15.

⁹⁶⁴ COSTAS COMESAÑA, J., “El concepto de restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 30, 2009-2010, p. 172. Dentro de este segundo grupo se encuentran, fundamentalmente, aquellas conductas que tienen por objeto fijar precios o el reparto de mercados. Referido al concreto sector asegurador, un claro ejemplo sobre los efectos restrictivos por el objeto que un acuerdo para la

los cuales, *a priori*, la restricción se antoja probable, pero que, tras su análisis, se verifica que los mismos no tienen por objeto impedir, falsear o restringir la competencia.⁹⁶⁵ En tercer y último lugar, los casos más problemáticos dada su proximidad con aquellos acuerdos que son considerados restrictivos por sus efectos; acuerdos que, pese a su inocua apariencia inicial, tras un examen más exhaustivo se comprueba que restringen la competencia por objeto.⁹⁶⁶

Finalmente, destacar que la interpretación de noción de restricción por objeto no debería interpretarse de manera amplia, sino que debería circunscribirse, exclusivamente, a aquellos acuerdos en los que, con base en su propia naturaleza, se revele un nivel suficiente que permita lesionar

fijación de precios entre competidores puede provocar en un concreto mercado se muestra en el “Expt. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal”.

⁹⁶⁵ Así, los acuerdos que constituyen un sistema de distribución selectiva afectan necesariamente a la competencia dentro del mercado común y, en consecuencia, deben considerarse, en principio, restricciones por objeto (*vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS vs Président de l’Autorité de la concurrence*, Asunto C-439/09, (ECLI:EU:C:2011:649), §39) o, en el Asunto C-306/96, *Javico International and Javico AG vs Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, (ECLI:EU:C:1998:173), §19, se determinaba que la prohibición de exportación impuesta a las distribuciones a Rusia y Ucrania no tenía por objeto restringir la competencia dentro de la UE, aunque podría ser restrictiva por efecto.

⁹⁶⁶ Vinculado al sector asegurador y ejemplo paradigmático circunscrito en esta tercera categoría es el Asunto C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. y otros vs Gazdasági Versenyhivatal* (ECLI:EU:C:2013:160), §48. En el mismo, el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 14 de marzo de 2013, determinaba que el criterio clave para calificar la conducta analizada como restrictiva por objeto y no por efecto venía referido a la elevada probabilidad de que, considerando la estructura de ese mercado, la existencia de canales de distribución alternativos y su importancia respectiva, así como el poder de mercado de las sociedades afectadas, los acuerdos tuviesen por objeto eliminar o debilitar gravemente la competencia.

la efectiva competencia.⁹⁶⁷

1.2.2 Restricciones por efecto

Tendrán la consideración de conductas restrictivas de la competencia por efecto aquellas que, como consecuencia de la concertación y atendiendo tanto al contexto concreto en el que se desarrollan, originan o pudieran llegar a restringir la competencia, ello pese a que su objeto no persiga lesionar la competencia. En estos casos, para que la conducta quede sometida a la prohibición general contenida en el artículo 101.1 TFUE, basta con que se trate de efectos cuya producción sea percibida como probable⁹⁶⁸, siendo preciso examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que esta se desarrollaría de no existir tal acuerdo.⁹⁶⁹

Por lo que se refiere a este tipo de restricciones, a diferencia de lo que sucede con las restricciones por objeto, quizá uno de los mayores inconvenientes gira en torno a la prueba de los efectos. En este sentido, el

⁹⁶⁷ MADERO, C., “The notion of restriction of competition in the post-modernisation context”, *The notion of restriction of competition. Revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruylant, Brussels, 2017, p. 386.

⁹⁶⁸ Directrices Horizontales 2011, §26.

⁹⁶⁹ Entre otras, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de diciembre de 1980, Asunto 31/80, *NV L'Oréal y SA L'Oréal vs PVBA "De Nieuwe AMCK"*, §19; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de mayo de 1998, *John Deere Ltd vs Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto C-7/95 P, § 76, (ECLI:EU:C:1998:256); Sentencia del Tribunal General, de 24 de mayo de 2012, *MasterCard, Inc. y otros vs Comisión Europea*, Asunto T-111/08, §128 (ECLI:EU:T:2012:260); Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de diciembre de 1967, *SA Brasserie de Haecht v Consorts Wilkin-Janssen*, Asunto 23-67, (ECLI:EU:C:1967:54); Sentencia del Tribunal General, de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, Asunto C-234/89 (ECLI:EU:C:1991:91).

TJUE ha dejado claro que, en aquellos supuestos en los cuales se detecta un posible efecto restrictivo de la competencia, la Comisión debe probar con rotundidad, y no a través de argumentos hipotéticos, que el acuerdo en cuestión restringe la competencia.⁹⁷⁰

Finalmente, como las restricciones por efecto serán abordadas con profundidad en los Capítulos siguientes, no parece necesario ahondar sobre dicha materia por el momento, remitiéndonos, por tanto, a sus respectivos contenidos.

1.2.3 Afectación al comercio interior o nacional

En otro orden de cosas, la afectación al comercio entre los Estados miembros es otro elemento indispensable que debe concurrir en el supuesto de hecho a fin de caer en el ámbito de aplicación de la prohibición general contenida en el art. 101 TFUE; afectación que no necesariamente ha de ser real y efectiva, sino que basta con la simple probabilidad de su existencia para entender que concurre en el supuesto examinado.⁹⁷¹

⁹⁷⁰ Asunto T-17/93, *Matra Hachette SA, vs Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de julio de 1994, (ECLI:EU:T:1994:89), §124; Asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, *European Night Services Ltd, Eurostar Ltd, formerly European Passenger Services Ltd, Union internationale des chemins de fer, NV Nederlandse Spoorwegen and Société nationale des chemins de fer français vs Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de septiembre de 1998, (ECLI:EU:T:1998:198), §193.

⁹⁷¹ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de abril de 1998, *Javico International and Javico AG vs Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, Asunto C-306/96, (ECLI:EU:C:1998:173); Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de julio de 2015, *ING Pensii, Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA v Consiliul Concurenței*, Asunto C-172/14, (ECLI:EU:C:2015:484).

En cuanto a la metodología empleada para valorar la afectación sobre el comercio interior, es necesario acudir a las Directrices publicadas en 2004 por la Comisión.⁹⁷² Ahora bien, que la conducta colusoria no afecte al comercio entre los Estados miembro no significa que, automáticamente, sea lícita. Habrá que comprobar, en cada caso, qué nivel de afectación existe en el comercio, es decir, si es nacional o regional, a los efectos de aplicar, en este caso, el artículo 1.1 LDC.

En relación con el mercado de seguros, y por lo que al objeto del presente trabajo interesa (intercambios de información entre aseguradoras y pools de riesgo), claramente pueden apreciarse dos niveles de afectación del mercado distintos en uno y otro tipo de colaboración horizontal entre aseguradoras competidoras.

Por lo que se refiere a los intercambios de información producidos en el seno de redes informativas puras, la afectación del mercado es predominantemente nacional toda vez que, en la práctica, estos flujos se generan entre compañías aseguradoras que operan en el mismo país a través de un tercer operador. En estos supuestos, la normativa antitrust que entraría en juego sería la nacional (el artículo 1 LDC en el concreto caso español) y no la contenida en el TFUE.

⁹⁷² Comunicación de la Comisión — Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (*OJ C 101, 27.4.2004*, p. 81-96). Las Directrices hacen referencia, fundamentalmente, a tres aspectos que habrán de ser analizados: el concepto de comercio entre los Estados miembro, la noción de “pueda afectar” y el concepto de apreciabilidad.

En cuanto a los pools de riesgo, en virtud de la naturaleza de los riesgos a los que estos dan cobertura (nucleares, derivados de actos terroristas, medioambientales, etc.), es muy probable que sean susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembro y, por consiguiente, resulte preceptivo acudir al 101 TFUE. Tal es el caso de los pools para la cobertura de riesgos medioambientales⁹⁷³ o los propios del seguro espacial⁹⁷⁴; pools que, con base en la naturaleza de sus respectivos riesgos cubiertos, poseen un carácter eminentemente transfronterizo que se traduce en la necesaria afectación al mercado internacional.

2. Conciliando competencia y colaboración: excepciones a la prohibición de las prácticas colusorias

A la luz de lo antedicho, resulta claro que el art. 101.1 TFUE y el 1.1 de la LDC tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado a través de la prohibición de aquellas conductas colusorias que pudieran perjudicarla. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con la prohibición del abuso de posición dominante, el artículo 101.3 TFUE recoge una exención que se articula a través del cumplimiento cumulativo de cuatro condiciones⁹⁷⁵:

⁹⁷³Decisión de la Comisión 92/96/CEE, de 14 de enero de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.100 - *Assurpol*), (OJ 1992 L37/16), §34.

⁹⁷⁴Decisión de la Comisión (90/22/EEC), de 20 de diciembre de 1989, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.408 - *TEKO*), OJ L 13, 17.1.1990, §25.

⁹⁷⁵La ausencia de tan solo uno de los requisitos es suficiente para que deba denegarse la exención. *Vid.* entre otras: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 8 de octubre de 2002, *Métropole Télévision SA (M6) (T-185/00)*, *Antena 3 de Televisión, SA (T-216/00)*, *Gestevisión Telecinco, SA (T-299/00)* y *SIC - Sociedade Independente*

(i) la mejora de la producción o la distribución de los productos o el fomento del progreso técnico o económico⁹⁷⁶,

(ii) la participación equitativa de los usuarios en el beneficio resultante⁹⁷⁷,

(iii) la restricción de la competencia generada por el acuerdo que pretende enervar la prohibición general ha de ser indispensable de cara a lograr las pretendidas ventajas⁹⁷⁸ y

de Comunicação, SA (T-300/00) vs Comisión de las Comunidades Europeas, Asuntos acumulados T-185/00, T-216/00, T-299/00 and T-300/00, (ECLI:EU:T:2002:242), §86; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 1966, Établissements Consten S.à.R.L. y Grundig-Verkaufs-GmbH contra Comisión de la Comunidad Económica Europea, Asuntos acumulados 56 y 58-64, (ECLI:EU:C:1966:41) pp. 429 y ss.; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de julio de 1994, Matra Hachette SA vs la Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T-17/93, (ECLI:EU:T:1994:89), § 104.

⁹⁷⁶ En cuanto a este requisito, de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia se deduce que la mejora no puede identificarse con todas las ventajas que las partes contratantes obtienen del acuerdo, sino que debe presentar, en particular, ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia. *Vid.*, entre otras, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 23 de octubre de 2003, *Van den Bergh Foods Ltd vs Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T-65/9 8, (ECLI:EU:T:2003:281), §139; GlaxoSmithKline Services Unlimited vs Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T-168/01, (ECLI:EU:T:2006:265), § 247.*

⁹⁷⁷ El concepto de consumidores o usuarios no se circunscribe exclusivamente a los finales, comprendiéndose también en el término aquellos consumidores y usuarios indirectos, estos son, otros empresarios intermedios entre el productor y el destinatario final (Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, *OJ C 101, 27.4.2004, §84*). Asimismo, las ventajas pueden ser de muy variada naturaleza: desde el abastecimiento mejorado de la distribución de un bien o servicio a la introducción de un nuevo bien o servicio en el mercado. En cuanto al reparto de la mejora, basta con que existan beneficios que puedan compensar los efectos negativos provocados por la conducta colusoria para que la mejora sea considerada como suficiente. (*Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia, de 25 de octubre de 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG vs Comisión de las Comunidades europeas, Asunto 26/76, (ECLI:EU:C:1977:167), §48*).

⁹⁷⁸ A mayores de la existencia de un nexo causal entre la restricción y la ventaja obtenida, el perjuicio sufrido por la competencia para lograr la pretendida ventaja ha de ser razonablemente necesario (Comunicación de la Comisión — Directrices

(iv) la imposibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate⁹⁷⁹.

La verificación del cumplimiento cumulativo de estos cuatro requisitos implica que los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, sin dejar de ser restrictivos, mejoran la competencia efectiva en el mercado relevante compensando los efectos adversos inherentes a la restricción. En otras palabras, son conductas concurrenciales restrictivas que, dado el paradigma económico, político y jurídico actual, resultan exentas pues, a la postre, comportan mejoras para la eficiencia del mercado en su

relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, *OJ C 101, 27.4.2004*, §73). La cuestión fundamental no consiste en dilucidar si, en ausencia de la restricción producida por el acuerdo este no hubiera sido prohibido; la clave reside en determinar si existen más efectos procompetitivos que anticompetitivos de los que hubiesen estado presentes de no haberse concluido el acuerdo. En este sentido, la Comisión ha determinado que, si la operación principal resulta difícil de realizar o incluso irrealizable sin la restricción, ésta puede considerarse objetivamente necesaria para su realización. (Vid. Sentencia *MasterCard, Inc. and Others vs European Commission*, Asunto T-111/08, (*ECLI:EU:T:2012:260*), §80; Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, *OJ C 101, 27.4.2004*, §75). Como se analizará más adelante, este último argumento es el principalmente empleado por el sector asegurador, y confirmado por la Comisión Europea, de cara a justificar la existencia de ciertos pools de riesgo de carácter gravemente restrictivo (piénsese en, por ejemplo, el pool de riesgo del seguro agrario combinado español).

⁹⁷⁹ La rivalidad entre empresas constituye un factor fundamental de la eficiencia económica, incluidas las eficiencias dinámicas en forma de innovación, de aquí que solo sea tolerado un cierto grado de restricción. En este sentido, cuanto mayor sea la restricción fruto del acuerdo, mayor será la probabilidad de que la competencia sea vea eliminada respecto de una parte sustancial de los productos de referencia. (Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, *OJ C 101, 27.4.2004*, § 105 y 107, respectivamente). Ello, a su vez, exige determinar, a priori, el mercado relevante de los bienes y servicios en cuestión para, en una segunda fase, analizar si una parte de ellos es excluida de la competencia como consecuencia del acuerdo; cuestión esta que, como se verá más adelante, se identifica con la mayor dificultad existente en el sector asegurador.

conjunto.⁹⁸⁰

2.1 Acuerdos de menor importancia y restricciones accesorias

Tanto las autoridades de competencia como el TJUE contemplan dos supuestos en los cuales ciertos acuerdos, pese a que comporten restricciones de la competencia, se excluyen del ámbito de aplicación de la prohibición general contenida en el art. 101.1 TFUE, a saber, los acuerdos de menor importancia y las restricciones accesorias.

2.1.1 Acuerdos de menor importancia

La prohibición general contenida en el art. 101.1 TFUE o en su homólogo, el art. 1.1 LDC, exige que la lesión de la competencia sea sensible o significativa, quedando fuera de su alcance, pues, aquellas

⁹⁸⁰ “(...) el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 81 CE, al igual que las demás normas de competencia del Tratado, está dirigido a proteger no sólo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal. Por lo tanto, la comprobación de que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia no puede estar supeditada a que los consumidores finales se vean privados de las ventajas de una competencia efectiva en términos de términos de abastecimiento o de precios.” Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 27 de septiembre de 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited vs Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto T-168/01, (ECLI:EU:T:2006:265), §63. En similar sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV vs Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Asunto C-8/08, (ECLI:EU:C:2009:343), § 38-39. Desde luego, el marcado carácter tuitivo hacia el consumidor que impregna tanto la normativa pública como privada especial del sector asegurador no es compartido desde el punto de vista de la defensa de la competencia lo cual, no obstante, resulta totalmente coherente con los axiomas fundamentales que sirve de base para una y otra disciplina.

conductas cuyo impacto en la competencia es mínimo; estas son, las conductas o acuerdos de menor importancia.

La doctrina *de minimis*, puesta de manifiesto tempranamente por la jurisprudencia europea⁹⁸¹, ha sido desarrollada por diversas Comunicaciones (la actual publicada en el año 2014⁹⁸²), siendo el objeto principal de las mismas identificar qué criterios han de ser empleados para delimitar aquellos acuerdos de menor importancia que afecten al ámbito europeo. Asimismo, resulta destacable la evolución experimentada por parte de la Comisión en relación con su aproximación a estos acuerdos de menor importancia en el plano horizontal puesto que, de tomar como referencia básica el volumen de negocio y la cuota de mercado de las compañías implicadas, se ha pasado a un criterio basado en la determinación de los umbrales de cuota conjunta de las empresas participantes en el acuerdo en cuestión.⁹⁸³

⁹⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de julio de 1969, Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke, Asunto 5-69, (ECLI:EU:C:1969:35).

⁹⁸² Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación *de minimis*) (OJ C 291, 30.8.2014, p. 1-4). *La sustitución de la Comunicación de 2001 trae causa de la sentencia dictada en el año 2012 el caso Expedia, la cual obligó a dar un giro en la posición mantenida hasta el momento por la Comisión Europea. A partir de este hito, aquellos acuerdos que tengan bien por objeto (está es la novedad, la inclusión de los acuerdos que restringen por objeto la competencia), bien por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, no quedan cubiertos por la Comunicación de minimis. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de diciembre de 2012, Expedia Inc. vs Autorité de la concurrence y otros, Asunto C-226/11 (ECLI:EU:C:2012:795), §37.*

⁹⁸³ GALÁN CORONA, E., “Prohibición de prácticas colusorias (I): visión general”, *Tratado de Derecho de la competencia*, op.cit., p.266.

Así, en el concreto caso de los “acuerdos entre competidores” o “acuerdos horizontales”, la referida Comunicación únicamente será aplicable cuando la cuota de mercado conjunta de las empresas que forman parte de los mismos no sobrepase el 10% en ninguno de los mercados de referencia afectados⁹⁸⁴, presumiéndose, por tanto, que, por debajo de ese umbral, una práctica colusoria entre competidores no es capaz de afectar de manera significativa a la competencia.

No obstante, y con independencia de la cuota de mercado de las empresas participantes, la Comisión Europea excluye ciertas conductas de la noción de menor importancia. En concreto, y por lo que ocupa al presente trabajo, aquellos acuerdos horizontales que contengan restricciones que, directa o indirectamente, tengan por objeto la fijación de los precios de venta de los productos a terceros, la limitación de la producción o las ventas o el reparto de mercados o de clientes.⁹⁸⁵

En términos similares, estas conductas de menor importancia se contemplan en la normativa de defensa de la competencia española⁹⁸⁶, de modo que la prohibición general contenida en el artículo 1.1 LDC no será de aplicación en aquellas conductas que, en virtud de su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia en el mercado nacional.⁹⁸⁷

⁹⁸⁴ Comunicación *de minimis*, §8.a).

⁹⁸⁵ Comunicación *de minimis*, §13.

⁹⁸⁶ Concretamente, en el artículo 5 de la LDC y en las disposiciones contenidas en el Capítulo I del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (*BOE-A-2008-3646*).

⁹⁸⁷ Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 4 de mayo de 1999, (*Expte. 459/99 Hoteles Hernani*); Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa

Finalmente, en atención a la práctica aseguradora, esta doctrina de *minimis* no parece resultar de especial interés ni en los intercambios de información ni en los pools de riesgo,

toda vez que, como se tendrá la ocasión de analizar en ulteriores Capítulos, las cuotas de mercado conjuntas de todas las empresas partícipes en la conducta en principio siempre sobrepasarán ese umbral del 10%.

2.1.2 Restricciones accesorias

El segundo tipo de conductas que, pese a restringir la competencia, se encuentran fuera del alcance de la prohibición general contenida en el artículo 101 TFUE, son las denominadas restricciones accesorias; conductas que, por ser necesarias para la conclusión de una operación lícita imbricada en un contexto más amplio, pese a su carácter restrictivo, eluden la prohibición general contenida en el artículo 101.1 TFUE.

El concepto de restricción accesoria, pues, comprende cualquier limitación de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una actividad principal no restrictiva que resulte, asimismo, necesaria y proporcionada⁹⁸⁸, debiendo distinguirse esta de la excepción

de la Competencia, de 26 de mayo de 1999, (*Expte. 437/98, Vileda/Tervi*). Nótese, no obstante, que, pese a que en la LDC se incluyen tanto las conductas colusorias como el abuso de posición de dominio o el falseamiento de la competencia por actos desleales, el Reglamento de Defensa de la Competencia únicamente viene referido a las primeras.

⁹⁸⁸ Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (OJ C 56, 5.3.2005, pp. 24-31).

prevista en el artículo 101.3 TFUE.⁹⁸⁹

La doctrina de las restricciones accesorias ha sido tratada, fundamentalmente, en el ámbito del control de concentraciones de empresas⁹⁹⁰ así como en el contexto de las relaciones verticales⁹⁹¹. Sin

Por su claridad y concisión, se extracta la explicación de cada una de estas tres características apuntadas por MARTÍ MIRAVALLS, J.: “Una *restricción está directamente relacionada con la operación principal* cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. (...) El criterio de *necesidad* implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma. Esto es, cuando en caso de no existir la restricción la operación principal no podría realizarse o, pudiéndose realizar sin ella, lo haría con evidentes riesgos de que no se alcancen plenamente los fines que mediante su celebración persiguen lograrse. En otras palabras, en condiciones más inciertas, con un coste o periodo de tiempo sustancialmente superior o con una posibilidad de éxito mucho menor. Por su parte, el carácter *proporcional* exige un cierto ajuste entre la causa y el efecto que habitualmente se materializa en el factor inversiones-tiempo. Como se ha dejado entrever, esta exigencia deriva del propio carácter necesario de la restricción”. (*La cursiva es nuestra*). En MARTÍ MIRAVALLS, J., “Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 28, 2007-2008, pp. 3/34 y 4/34 (versión digital).

⁹⁸⁹RODRIGO LAVILLA, J., SANCHO Y MARTÍNEZ-PARDO, L., “Acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas”, *Tratado de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, 2013, pp. 116-117.

⁹⁹⁰La primera normativa que contempló expresamente la doctrina de las restricciones accesorias es la relativa a la concentración empresarial. Así, la entrada en vigor del Reglamento 4064/89 –primera normativa, asimismo, de control de las concentraciones- obligaba a que las restricciones con carácter accesorio inmersas en una operación de concentración pasasen a ser analizadas al margen de los acuerdos colusorios y del abuso de posición de dominio. Destacar, asimismo, los cambios que introdujo la Comunicación de 2001 publicada por la Comisión Europea a través de la cual se modificaba sustancialmente el método de análisis de las cláusulas concursenciales. Un breve y completo resumen sobre el distinto tratamiento que han recibido las restricciones accesorias en el concreto ámbito de la concentración de empresas, tanto por parte de la Comisión como de la jurisprudencia comunitaria, puede consultarse en PÉREZ MOLINA, M.A., *La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la unión europea*, Tesis doctoral dirigida por Luis María Miranda Serrano, Universidad de Córdoba, 2015, pp. 301-306.

⁹⁹¹En la distribución selectiva: Sentencia del Tribunal de Justicia, de 25 de octubre de 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG vs Comisión de las Comunidades*

embargo, su aplicación a los acuerdos de colaboración horizontal entre competidores ha resultado más controvertida⁹⁹².

En cuanto al interés principal perseguido por el acuerdo, este no necesariamente ha de identificarse con un fin comercial dado que la restricción de la competencia puede ser catalogada como accesoria siempre que sea necesaria para garantizar la consecución de un objetivo legítimo, sea cual fuere su naturaleza⁹⁹³.

Por lo que atañe al mercado asegurador, concretamente en relación

européas, Asunto 26/76, (ECLI:EU:C:1977:167); Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. y Grundig-Verkaufs-GmbH vs Comisión de la Comunidad Económica Europea*, Asuntos acumulados 56 y 58-64, (ECLI:EU:C:1966:41); en relación con la distribución de licencias en exclusiva: Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de junio de 1982, Asunto 258/78, *L.C. Nungesser KG y Kurt Eisele vs la Comisión de las Comunidades Europeas*, (ECLI:EU:C:1982:211); Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de octubre de 1982, *Asunto 262/81 Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision y otros vs Ciné-Vog Films SA y otros* (ECLI:EU:C:1982:334). También en franquicias: Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de enero de 1986, *Pronuptia de Paris GmbH vs Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Asunto 161/84, (ECLI:EU:C:1986:41). Un análisis sistemático sobre todas estas sentencias destacando sus aspectos más relevantes puede encontrarse en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2004, pp. 13-16.
⁹⁹² RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, *op.cit.*, p. 2.916.

⁹⁹³ Decisión de la Comisión (1999/267/CE), de 7 de abril de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE [IV/36147 *Código de conducta del IAA (EPI)*], (OJ L 106, 23.4.1999, p. 14-27), § 38; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de febrero de 2002., *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh y Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Asunto C-309/99, (ECLI:EU:C:2002:98), § 110; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de julio de 2006, *David Meca-Medina y Igor Majcen contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto C-519/04 P, (ECLI:EU:C:2006:492), § 45; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de julio de 2013, *Consiglio nazionale dei geologi vs Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Asunto C-136/12, (ECLI:EU:C:2013:489), § 54.

con las dos prácticas analizadas en la Parte III – intercambios de información y pools de riesgo –, las restricciones accesorias se imbrican en aquellos acuerdos necesarios para la ejecución de otro de carácter más amplio, como pueden ser los pools de riesgo y los coaseguros, o en los intercambios de información realizados en el marco de los convenios de indemnización directa y otros acuerdos de colaboración entre aseguradoras con ciertos sectores profesionales. Sobre su evaluación antitrust se volverá, con mayor detalle, en los Capítulos correspondientes.

2.2 Exenciones individuales y por categorías

La exención prevista tanto en el art. 101.3 TFUE como en el artículo 1.3 LDC puede ser alcanzada a través de dos mecanismos: bien en virtud del cumplimiento individual de los cuatro requisitos contemplados en el propio artículo (las denominadas “exenciones individuales”), bien como consecuencia de caer dentro del ámbito de aplicación de un Reglamento de exención por categorías (“exención por categorías”).

En cuanto a la exención individual, si bien con anterioridad al el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002,⁹⁹⁴ (en adelante el “Reglamento 1/2003”) era necesario solicitarla expresamente a la autoridad de la competencia, tras la entrada en vigor de dicho instrumento jurídico, el antiguo sistema de autorizaciones individuales vino a ser sustituido por un nuevo sistema que obliga a los

⁹⁹⁴ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, (*OJ L 1, 4.1.2003*), p. 1-25.

propios operadores económicos a autoevaluar todo acuerdo, decisión empresarial o práctica concertada en el que participen. Para ello, los operadores han de comprobar, en primer lugar, si estos acuerdos, decisiones empresariales o prácticas concertadas entran dentro del ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE o del 1.1 LDC y, en caso de obtener una respuesta afirmativa, analizar, en una segunda fase, si pueden acogerse a la exención individual recogida en el art. 101.3 TFUE o el 1.3 LDC, respectivamente.

Se pasa, por tanto, de un sistema de control *a priori* a un régimen de control *a posteriori* a través del cual son las propias empresas o asociaciones empresariales las que deben evaluar tanto los aspectos anticompetitivos como procompetitivos resultantes de los acuerdos, decisiones o prácticas examinadas. Sistema que, si bien resulta evidente que permite un funcionamiento de la aplicación de la normativa antitrust más ágil, podría generar cierta inseguridad jurídica por parte de los destinatarios de la norma y, en consecuencia, desincentivar la cooperación entre distintos operadores ante el temor de ser sancionados⁹⁹⁵.

Por lo que se refiere a los Reglamentos de exención por categorías, destacar que emanan de la Comisión Europea, la cual requiere ser habilitada previamente por el Consejo en tal sentido, exigiendo este, en todo caso, una exhaustiva valoración por parte de la Comisión de las

⁹⁹⁵ Como se tendrá ocasión de examinar más adelante, este argumento ha sido el principalmente esgrimido por parte de los operadores del sector asegurador ante las consultas realizadas a fin de proceder a la renovación de los Reglamentos de exención para distintas categorías.

condiciones en las que una determinada categoría cumpliría con los requisitos impuestos en el art. 101.3 TFUE. Sin duda, y como se tendrá la ocasión de desarrollar con mayor profundidad en el Capítulo oportuno, los Reglamentos de exención por categorías en el sector asegurador han sido el instrumento jurídico que ha permitido enervar la prohibición general contenida en el artículo 101.1 TFUE en relación con ciertos intercambios de información entre competidores y buena parte de los pools de riesgo examinados en la Parte III durante las últimas tres décadas. De aquí que, este tipo de instrumentos, a los efectos que ahora nos interesan, revistan de gran transcendencia.

Igualmente, es reseñable la evolución que la técnica empleada por los primeros Reglamentos de exención por categorías ha venido experimentando desde sus inicios hasta la actualidad. Hasta finales de los años noventa, estos instrumentos se caracterizaban por la incorporación de listas blancas, negras y grises de cláusulas permitidas, prohibidas y toleradas bajo ciertas condiciones, respectivamente. Sin embargo, a partir de entonces, se constataba que, desde el punto de vista de la normativa antitrust, junto a esos listados, resultaba imprescindible poner el foco en que las empresas que hiciesen uso de aquellas cláusulas susceptibles de provocar efectos negativos en el mercado no sobrepasasen una determinada cuota de mercado que se entendía segura.

Se impone, por consiguiente, un nuevo enfoque basado en el poder de mercado como eje central de las políticas de competencia; poder de mercado que se determinará, entre otros factores, a través de las cuotas de mercado que detenten los distintos operadores en sus respectivos mercados

de referencia. De aquí la importancia de fijar a partir de qué umbral de cuota de mercado, dadas unas condiciones de mercado específicas, resulta plausible la generación de un riesgo para la efectiva competencia y, *a contrario sensu*, bajo qué umbral se presume la ausencia del mismo.⁹⁹⁶

Por último, resulta indispensable recordar que estos Reglamentos de exención por categorías son aplicables no solo en el ámbito del Derecho comunitario sino también en el Derecho interno.⁹⁹⁷ La única diferencia al respecto radicaría, obviamente, en la no necesidad de constatar efecto alguno sobre el comercio entre los Estados miembro, siendo exigible, en estos supuestos, probar la afectación del mercado relevante a nivel nacional.⁹⁹⁸

3. Consecuencias de la infracción de la prohibición

Constatada la existencia de una práctica colusoria prohibida sin que sea posible justificar su exención o enervación a través de la doctrina de las restricciones accesorias o de *minimis*, el artículo 101.2 TFUE y el 1.2 LDC establecen como sanción su nulidad de pleno derecho. Esta nulidad,

⁹⁹⁶ Por lo que se refiere al concreto sector asegurador, la presencia de umbrales de cuota de mercado en la evaluación de los pools de riesgo ha sido siempre la tónica imperante en todos los Reglamentos de exención por categorías propios – salvo en el caso de los pools para la cobertura de riesgos nuevos –. Ahora bien, como se analizará posteriormente, dichos umbrales irán experimentando notables cambios a lo largo de los años.

⁹⁹⁷ De manera análoga, el art. 1.5 LDC prevé la posibilidad de exencionar determinadas categorías de conductas de la prohibición general recogida en el artículo 1.1 LDC a través de un Real Decreto, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

⁹⁹⁸ GALÁN CORONA, E., “Prohibición de prácticas colusorias (I): visión general”, *op.cit.*, p. 275.

de carácter civil, afecta únicamente a aquellas modalidades de concertación que generan efectos jurídicos obligacionales, quedando, pues, excluidas tanto las prácticas concertadas como las conductas conscientemente paralelas al carecer estas de nexo jurídico.⁹⁹⁹ Por su parte, las recomendaciones efectuadas por las asociaciones empresariales, pese a no vincular jurídicamente a sus destinatarios en sentido estricto, también son incluidas dentro del ámbito de esta sanción pues, en la práctica, no dejan de ser actos jurídicos capaces de perjudicar la efectiva competencia¹⁰⁰⁰.

En cuanto al alcance de la nulidad como sanción, si bien a nivel comunitario la nulidad parcial resulta posible, permaneciendo válido y eficaz el resto del acuerdo o decisión¹⁰⁰¹, en España, actualmente se trata de un tema mucho más controvertido al que merece la pena dedicar unas líneas.

El principal problema que se plantea en torno a la nulidad por infracción del Derecho de competencia en España se materializa en la delimitación de su alcance. Así, mientras que una parte de la doctrina considera que el negocio jurídico es nulo de pleno derecho al no existir un elemento esencial del contrato (bien la causa, bien un objeto lícito), para

⁹⁹⁹ Ahora bien, una cosa es que dichas prácticas no puedan ser sancionadas con la nulidad debido a su propia naturaleza y otra que puedan eludir otro tipo de sanciones de índole administrativo.

¹⁰⁰⁰ GALÁN CORONA, E., “Prohibición de prácticas colusorias (I): visión general”, *op.cit.*, p.280.

¹⁰⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de diciembre de 1983, *Société de vente de ciments et bétons de l'Est SA vs Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG.*, Asunto 319/82, (ECLI:EU:C:1983:374), §10-12.

otros, la nulidad trae causa de cuestiones externas al vínculo jurídico en sentido estricto, identificándose, estas, con una extralimitación de la autonomía de la voluntad impuesta por una norma de naturaleza pública. El hecho de sostener uno u otro fundamento resulta crucial pues, su elección va a tener como consecuencia la posibilidad de estar ante una nulidad radical de todo el negocio jurídico o ante una nulidad parcial que afecte, exclusivamente, a la parte de la cual se predica esa nulidad. Por su parte, la actual jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo se muestra claramente a favor de la primera de las opciones (la nulidad total). Sin embargo, parece que, en un futuro próximo, la línea seguida hasta ahora por el Tribunal Supremo se verá alterada a fin de hacerla más compatible con la finalidad perseguida por la normativa antitrust.¹⁰⁰²

Asimismo, apuntar que los tribunales competentes para declarar la nulidad de las prácticas contrarias a la competencia son los nacionales¹⁰⁰³ y que los efectos de dicha nulidad tendrán el alcance establecido en el Derecho interno de cada Estado miembro.

Por último, y junto a la sanción de nulidad, el Reglamento 1/2003 establece otras posibles consecuencias de índole administrativa que pueden producirse ante la constatación de una infracción del artículo 101.1 TFUE o su análogo, el artículo 1.1 LDC; consecuencias tales como la

¹⁰⁰² Un completo análisis sobre la acuciante necesidad de aplicar la nulidad parcial, al menos en lo que a la fijación de precios en el contexto de un acuerdo vertical se refiere, puede encontrarse en MARTÍ MIRAVALLS, J., “En defensa de la nulidad parcial de un acuerdo vertical que infringe el Derecho de la competencia por fijación de precios de reventa”, *La Ley mercantil*, N° 62, octubre 2019, p.4.

¹⁰⁰³ En el caso español, dicha atribución de competencia se encuentra recogida en el art. 86 ter. 2f de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

orden de cesación de la infracción, la adopción de medidas cautelares, la aceptación de compromisos, así como la imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por el Derecho nacional.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰⁴ Art. 5 del Reglamento 1/2003.

CAPÍTULO 2.- LOS REGLAMENTOS DE EXENCIÓN EN EL SECTOR ASEGURADOR

1. Cuestiones generales

1.1 Antecedentes y evolución

Aunque ahora resulte incuestionable, la inclusión o exclusión del mercado de seguros en la aplicación de la defensa de la competencia no ha sido siempre una cuestión pacífica¹⁰⁰⁵; evolución que se ha venido desarrollado a distintas velocidades en función de la cultura jurídica imperante en cada momento y territorio.

Durante la primera mitad del siglo XIX, en los Estados Unidos las leyes federales antimonopolio no eran de aplicación en la industria de los seguros debido a que las operaciones de seguro no eran consideradas como parte del comercio interestatal. En este contexto, a mediados del siglo XX, la Corte Suprema emitió su opinión en el asunto “United States vs. South-Eastern Underwriters Association”¹⁰⁰⁶ aduciendo que las transacciones de seguros sí constituían comercio interestatal y, por consiguiente, estaban sujetas tanto a las leyes federales antimonopolio como a la “rule of reason”.

Frente a esta postura, el Congreso de los Estados Unidos reaccionó

¹⁰⁰⁵ QUINTÁNS-EIRAS, M.R., “Revisión del coaseguro y del reaseguro desde el derecho de la competencia”, *op.cit.*, pp. 627-641; PEÑAS MOYANO, M.J., “Acuerdos en materia de seguros”, *Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones públicas)*, 2005, p. 226.

¹⁰⁰⁶ *Vid. United States vs Se. Underwriters Association, 322 U.S. 533, 561 (1944).*

promulgando la “McCarran-Ferguson Act”¹⁰⁰⁷ a través de la cual se eximía expresamente al “negocio de los seguros” de la aplicación de la “Sherman Act”, de la “Clayton Act” y de la “Federal Trade Commission Act” en la medida en que el negocio asegurador ni estaba “regulado por la ley estatal”, ni la actividad cuestionada constituía “boicot, coacción ni intimidación” (la denominada “excepción de boicot”). La “McCarran-Ferguson Act” surgía, pues, como una respuesta directa del Congreso a la Corte Suprema de los Estados Unidos constituyendo una importante alteración del sistema antitrust norteamericano caracterizado por su afán protector de la competencia y del procedimiento competitivo.¹⁰⁰⁸

En definitiva, la “McCarran-Ferguson Act” proporcionaba una auténtica exención a la normativa antitrust general estadounidense que permitía a los aseguradores bien compartir e intercambiar información relativa a las primas puras de seguros con el objetivo de predecir con mayor exactitud el riesgo asumido, bien estandarizar los clausulados generales de

¹⁰⁰⁷ “Dicha norma estableció la capacidad de los Estados federados para regular el mercado de seguros, por lo que el principio de supremacía de la ley estatal sobre las leyes de los Estados federados en caso de conflicto fue suprimido en favor de éstos. Además, la nueva disposición normativa era consciente de que determinados Estados federados no habían promulgado disposiciones reguladoras del mercado de seguro, en cuyo caso se someterían las entidades de seguros a las disposiciones nacionales sobre derecho de la competencia”. En VERCHER MOLL, J., “La regulación de las entidades de seguros en los Estados Unidos de América”, *La reforma del derecho del seguro*, Aranzadi, 2015, pp. 440-441.

¹⁰⁰⁸FARMER, S., “Competition and regulation in the insurance sector: Reassessing the McCarran-Ferguson Act”, *Oregon Law Review*, N° 89 (3), 2011, pp. 922-923. La “McCarran-Ferguson Act” no impedía, por tanto, que el Gobierno federal regulase el mercado de seguros; lo único que hacía era facultar a los distintos Estados para que, en virtud de su potestad legislativa, regulasen la industria aseguradora siempre y cuando no existiera una norma estatal específicamente destinada a regular dicho mercado.

las pólizas.¹⁰⁰⁹

En el territorio europeo, a mediados del siglo XX, la aplicación de la normativa antitrust al sector asegurador tampoco era una cuestión que pudiera afirmarse con rotundidad¹⁰¹⁰, fundamentalmente, debido al elevado grado de colaboración presente entre las compañías aseguradoras que operaban en idénticos mercados.¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁹ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Insurance Antitrust Handbook*, American Bar Association, 2017, p.1. Nótese que estos objetivos perseguidos por la “McCarran-Ferguson Act” coinciden con dos de las categorías que, posteriormente, estarían exentas en la Unión Europea en virtud de los distintos Reglamentos de exención propios del sector asegurador.

¹⁰¹⁰ ALONSO SOTO, R. J., “La aplicación de la normativa de la competencia al seguro”, *op. cit.*, p. 580: “Aunque no han faltado opiniones en contra de esta tesis y a favor del carácter especial del sector en atención a la existencia de un control estatal específico, que comportaba muchas veces la regulación de precios y condiciones comerciales, a la heterogeneidad y exhaustividad de las normas de ordenación y supervisión que lo regulan, a la primordial necesidad de tutela de un interés público consistente en garantizar la solvencia de las entidades aseguradoras e, incluso, a la consideración de que en este sector, debido a la inversión del ciclo productivo, el mecanismo del cálculo de los precios resulta diferente ya que los elementos de coste se sitúan en el futuro con respecto a las primas percibidas, la posición de la Comisión Europea fue confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.

¹⁰¹¹ CABANILLAS ALONSO, P., “La aplicación del Derecho Comunitario de la competencia al Sector Seguros”, *op.cit.*, p.21: “Con mayor insistencia se han mantenido una serie de objeciones centradas en las peculiaridades específicas del seguro que, según parte de la doctrina, parecían reclamar un tratamiento diferenciado para el sector que evitara la aplicación de los artículos 85 y 86 a través del Reglamento n.º 17 como a cualquier otra empresa. Según estos autores, cualquier análisis debería partir de aquello que genuinamente distingue al contrato de seguro -en cuanto a sus elementos naturales- de los demás contratos: que la prestación de una de las partes depende de la producción de un evento incierto. Incertidumbre, pues, en el tiempo y en el cumplimiento mismo de la obligación de indemnizar, de lo que se desprende la necesidad de proteger al titular del interés asegurado que ha realizado ya su prestación -el pago de la prima- o, desde otro punto de vista, la necesidad de facilitar la adecuada gestión de las compañías aseguradoras. Semejante protección podría provenir de la propia empresa aseguradora en la medida en que se permita su cooperación con otras en el mercado, sobre todo en materias tales como el intercambio de informaciones, coaseguro o reaseguro. Por contra, una libertad ilimitada de competencia presionaría constantemente a la baja el cálculo de primas y reservas, lo que no mejoraría ni la

Si bien en la sentencia, de fecha 9 de junio de 1977, dictada por el Tribunal de Justicia en el “Asunto van Ameyde”¹⁰¹², ya se apuntara, aunque de manera implícita, que la aplicación de la defensa de la competencia al sector asegurador era preceptiva, el hito que marcaría el cambio sería la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el seno del ya mencionado “Asunto (45/85) Verband der Sachversicherer”, al afirmar que “el régimen comunitario sobre la competencia, en particular tal como lo describen los artículos 85 y 86 del Tratado y las disposiciones del Reglamento nº 17, se aplica plenamente al sector de los seguros.”¹⁰¹³

El principal efecto que produjo la publicación de esta sentencia no tardó en manifestarse: confirmada la aplicación de la normativa de defensa de la competencia en el ámbito asegurador, la notificación a la Comisión Europea a fin de seguir llevando a cabo determinadas prácticas habituales entre compañías competidoras se antojaba indispensable de cara a evitar posibles sanciones. Prácticas que, en términos generales, se identificaban con el intercambio de información para la creación de estudios y estadísticas sobre riesgos concretos, la cobertura conjunta de riesgos, el establecimiento de condiciones tipo en las pólizas de seguro o la

capacidad ni la eficacia de los aseguradores, sino que provocaría la inseguridad con respecto al cálculo realizado, o incluso graves dificultades económicas para las empresas, y todo ello en detrimento del asegurado.”

¹⁰¹² Asunto 90-76, *S.r.l. Ufficio Henry van Ameyde vs S.r.l. Ufficio centrale italiano di assistenza assicurativa automobilisti in circolazione internazionale*, Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de junio de 1977, (ECLI ECLI:EU:C:1977:101).

¹⁰¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 27 de enero de 1987, *Asunto 45/85 Verband der Sachversicherer* (ECLI:EU:C:1987:34), § 14.

liquidación de siniestros; todas ellas, como puede advertirse, pilares esenciales de la colaboración horizontal en la industria aseguradora.

Ahora bien, que el Tribunal de Justicia confirmase la aplicación de la normativa de la defensa de la competencia en el sector asegurador no suponía, en ningún caso, que el Derecho comunitario no permitiese tener en cuenta las particularidades presentes en la actividad aseguradora. Es más, el propio Tribunal de Justicia sugería a la Comisión que, en el marco de sus competencias para conceder exenciones y conforme al artículo 85.3 del entonces vigente Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, era necesario apreciar la naturaleza particular y las dificultades propias existentes en los diferentes sectores económicos¹⁰¹⁴. En otras palabras, el Tribunal de Justicia veía necesario que la Comisión fuera autorizada para adoptar un Reglamento de exención sobre la aplicación de la normativa antitrust en el concreto caso del sector asegurador.

Dada la preocupación surgida en el seno de las compañías aseguradoras ante la posibilidad de incurrir en comportamientos que pudieran ser calificados como anticompetitivos, la Comisión recibió durante el año 1988 un total de 192 notificaciones solicitando la concesión de exenciones individuales por parte de distintas aseguradoras, todas ellas en similares términos y referidas a las mismas categorías de acuerdos.¹⁰¹⁵

¹⁰¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1987, *Asunto 45/85 Verband der Sachversicherer (ECLI:EU:C:1987:34)*, § 15.

¹⁰¹⁵ *XVIII Informe de la Comisión Europea sobre la Política de la Competencia (Informe publicado en relación con el “XXII Informe General sobre la actividad de las Comunidades Europeas 1988”)*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1989, p.54.

En este contexto, el primer remedio para dar salida al colapso sufrido por la avalancha de notificaciones fue el recurso a instrumentos informales (tales como las *comfort letters* o cartas administrativas) a fin de obtener la exención individual, aliviando así tanto la elevada carga burocrática como los costosos procedimientos que implicaban estas notificaciones para la propia Comisión.¹⁰¹⁶ Sin embargo, fruto de la inseguridad jurídica y de la desconfianza que este tipo de instrumentos comportaban, las compañías aseguradoras comenzaban a mostrarse reacias a seguir llevando a cabo actividades conjuntas que implicaran la colaboración entre competidoras, lo cual, por su parte, podría provocar tanto la reducción de la innovación contractual como una merma en la variedad de seguros ofrecidos en el mercado de seguros.¹⁰¹⁷

Así pues, los aspectos anticompetitivos creados a merced de la

¹⁰¹⁶ OLAVARRÍA IGLESIA, J., “La exención por categorías de la prohibición de prácticas en el sector de los seguros: el nuevo reglamento de la Comisión Europea”, *Revista Española de Seguros*, nº 145, 2011, p.35; GALÁN CORONA, E., “Notas sobre el reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del tratado de Roma”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7. Núm. 15, 2003, p.503.

¹⁰¹⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, *op.cit.*, p.6: “Además, la pretendida seguridad jurídica que el sistema generaba, en realidad, provocaba una reducción de la innovación contractual y un empobrecimiento de la práctica contractual. Los particulares, temerosos de la intervención administrativa, renunciaban a celebrar acuerdos que podrían aumentar la eficiencia económica y se limitaban a reproducir los esquemas – pobres por necesidad – recogidos en los reglamentos de exención o, si sus acuerdos no cabían en los estrechos márgenes de estos reglamentos, a solicitar autorizaciones singulares”. Citado, asimismo, en OLAVARRÍA IGLESIA, J., “La exención por categorías de la prohibición de prácticas en el sector de los seguros: el nuevo reglamento de la Comisión Europea”, *op.cit.*, p. 35.

necesidad de tener que notificar a la Comisión Europea cualquier tipo de colaboración entre compañías aseguradoras competidoras, además de anquilosar el correcto funcionamiento de dicho organismo, redundaba en una evidente pérdida de eficiencia del mercado asegurador, perjudicando, no solo a las empresas, sino también a los clientes de seguros que veían restringida la oferta disponible.

Visto que estas medidas de urgencia resultaban insuficientes de cara gestionar el elevado volumen de notificaciones, un par de años después veía la luz el Reglamento (CEE) 1534/91 del Consejo de 31 de mayo de 1991¹⁰¹⁸ (en adelante el “Reglamento de 1991”). Este era un instrumento jurídico que otorgaba a la Comisión la facultad de declarar, a través de la vía reglamentaria, la no aplicación de la prohibición general contenida en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (actualmente el art. 101.1 TFUE) a los acuerdos entre empresas, decisiones y prácticas concertadas en el sector de seguros que tuviesen por objeto la colaboración entre compañías competidoras, limitando su alcance a ciertas categorías (seis en total) y exigiendo la concurrencia de ciertos requisitos; categorías y requisitos cuyas principales características serán abordadas con detalle a lo largo del presente Capítulo.

1.2 El Reglamento habilitante de 1991

¹⁰¹⁸ Reglamento (CEE) nº 1534/91 del Consejo, de 31 de mayo de 1991, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*OJ L 143, 7.6.1991, pp.1-3*).

Los objetivos principales que formaban parte del núcleo esencial del Reglamento de 1991 eran tres: el fomento de la colaboración entre las empresas del sector a fin de garantizar el buen funcionamiento del mismo, la tutela del interés de los consumidores y la necesidad de acotar qué categorías de acuerdos habrían de quedar exentas.¹⁰¹⁹ Ahora bien, bajo esta pretendida justificación, parece que la publicación del Reglamento de 1991 obedecía, más que a razones vinculadas a las particularidades propias del sector asegurador que podrían requerir una aplicación específica de la normativa antitrust, a cuestiones relacionadas con aspectos procedimentales fruto de la imperiosa necesidad de desbloquear el colapso sufrido por la Comisión¹⁰²⁰ y como alternativa al abuso del recurso a los instrumentos informales.

El Reglamento de 1991, en definitiva, no era más que un remedio jurídico para dar salida a una problemática, más que sustantiva, de índole procedimental, que afectaba tanto al sector asegurador como a otras actividades económicas;¹⁰²¹ un instrumento jurídico que permitía liberar a la Comisión Europea de gran parte de las cargas burocráticas que soportaba

¹⁰¹⁹ALONSO SOTO, R.J., “La aplicación de la normativa de la competencia al seguro”, *op.cit.*, p.583.

¹⁰²⁰ Considerando Séptimo del Reglamento de 1991.

¹⁰²¹GÓMEZ SANTOS, M., “De la exención a la autoevaluación en el sector asegurador: pasado, presente y lo que está por venir”, *op.cit.*, p.150. No obstante, alguna voz afirma que la adopción de los Reglamentos de exención fue fruto de la voluntad de la industria aseguradora sin hacer mención alguna a estos problemas de índole administrativa: “In effect, the Commission has always recognised that the specific characteristics of the insurance sector, such as uncertainty and the mutualisation of risks, justified certain kinds of co-operation. Therefore, in response to the wishes of the industry, the Commission proposes to establish a set of rules in the form of a block exemption regulation (...)”. *Vid.* VERNIMMEN, G., “Reconciling cooperation and competition in the insurance sector”, *NFT 2/1993*, 1993, p.137.

para permitir que esta pudiera centrar su actividad en la persecución de infracciones más graves de la normativa antitrust.¹⁰²²

Junto a estos objetivos, señalar también la existencia de otro fin transversal pretendido por la Comisión, a mayores de mantener la sana competencia, la integración de los mercados nacionales en el mercado único europeo, cuya transcendencia se aprecia con meridiana claridad en la Decisión de la Comisión Europea recaída en el “Asunto 85/276, Seguros griegos”.¹⁰²³ En tal sentido, PEÑAS MOYANO¹⁰²⁴, afirma que la implantación de la unidad de mercado en la Unión Europea “permitió que las entidades aseguradoras pudieran actuar en cualquier país miembro en igualdad de condiciones que las empresas nacionales, propiciando un importante incremento del nivel de competencia al hacerlo el número de operadores que lo hacen en el mismo mercado, y consecuencia del aumento

¹⁰²² MARCOS FERNÁNDEZ, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, Fundación Mapfre, 2011, p.46.

¹⁰²³ Merece la pena, si bien someramente, hacer referencia a los hechos examinados en el dicho Asunto. El artículo 13.2 de la Ley griega nº1256/1982 de ordenación del seguro establecía que todos los riesgos que afectasen a toda propiedad pública debían estar asegurados exclusivamente con empresas de seguros del sector público. Por su parte, el apartado 4 del mismo artículo, exigía que el personal de los bancos públicos debía recomendar por escrito a sus clientes que, en caso de necesitar contratar un seguro, lo hiciesen con una entidad aseguradora pública. En esta tesitura, la Comisión Europea dictaminó que, en las disposiciones establecidas en la Ley griega nº1256/1982 de ordenación del seguro, Grecia obstaculizaba la entrada a entidades aseguradoras de otros Estados miembro y, por consiguiente, era contraria a la integración del mercado único europeo (*DOUE L 152/25 de 11-06-1985*).

¹⁰²⁴ PEÑAS MOYANO, M.J., “Las nuevas reglas de la competencia en el sector asegurador: acerca del Reglamento 358/2003, de 27 de febrero de 2003, 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 seguros”, *Revista Española de Seguros*, nº 120, 2004, p.552. En similar sentido, VEIGA COPO, A., “El derecho de seguros en la Unión Europea”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº 14, 2007, p.181.

significativo de las posibilidades de acceder al mismo al reducirse los costes de implantación.”

Por lo que se refiere al contenido del Reglamento 1991, este comenzaba aseverando que, con vistas a garantizar el buen funcionamiento del sector asegurador, resultaba imprescindible salvaguardar cierto grado de cooperación entre las compañías aseguradoras sin que ello fuera óbice para menoscabar los legítimos intereses de los clientes.¹⁰²⁵ Así pues, el referido Reglamento establecía que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea -predecesor del actual 101.1 del TFUE- no fuera aplicable a las categorías de acuerdos entre empresas, de decisiones de asociaciones de empresas y de prácticas concertadas en el sector de seguros que tuviesen por objeto la cooperación en las siguientes concretas materias:

- “a) el establecimiento en común de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas de siniestralidad determinadas colectivamente o en el número de siniestros;
- b) el establecimiento de las condiciones tipos de las pólizas;
- c) la cobertura en común de determinados tipos de riesgo;
- d) la liquidación de siniestros;
- e) la verificación y conformidad de los dispositivos de seguridad;
- f) los registros de los riesgos agravados y los correspondientes sistemas de información, siempre que la llevanza de dichos registros y la gestión de dicha información garanticen la

¹⁰²⁵ Considerando Tercero del Reglamento de 1991.

confidencialidad.”¹⁰²⁶

Adicionalmente, se estipulaba que los distintos Reglamentos de exención habrían de tener una duración limitada¹⁰²⁷ pudiendo ser derogados o modificados cuando las circunstancias que los justificaran hubiesen cambiado afectando a sus elementos esenciales. También, se obligaba a la Comisión a consultar con los actores interesados del sector asegurador, así como con el Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes, sobre qué categorías y bajo qué condiciones se procedería a conceder la exención al renovar, modificar o excluir cada nuevo Reglamento.¹⁰²⁸

Las limitaciones impuestas por el Consejo a la Comisión en cuanto a su facultad para adoptar Reglamentos eran escasas¹⁰²⁹, otorgándole, por consiguiente, una gran discrecionalidad a la hora de incorporar tanto el contenido material de las categorías exentas como, en su caso, la posibilidad de excluirlas todas.¹⁰³⁰

¹⁰²⁶ Art. 1.1 del Reglamento de 1991.

¹⁰²⁷ Como se verá, el primero tuvo una duración de diez años mientras que los dos siguientes estuvieron en vigor siete años cada uno.

¹⁰²⁸ Arts. 5 y 6 del Reglamento de 1991.

¹⁰²⁹ En sentido contrario, PEÑAS MOYANO entiende que el Consejo pauta de forma detallada y precisa los requisitos a los que deberá atenerse la Comisión pues, de lo contrario, se estaría ante un Reglamento sin validez alguna. *Vid.* PEÑAS MOYANO, M.J., “Las nuevas reglas de la competencia en el sector asegurador: acerca del Reglamento 358/2003, de 27 de febrero de 2003, 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 seguros”, *op.cit.*, p. 562.

¹⁰³⁰ Precisamente esto ocurrió en relación con dos de las materias incluidas en el Reglamento de 1991, en concreto (i) la verificación y conformidad de los dispositivos de seguridad, así como (ii) los registros de los riesgos agravados y los correspondientes sistemas de información; materias que, en la práctica, nunca llegaron

Por último, parece oportuno llamar la atención sobre el hecho de que, en la actualidad, el Reglamento de 1991 siga vigente pues su existencia carece de significado tras la no renovación del último Reglamento de exención el pasado 31 de marzo de 2017. En este sentido, bajo la lógica de la simplificación normativa, habida cuenta de que la adopción de nuevos Reglamentos de exención se antoja más que improbable y aunque su existencia no genere efecto directo alguno, parece aconsejable su inmediata derogación.

2. Los sucesivos Reglamentos de exención en el sector asegurador

Con base en la facultad conferida por el Consejo Europeo a la Comisión para adoptar Reglamentos de exención en materia de seguros, se han aprobado diversos Reglamentos cuyos objetivos prioritarios se identificaban, en términos generales, con tres funciones: permitir la comparabilidad entre distintos productos y precios, eliminar barreras de entrada para nuevos competidores, así como incrementar la capacidad de las aseguradoras para que puedan asumir nuevos riesgos que, por sí solas, no sería posible cubrir.¹⁰³¹

Ahora bien, sin dejar de lado estas funciones axiales, se aprecia, no

a estar insertas en los sucesivos Reglamentos de exención aprobados posteriormente por la Comisión Europea.

¹⁰³¹DEL VALLE SCHAAN, M., "El reglamento de exención: herramienta competitiva del sector asegurador europeo", *Revista Española de Seguros*, nº. 136, 2008, pp. 610-611. Aunque estos tres objetivos vengan referidos al Reglamento de exención adoptado en 2003, entiendo que son perfectamente extrapolables al resto de instrumentos publicados en tal sentido.

solo en relación con las materias exentas, sino también con los requisitos impuestos, una clara evolución en los sucesivos Reglamentos a fin de irse adaptando a las distintas políticas legislativas que imperaban en cada momento. En este sentido, resultan destacables dos aspectos: la marcada tendencia restrictiva y la progresiva aproximación a la normativa general antitrust¹⁰³²; aspectos ambos que, tras la no renovación del último Reglamento de exención en el año 2017, han logrado su máxima expresión con la implantación total de la norma general en el sector asegurador.

2.1 El Reglamento (CEE) n° 3932/92, de 21 de diciembre de 1992

El Reglamento (CEE) n° 3932/92, de 21 de diciembre de 1992¹⁰³³ (en adelante “el Reglamento 3932/92”), constituye la primera generación de Reglamentos de exención del sector asegurador para determinados tipos de colaboración horizontal entre competidores en materializar las especialidades apuntadas en el Reglamento de 1991, puesto que este instrumento, al ser habilitante, no generaba efectos directos por sí mismo.¹⁰³⁴ En cuanto a las categorías exentas amparadas por dicho Reglamento, estas venían referidas a aquellos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre empresas aseguradoras relativas a:

¹⁰³² MARCOS FERNÁNDEZ, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, op.cit., pp. 26-27.

¹⁰³³ Reglamento (CEE) n° 3932/92 de la Comisión, de 21 de diciembre de 1992, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*DO L 398 de 31.12.1992*).

¹⁰³⁴ MARCOS FERNÁNDEZ, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, op.cit., p. 28.

- “a) la fijación en común de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas colectivas o en el número de siniestros;
- b) el establecimiento de condiciones tipo para los contratos de seguro;
- c) la cobertura en común de determinados tipos de riesgos; y
- d) el establecimiento en común de normas para la verificación y aceptación de equipos de seguridad.”¹⁰³⁵

Sin duda, lo primero que llama la atención es la no inclusión en este primer Reglamento de todas y cada una de las seis categorías previstas en el Reglamento de 1991, dejando fuera de su alcance tanto la liquidación de siniestros como los registros de riesgos agravados; categorías que, por otra parte, nunca llegarían a exencionarse en ulteriores Reglamentos.¹⁰³⁶

En relación con la liquidación de siniestros, años más tarde la Comisión Europea tuvo la oportunidad de examinar algunos acuerdos imbricados en esta categoría sin encontrar que, desde el punto de vista de la restricción de la competencia, supusieran un mayor perjuicio. Es más, la Comisión apreció que estos acuerdos comportaban notables ventajas para los asegurados en el sentido de permitir una mayor celeridad en la práctica de la liquidación y el acceso a nuevos operadores.¹⁰³⁷ Por su parte, respecto

¹⁰³⁵ Art. 1 del Reglamento 3932/92.

¹⁰³⁶ OLAVARRÍA IGLESIA, J., “La exención por categorías de la prohibición de prácticas en el sector de los seguros: el nuevo reglamento de la Comisión Europea”, *op.cit.*, pp. 41-42.

¹⁰³⁷ De hecho, este tipo de acuerdos son fundamentales para el correcto funcionamiento de la actividad aseguradora, especialmente en el ámbito del seguro de automóvil, siendo el mayor exponente los “Convenios de Indemnización Directa de daños

a la tenencia de registros de riesgos agravados entre competidores, lejos de ser un problema para la defensa de la competencia, se configuraba como un elemento procompetitivo que debía ser protegido pues favorecía el correcto funcionamiento del sector en su conjunto.¹⁰³⁸

Pese a los argumentos procompetitivos que justificarían la inclusión de estas categorías como exentas, parece que la causa que motivó su exclusión fue, en realidad, la escasa experiencia con la que contaba la Comisión en aquel momento sobre tales materias¹⁰³⁹. En este sentido, parece razonable afirmar que la incorporación de materias que, *a priori*, no comportaban mayor riesgo para la libre competencia y sobre las cuales no se disponía de gran experiencia, resultaba poco acertado desde el punto de vista de la técnica legislativa, máxime habida cuenta de que el recurso a la adopción de Reglamentos de exención por categorías era excepcional,

materiales” examinados en la Parte III. En tal sentido, *vid.* DEL VALLE, M., “El reglamento de exención: herramienta competitiva del sector asegurador europeo”, *op.cit.*, pp. 608-609.

¹⁰³⁸*Vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La aplicación del derecho europeo de la competencia a la actividad aseguradora”, *Revista Española de Seguros*, nº 104, 2000, p. 763; DEL VALLE SCHAAN, M., “El reglamento de exención: herramienta competitiva del sector asegurador europeo”, *op.cit.*, p.610.

¹⁰³⁹ALONSO SOTO, R.J., “La aplicación de la normativa de la competencia al seguro”, *op.cit.* p.584; PEÑAS MOYANO, M.J., “Las nuevas reglas de la competencia en el sector asegurador: acerca del Reglamento 358/2003, de 27 de febrero de 2003, 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 seguros”, *op.cit.*, p.563; MARCOS FERNÁNDEZ, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, *op.cit.*, p.30; BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La aplicación del derecho europeo de la competencia a la actividad aseguradora”, *op.cit.*, p. 762; OLAVARRÍA IGLESIA, J., “La exención por categorías de la prohibición de prácticas en el sector de los seguros: el nuevo reglamento de la Comisión Europea”, *op.cit.*, pp.41-42.

Adicionalmente, el Reglamento 3932/92 exigía como condiciones que la colaboración entre las distintas compañías aseguradoras fuera de carácter voluntario, permitiendo, asimismo, el establecimiento de condiciones más favorables por parte de cada uno de los operadores, ello a fin de lograr una mayor competitividad en el sector.¹⁰⁴⁰ Esta técnica, no obstante, se encontraba en perfecta sintonía con la liberalización a escala comunitaria que comenzaba a experimentarse a principios de la década de los años noventa en prácticamente todos los sectores económicos, afectando fundamentalmente, en la industria aseguradora, a las primas y condiciones de las pólizas. Es más, favorecer este proceso de liberalización así como garantizar que las nuevas condiciones de competencia no se vieran limitadas por iniciativas de autorregulación que se excedieran más allá de los límites justificables, era otro de los objetivos que sustentaba el referido Reglamento.¹⁰⁴¹

También, el Reglamento 3932/92 coadyuvaba a la aplicación descentralizada del Derecho antitrust comunitario puesto que, en última instancia, permitía a los tribunales y a las autoridades de la competencia nacionales determinar si las compañías aseguradoras cumplían o no con la exigencias contemplada en dicha normativa.¹⁰⁴²

¹⁰⁴⁰ ALONSO SOTO, R.J., “La aplicación de la normativa de la competencia al seguro”, *op.cit.*, p. 585; PEÑAS MOYANO, M.J., “Las nuevas reglas de la competencia en el sector asegurador: acerca del Reglamento 358/2003, de 27 de febrero de 2003, 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 seguros”, *op.cit.*, p.564.

¹⁰⁴¹ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento n° 3932/92 (COM/99/0192 final), pp. 32-33.

¹⁰⁴² BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La aplicación del derecho europeo de la competencia a la actividad aseguradora”, *op.cit.*, p. 750.

Por último, en relación con los aspectos funcionales y formales del Reglamento 3932/92, es destacable tanto su carácter instrumental como el exacerbado espíritu formalista que lo impregnaba.

En cuanto al primero, la naturaleza instrumental que revestía a este Reglamento se identificaba con la ya apuntada necesidad de dar solución al colapso sufrido por la Comisión ante la avalancha de notificaciones solicitando la exención individual¹⁰⁴³; característica que, por el contrario y como se verá, carecería de fundamento en los Reglamentos de segunda y tercera generación como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003. Por lo que se refiere al elevado espíritu formalista que hacía del Reglamento 3932/92 un instrumento poco flexible y carente de sustrato económico, tampoco puede afirmarse que fuese una característica que solo pudiera predicarse del ámbito asegurador, toda vez que esta nota se hallaba en perfecta sintonía con el espíritu existente en el resto de Reglamentos de exención publicados durante la misma época.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴³ PEÑAS MOYANO concreta que “La necesidad de simplificar los canales de información, reconducir el sistema de notificación previa, que entonces era imperativo y simplificar el sistema de control o supervisión administrativa fueron determinantes para la elaboración de un primer reglamento de exenciones tras el Reglamento de habilitación de 1991.” *Vid.* PEÑAS MOYANO, M.J., “La eliminación de exenciones en el sector asegurador: más autoevaluación”, *Revista Española de Seguros*, nº 145, 2011, p. 101.

¹⁰⁴⁴ MARCOS FERNÁNDEZ, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, op.cit., p. 31: “En línea con la técnica propia de los REC contemporáneos, se trata de una norma muy formalista (poco orientada a criterios económicos y a los efectos derivados de las prácticas objeto de la exención) y con poco margen de flexibilidad –lo que, en el fondo, limitaba a los estrechos márgenes establecidos por el Reglamento 3932/92- sin perjuicio de la posibilidad de solicitar, en otro caso una exención individual de conformidad con el artículo 85.3 TCE.”

2.1.1 El proceso de renovación del Reglamento 3932/92

La piedra angular sobre la cual giraría la postura de la Comisión de cara a enfrentarse a la renovación del Reglamento 3932/92 sería la experiencia recabada tras su aplicación. De aquí que el punto de partida para la aprobación de un Reglamento de segunda generación se situara, necesariamente, en el análisis de los resultados obtenidos a través del primer Reglamento para cada una de las categorías inicialmente exentas y cuyos aspectos más relevantes serán reseñados a continuación.¹⁰⁴⁵

En cuanto al cálculo de la prima pura, como consecuencia de la gran tecnicidad de la materia, los servicios de la Comisión habían mostrado serias dificultades de cara a comprobar si, efectivamente, la cooperación entre entidades competidoras resultaba compatible con el Reglamento 3932/92. En este sentido, la Comisión detectó que existía un cierto grado de diferenciación entre las primas puras y las comerciales en la metodología empleada por los aseguradores, de forma que el riesgo de colusión entre competidoras en este aspecto parecía reducirse sustancialmente.¹⁰⁴⁶ Es más, se recalca, asimismo, la importancia de la

¹⁰⁴⁵ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento n° 3932/92 (*COM/99/0192 final*).

¹⁰⁴⁶ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento n° 3932/92 (*COM/99/0192 final*), §50. Nótese, no obstante, que las conclusiones obtenidas por la Comisión partían del análisis exclusivo de acuerdos sobre el cálculo conjunto de primas en el sector de los seguros no de vida relativos, fundamentalmente, a recomendaciones formuladas por asociaciones nacionales de aseguradores. La propia Comisión afirmaba que no había examinado ningún acuerdo sobre cálculo conjunto de primas en el sector de los seguros de vida, lo cual, por otra parte, parece chocar con la lógica que rige la normativa de defensa de la competencia

posibilidad de llevar a cabo este tipo de prácticas como elemento clave en la dinamización del mercado asegurador, pues así se facilitaba tanto la entrada de nuevos competidores como la creación de igualdad de condiciones de competencia entre los incumbentes, beneficiando, en última instancia, a los aseguradores de menor tamaño.¹⁰⁴⁷ Los aspectos procompetitivos, por tanto, resultaban más que evidentes.

Por su parte, la exención relativa a las condiciones de las pólizas¹⁰⁴⁸ planteaba ciertas dificultades en relación con las denominadas “cláusulas negras”¹⁰⁴⁹, pues estas, pese a ser las más nocivas para la competencia, en la práctica resultaban exentas siempre que los aseguradores indicasen expresamente que las mismas no vinculaban a los asegurados. Igualmente, son reseñables los problemas surgidos en torno a la interpretación de esta exención con razón en las divergencias lingüísticas que se habían detectado en la traducción del Reglamento a cada una de las lenguas propias de los Estados miembro.¹⁰⁵⁰

toda vez que la rama vida es aquella en la que se aprecia una mayor concentración empresarial y, por consiguiente, aquella en la cual el riesgo de colusión se acusa con mayor intensidad.

¹⁰⁴⁷ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento n° 3932/92 (*COM/99/0192 final*), §6.

¹⁰⁴⁸ Se incluían aquí los acuerdos que tuviesen por objeto establecer y divulgar condiciones tipo en los contratos de seguro directo, así como modelos comunes ilustrativos de los beneficios de un contrato de seguro que incluyesen un elemento de capitalización (art. 5 del Reglamento 3932/92).

¹⁰⁴⁹ Concretamente, las cláusulas a las cuales se refieren las letras *a*) a *e*) del artículo 7.1 del Reglamento 3932/92.

¹⁰⁵⁰ Cuestión que se puso de manifiesto por parte de los servicios de la Comisión al examinar un acuerdo que excluía los riesgos de guerra del seguro de buques. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento n° 3932/92 (*COM/99/0192 final*), §18.

Por lo que respecta a los acuerdos sobre especificaciones técnicas relativas a los equipos de seguridad y procedimientos para verificar si se ajustaban a tales especificaciones, así como al establecimiento conjunto de normas para la homologación de las empresas de instalación o mantenimiento y procedimientos que permitiesen evaluar el cumplimiento de estas normas, destacar que la experiencia de la Comisión durante los años de vigencia del Reglamento 3932/92 fue realmente escasa. No obstante lo antedicho, se seguía manteniendo (aun sin existir una base económica y jurídica sólida ante la falta de experiencia al respecto) que la cooperación entre empresas aseguradoras competidoras, frente a los improbables efectivos restrictivos de la competencia que pudieran comportar, sin duda contribuía a facilitar una mejor evaluación de los riesgos, calcular con mayor exactitud las primas, incentivar a los fabricantes de sistemas de seguridad a perfeccionar sus productos y, a la postre, beneficiar a los asegurados por la mejora de los equipos de seguridad ofrecidos en el mercado.¹⁰⁵¹

En cualquier caso, partiendo de que el Reglamento 3932/92 se alineaba con el nuevo enfoque adoptado por la Comisión en materia de armonización técnica, el único cauce que parecía existir a fin de facilitar la implementación de mejoras en los equipos de seguridad era su exención a través del Reglamento específico del sector asegurador hasta que una Directiva o Reglamento de alcance general diese cobertura a este tipo de prácticas.

¹⁰⁵¹ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento n° 3932/92 (*COM/99/0192 final*), §34.

En cuanto a los pools de riesgo, el Reglamento 3932/92 partía de la premisa de que toda agrupación institucionalizada no restringía la competencia siempre que la cuota conjunta de todos los productos de seguro idénticos o que se considerasen similares desde el punto de vista de los riesgos cubiertos y de las garantías ofrecidas (o de la propia agrupación en el caso de los riesgos catastróficos o agravados, bajo determinadas condiciones) no superase ciertos límites: el 10% en el caso de agrupaciones de coaseguro y el 15% en el supuesto de las agrupaciones de correaseguro.¹⁰⁵²

Junto a lo anterior, tras la experiencia obtenida por la Comisión hasta el momento¹⁰⁵³, se apreciaba otra serie de matices que exigían ser tenidos en cuenta de cara a la renovación del Reglamento. En primer lugar, que las agrupaciones podían ser necesarias en un momento dado, pero no de manera permanente. También que, en el caso de riesgos muy específicos cuya cartera mínima para entrar en el mercado fuera imposible determinar con certeza, no resultaba claro si la agrupación era estrictamente necesaria para el óptimo funcionamiento del mercado y que, en consecuencia, fuera procedente su exención. A mayores, la Comisión confirmaba que no procedería a disolver aquellos pools de riesgo en los cuales coexistiesen aseguradoras de diferentes tamaños, pese a que su formación no fuese estrictamente necesaria, si con ello se permitía a las compañías de menor

¹⁰⁵² Artículo 11.1 del Reglamento 3932/92.

¹⁰⁵³ Fundamentalmente la experiencia obtenida a raíz de dos casos: la Decisión de la Comisión 92/96/CEE, de 14 de enero de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.100 - *Assurpol*), (*OJ* 1992 L37/16); y la Decisión de la Comisión 1999/329/EC, de 12 de abril de 1999, (*P&I Clubs, Pooling Agreement*), (*OJ L* 125 of 19/05/1999).

volumen mantenerse en un mercado al cual no hubiesen podido acceder de otro modo.

Ahora bien, en relación con los pools de riesgo, sin duda el aspecto más controvertido se identificaba con la definición del mercado relevante que debía tomarse en consideración a la hora de evaluar los posibles efectos restrictivos de la competencia; cuestión esta que, en la actualidad, sigue siendo el principal desafío en la aplicación de la normativa antitrust en el sector asegurador y sobre la cual se volverá posteriormente con mayor detalle.

2.2 El Reglamento (CE) n° 358/2003, de 27 de febrero de 2003

Las observaciones realizadas por la Comisión en su Informe sobre la aplicación del Reglamento n° 3932/92 marcaban el punto de partida a la hora de adoptar un nuevo Reglamento y actualizar su contenido atendiendo a las nuevas pautas de interpretación que se habían implementado en los últimos años en materia de defensa de la competencia.¹⁰⁵⁴ Surgía, así, el Reglamento (CE) n° 358/2003, de 27 de febrero de 2003¹⁰⁵⁵ (en adelante el “Reglamento 358/2003”), fruto de la temporalidad del anterior Reglamento y de su necesario *aggiornamento*.

¹⁰⁵⁴ALONSO SOTO, R.J., “La aplicación de la normativa de la competencia al seguro”, *op.cit.*, p.585.

¹⁰⁵⁵ Reglamento (CE) n° 358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, 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 (*DO L 53 de 28.2.2003*).

Sus objetivos fundamentales consistían en garantizar la protección efectiva de la competencia, ofrecer una seguridad jurídica adecuada a las empresas, así como reducir a su mínima expresión la carga de la supervisión administrativa.¹⁰⁵⁶ Por lo que se refiere a las categorías exentas, el nuevo Reglamento mantenía las mismas categorías contempladas en su predecesor, dejando, también, fuera de su alcance tanto los acuerdos relativos a la liquidación de siniestros como los registros de riesgos agravados entre compañías competidoras¹⁰⁵⁷. En estos aspectos, puede considerarse que el Reglamento 358/2003 se encontraba en línea con el anterior.¹⁰⁵⁸

Ahora bien, la técnica legislativa empleada en el nuevo Reglamento presentaba notables diferencias respecto a su predecesor, ello en consonancia con el nuevo enfoque económico adoptado por la Comisión de cara a evaluar la repercusión de los acuerdos en el mercado¹⁰⁵⁹. Ejemplos claros que ilustrarían este nuevo sistema basado en la aproximación más económica en el mercado de seguros son los que siguen: la introducción de un artículo completo dedicado a las definiciones, la

¹⁰⁵⁶ Considerando 5 del Reglamento 358/2003.

¹⁰⁵⁷ Respecto a estas dos categorías, nuevamente excluidas de la exención automática, además de que la Comisión no había tenido oportunidad de conocer casos relevantes que pudieran añadir luz a la experiencia, entendía que ambos eran acuerdos que no planteaban importantes dificultades para la libre competencia. BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La aplicación del derecho europeo de la competencia a la actividad aseguradora”, *op.cit.*, pp. 762-763; PEÑAS MOYANO, M.J., “Las nuevas reglas de la competencia en el sector asegurador: acerca del Reglamento 358/2003 (...)”, *op. cit.*, p. 565.

¹⁰⁵⁸ PEÑAS MOYANO, M.J., “Las nuevas reglas de la competencia en el sector asegurador: acerca del Reglamento 358/2003 (...)”, *op. cit.*, p. 567; VEIGA COPO, A., “El derecho de seguros en la Unión Europea”, *op.cit.*, p. 183.

¹⁰⁵⁹ RYAN, S., “Commission publishes for comments a draft block exemption regulation for the insurance sector”, *Competition policy newsletter*, Nº. 3, 2002, p. 36.

eliminación de listas de cláusulas exentas con el objetivo de poner un mayor énfasis en la definición de las categorías de acuerdos exentas hasta un determinado nivel de poder de mercado, la determinación de las restricciones y de las cláusulas que no debían figurar en tales acuerdos o la metodología empleada en la evaluación de los pools de riesgo.

En sentido estricto, la nueva técnica legislativa basada en esta aproximación más económica adoptada en el Reglamento de exención 358/2003 no encajaba con el mandato contenido en el Reglamento de 1991¹⁰⁶⁰ toda vez que este imponía a la Comisión el deber de definir las categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a los cuales se fuera a aplicar la exención, especificar las restricciones o cláusulas que pudiesen o no figurar en los acuerdos y, asimismo, concretar aquellas condiciones que sí debían ser incluidas.

No obstante, el giro en la metodología empleada en el Reglamento de exención 358/2003 se encontraba en línea con la estructura típica presente en el resto de instrumentos de naturaleza similar coetáneos al mismo, rompiendo, así, con la técnica inicialmente utilizada por la Comisión en sus primeros Reglamentos - técnica que, por su parte, había sido tildada de excesivamente formalista y estricta por gran parte de la doctrina-.¹⁰⁶¹ De aquí que el cambio en la técnica legislativa experimentado en el Reglamento de exención 358/2003, lejos de ser justificado con base en las necesidades específicas de la industria aseguradora, no era más que fruto de las exigencias impuestas por los

¹⁰⁶⁰ Apartado segundo del artículo 1 del Reglamento de 1991.

¹⁰⁶¹ WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, op.cit., p. 171.

nuevos tiempos (la aproximación más económica).

En otro orden de cosas cabe destacar, asimismo, la pérdida de ambición reformista que apuntaba el Proyecto de 9 de julio de 2002 en comparación con el texto finalmente aprobado en el Reglamento 358/2003. En un principio, se pretendía recrudescer los requisitos exigidos para obtener la exención automática de las categorías amparadas, disminuyendo, en consecuencia, los supuestos de aplicación del referido Reglamento. Sin embargo, estas modificaciones se paralizaron como consecuencia, quizá, de dos factores: la captura del regulador a través de la presión ejercida por los lobbies de las propias compañías aseguradoras y de sus asociaciones empresariales¹⁰⁶² y el miedo de la propia Comisión de incurrir en una excesiva carga burocrática que diera lugar a nueva oleada de notificaciones individuales por parte de los operadores del sector.

En este contexto, cabe hacer una reflexión, si bien sucinta, sobre el papel que estos concretos grupos de presión han tenido en el proceso de renovación de los Reglamentos de exención del sector asegurador.

Estos lobbies, operadores cada vez más presentes en el proceso legislativo, ya sea a nivel nacional o internacional, tienen como objetivo ejercer influencia en el legislador, normalmente a través de cauces

¹⁰⁶² MARCOS FERNÁNDEZ, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, op.cit., pp. 52-53; PEÑAS MOYANO, M.J., “Las nuevas reglas de la competencia en el sector asegurador: acerca del Reglamento 358/2003 (...)”, *op. cit.*, p. 585.

informales, con el fin de defender y proteger determinados intereses para colectivos concretos.¹⁰⁶³ Ahora bien, pese a que el concepto de lobby o grupo de presión es normalmente identificado con el poder de influir ejercido por las grandes compañías o asociaciones de determinados sectores, no debe olvidarse que, como contraposición, se encuentra la actividad realizada por las asociaciones de consumidores. Ahora bien, aunque ambos tipos de lobbies gocen de una misma posición y un mismo poder de negociación en el plano formal, la evidente diferencia de recursos económicos presentes entre unos y otros hace que, en la práctica, no se encuentren en igualdad de condiciones y que la actuación de los segundos sea menos eficaz.

Actualmente, en el plano europeo, se encuentran inscritos en torno a 200 lobbies con intereses en el sector asegurador. En el nacional, sin duda la asociación UNESPA se erige como el mayor grupo de presión en la industria aseguradora, constando dentro de sus actuales peticiones al legislador la adopción de un criterio uniforme y adecuado sobre la cuantía de las indemnizaciones que las aseguradoras deben desembolsar por daños personales cuando éstos se producen por responsabilidad civil de terceros.¹⁰⁶⁴

Por lo que se refiere a los cauces típicamente empleados por parte de los lobbies de la industria aseguradora española, son reseñables dos: de

¹⁰⁶³PONCE SOLÉ, J., *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa. Un análisis empírico de la informalidad*, Tirant lo Blanch, 2019, pp.23-24.

¹⁰⁶⁴ELGUERO MERINO, J.M., *Lobby y grupos de presión análisis regulatorio y estudio en el sector asegurador*, op. cit., p.268.

un lado, aquellos de carácter formal (por ejemplo, a nivel parlamentario, facilitando información técnica a los grupos políticos vía enmiendas legislativas); y otros de naturaleza informal, normalmente a través de reuniones con la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones, siendo este el órgano colegiado asesor del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad en los asuntos concernientes a la ordenación, supervisión y solvencia de los seguros privados, planes y fondos de pensiones y mediación en seguros privados.¹⁰⁶⁵

Volviendo al análisis de los factores que motivaron la pérdida de ambición reformista que apuntaba el Proyecto de 9 de julio de 2002, concretamente en relación con los intereses de la Comisión, al igual que sucediera en el Reglamento 3932/92, el motivo que parece propició esa decisión fue la escasa experiencia obtenida por la Comisión desde la entrada en vigor del Reglamento 3932/92. Circunstancia esta que, dada la evidente parquedad de las muestras analizadas, hacía un tanto arriesgado extrapolar conclusiones generales del sector. Asimismo, resultaba patente que la propia Comisión pretendía simplificar, en la medida de lo posible, la costosa carga administrativa exigida por el sistema de control previo y que había colapsado a la institución años antes.

Justamente, este último argumento sirve de enlace con el contexto surgido en el nuevo marco legislativo europeo a raíz de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, instrumento a través del cual se implantaba un

¹⁰⁶⁵FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J.L., “El sector asegurador y los grupos de interés”, *Los grupos de interés en España. La influencia de los lobbies en la política española*, Tecnos, 2016, pp.350-353.

novedoso sistema de exención legal de control *a posteriori* que sustituiría al antiguo sistema de control previo, el cual obligaba a las empresas interesadas a tener que solicitar a la Comisión la exención caso por caso.

2.2.1 La renovación del Reglamento nº 358/2003

Los trabajos realizados con motivo de la renovación del Reglamento 3932/92 fueron coetáneos a aquellos que tenían por objeto llevar a cabo la modernización de la defensa de la competencia. Así, mientras que en el año 1999 se publicaba el Libro Blanco sobre la modernización de las reglas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado¹⁰⁶⁶ (antecedente de la proposición de la Comisión de diciembre del año 2000 y de lo que posteriormente fuera el Reglamento 1/2003), en el concreto campo asegurador se hacía lo propio a través del Informe sobre la renovación del Reglamento 3932/92¹⁰⁶⁷. Sin embargo, no parece que los avances en la aplicación de la normativa antitrust tuviesen gran incidencia en el proceso de renovación del Reglamento 358/2003.

Lo antedicho cobra sentido puesto en conexión con lo que estaba sucediendo por aquel entonces, no solo en el sector asegurador, sino en todos los sectores que disfrutaban de un Reglamento de exención propio: pese al cambio de paradigma experimentado en la aplicación de la normativa antitrust, los Reglamentos de exención por categorías, incluidos

¹⁰⁶⁶ Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE - Corrigendum (*COM/99/0101 final*), (*OJ C 132*, 12.5.1999), p. 1-33.

¹⁰⁶⁷ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento nº 3932/92 (*COM/99/0192 final*).

aquí los propios de la industria aseguradora, se mantuvieron en vigor “como resultado de la inercia, fortalecida en el caso de los Reglamentos de exención sectoriales, por las fuertes presiones y exigencias empresariales de su mantenimiento, aunque su fundamentación de fondo ya no existía”.¹⁰⁶⁸ De aquí que la desconexión entre la normativa general de la defensa de la competencia y su aplicación en la industria aseguradora se viera, a la postre, acentuada, y obedeciera, no ya a causas específicas del propio sector, sino a la dinámica política y jurídica imperante en aquella época.

Sobre esta cuestión, algunos autores apuntaban que el recurso a un Reglamento de exención en el sector asegurador seguía siendo necesario, mientras que otros se mostraban totalmente en desacuerdo argumentando que el carácter excesivamente formalista de este tipo de instrumentos jurídicos parecía chocar con el sistema implantado a través del Reglamento 1/2003¹⁰⁶⁹; aspecto este sobre el cual se avanzaría parcialmente en el siguiente y último Reglamento de exención aprobado por la Comisión: el Reglamento (UE) nº 267/2010.

¹⁰⁶⁸ Referido a todos los reglamentos de exención del sector asegurador en general. MARCOS FERNÁNDEZ, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, op.cit., p. 47.

¹⁰⁶⁹ Si bien es cierto que pocos autores se han posicionado al respecto, a favor vid. DEL VALLE SCHAAN, M., "El reglamento de exención: herramienta competitiva del sector asegurador europeo", op.cit., p. 606; en contra, vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, op.cit., pp. 50-54.

2.3 Reglamento (UE) nº 267/2010 de la Comisión de 24 de marzo de 2010

Lo primero que llama la atención tras una rápida lectura del Reglamento (UE) nº 267/2010 de la Comisión de 24 de marzo de 2010¹⁰⁷⁰ (en adelante el “Reglamento 267/2010”) es la eliminación de dos de las categorías recogidas en los Reglamentos precedentes, estas son las condiciones tipo de las pólizas y la verificación y conformidad de los dispositivos de seguridad, dejándolas sujetas a la norma general imperante en la normativa propia de la defensa de la competencia: la autoevaluación.

Los puntos clave debatidos en la renovación del Reglamento 267/2010 giraron, principalmente, en torno a tres cuestiones: (i) si, en virtud de las especialidades propias de la industria aseguradora, la estrecha colaboración entre compañías competidoras sobre determinadas materias era un elemento que se expresaba en este campo más intensamente que en otros sectores económicos, (ii) de confirmarse lo anterior, si esta mayor necesidad de colaboración exigía el recurso a un instrumento extraordinario como es el Reglamento de exención y (iii), en caso afirmativo, si la renovación del Reglamento 358/2003 era la opción más adecuada.¹⁰⁷¹

¹⁰⁷⁰ Reglamento (UE) nº 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*DO L 83 de 30.03.2010*).

¹⁰⁷¹ Cuestiones planteadas por la Comisión en el Informe relativo a la aplicación del Reglamento 358/2003.

Como consecuencia de la información obtenida a través del estudio de la Comisión sobre el funcionamiento del Reglamento 358/2003¹⁰⁷², se ponía de manifiesto que, visto que tanto las condiciones tipo de las pólizas como la verificación y conformidad de los dispositivos de seguridad ya no eran categorías exclusivas del sector asegurador, no resultaba necesario incluir tales materias en un Reglamento de exención específico con base en los siguientes motivos.

Por lo que se refiere a las condiciones tipo de las pólizas, estas no parecían ser específicas del sector asegurador pues también eran frecuentes en otros sectores, en especial uno tan afín como el sector bancario, sin que en su caso existiera un Reglamento de exención propio¹⁰⁷³. En cuanto a los acuerdos sobre la verificación y conformidad de los dispositivos de seguridad, la Comisión apuntaba que estos recaían dentro del ámbito general del establecimiento de normas para el mejor funcionamiento del sector, siendo, por consiguiente, perfectamente aplicables las orientaciones

¹⁰⁷²Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo referente al funcionamiento del Reglamento (CE) n° 358/2003 de la Comisión 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 (*COM (2009) 138 final*). En adelante el “Informe relativo a la aplicación del Reglamento 358/2003”. Junto a este Informe, mencionar la importancia del Documento de trabajo que lo acompañaba: “Report from the Commission to the European Parliament and the Council On the functioning of Commission Regulation (EC) No 358/2003 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector (*COM (2009) 138*), (*SEC (2009) 364*).

¹⁰⁷³ En términos generales, poco tiempo después la propia Comisión resaltaba que las condiciones tipo no obligatorias y accesibles comportaban notables ventajas para los clientes y, por consiguiente, estas no debían ser prohibidas siempre que no afectasen seriamente a la capacidad de elección de los mismos (*vid. Directrices Horizontales § 302-305*).

ofrecidas en las Directrices horizontales de 2001¹⁰⁷⁴.

Ahora bien, junto con el Reglamento 267/2010, la Comisión publicaba una Comunicación¹⁰⁷⁵ cuyo objetivo era dar las pautas necesarias de cara a efectuar una adecuada aplicación del referido Reglamento, especialmente, en relación con estas dos categorías que habían sido eliminadas; Comunicación que, por su parte, surgía fruto de la presión ejercida por el sector asegurador con vistas a lograr una mayor seguridad jurídica en la autoevaluación de esas dos categorías.

En otro orden de cosas, destacar que, escasos años atrás, otros dos sectores que gozaban de un régimen específico de aplicación de la normativa antitrust similar al propio del asegurador, estos son, el sector del transporte marítimo¹⁰⁷⁶ y el sector aéreo¹⁰⁷⁷, habían visto cómo sus

¹⁰⁷⁴ Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/C 3/02), (*Diario Oficial n° C 003 de 06/01/2001*, pp. 2-30).

¹⁰⁷⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*DO C 82 de 30.3.2010*). En adelante “la Comunicación del año 2010”.

¹⁰⁷⁶ Un análisis completo sobre la evolución de los distintos Reglamentos de exención relativos a las conferencias marítimas puede encontrarse en: ESTEPA MONTERO, M., “Las Conferencias Marítimas en el ámbito de la Unión Europea: el final de una exención a la libre competencia”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, N° 43, 2010, pp. 69-81; ORTIZ BLANCO, L., *Las conferencias marítimas frente al derecho antitrust de la Comunidad Europea: crítica de una paradoja jurídica*, Marcial Pons, 2007, pp. 180-408. Para una visión sobre los problemas que suponía la presencia de este tipo de colaboración horizontal en la etapa previa a los Reglamentos de exención por categorías, *vid.* GONDRA ROMERO, J.M., “Las “conferencias” marítimas ante el Derecho de la competencia”, *Revista de derecho mercantil*, N° 113, 1969, pp. 360-378.

⁸⁰ En relación con la aplicación general de la normativa antitrust en el sector aéreo, *vid.*, entre otros: BOTANA AGRA, M.J., “Las reglas de la competencia de la CEE y el transporte aéreo intracomunitario”, *Derecho mercantil de la Comunidad*

respectivos Reglamentos de exención no habían sido renovados o renovados en su mínima expresión¹⁰⁷⁸, en ambos casos, por motivos similares. Por consiguiente, parece que la no renovación de las dos categorías antes mencionadas relativas a la industria aseguradora estaba en línea con la tendencia general, siendo, por el contrario, el mantenimiento de las categorías relativas a los intercambios de determinada información entre competidores y a ciertos tipos de pools de riesgo una excepción a esta tendencia.

Lo antedicho en relación a las categorías cuya exención fue eliminada. Respecto a las renovadas, la Comisión entendía que tanto los

Económica Europea: estudios en homenaje a José Girón Tena, Civitas, 1991, pp. 189-204; más recientemente, BILOTKACH, V., HÜSCHEL RATH, K., “Antitrust immunity for airline alliances”, *Journal of Competition Law & Economics*, Nº 7(2), 2011, pp. 367-369. Sobre el concreto aspecto de la liberalización de este sector y su incidencia desde la óptica antitrust, *vid.* ORTIZ BLANCO, L., “Liberación y política comunitaria de defensa de la competencia en el sector del transporte aéreo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, 1993-1994, vol. 3, pp. 193-198; FERNÁNDEZ TORRES, I., “Competencia en el sector aéreo y aeroportuario”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Nº. 91, 2015.

¹⁰⁷⁸En el sector marítimo, aún sigue vigente un Reglamento de exención por categorías, si bien amparando un reducido número de categorías en virtud del Reglamento 906/2009 de la Comisión. Tras una consulta pública realizada en el año 2014 y antes de llegar la fecha de su vencimiento inicial (25 de abril de 2015), la aplicación de este Reglamento de exención se amplió por un periodo de cinco años, prorrogándose, así, su vigencia hasta el 25 de abril de 2020 (Reglamento 691/2014 de la Comisión por el que se modifica el Reglamento 906/2009 de la Comisión). El motivo que llevó a la Comisión Europea a tomar esta decisión fue, principalmente, que las condiciones determinantes del alcance y el contenido del Reglamento de exención 906/2009 no habían variado sustancialmente y que, por consiguiente, el sistema de exención por categorías debía permanecer. Un análisis más detallado sobre este aspecto y sobre las perspectivas de la exención por categorías en las conferencias marítimas puede encontrarse en BAENA BAENA, P.J., “La controvertida exención por categorías del derecho comunitario de la competencia a conferencias y consorcio marítimos”, *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Editorial Civitas, 2018, pp. 198-212.

acuerdos sobre la elaboración de cálculos conjuntos, tablas y estudios como aquellos relativos a la formación de pools de riesgo debían seguir estando amparados por un Reglamento de exención pues constituían dos formas de colaboración específicas en la industria aseguradora merecedoras de un instrumento que protegiese y facilitase esa necesaria colaboración, dado que, a la postre, ambas prácticas redundaban en una mejor eficiencia para el conjunto del sector asegurador.¹⁰⁷⁹

En relación con los acuerdos sobre cálculos conjuntos, tablas y estudios, se advierte una modificación en cuanto al término empleado en el Reglamento anterior, "cálculos conjuntos", por uno nuevo, "recopilaciones", ello con la intención de aclarar por parte de la Comisión que, mientras que las "compilaciones" de datos agregados en relación con riesgos históricos estaban permitidas, no así el rendimiento de los cálculos basados en dichos datos, pues este debía llevarse a cabo unilateralmente por las aseguradoras.¹⁰⁸⁰ Asimismo, esta exención no sería aplicable cuando las compañías participantes se comprometiesen mutuamente u obligasen a otras empresas a no utilizar las recopilaciones o tablas o que se desviasen de los datos los estudios realizados.¹⁰⁸¹

Otra novedad introducida por el Reglamento 267/2010 en relación a los intercambios informativos fue la creación de un nuevo derecho de

¹⁰⁷⁹ Informe relativo a la aplicación del Reglamento 358/2003, §34.

¹⁰⁸⁰ DAVIS, A., DAY, C., "The New Insurance Block Exemption Regulation", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 1, No. 4, 2010, p.314.

¹⁰⁸¹ TOBÍO RIVAS, A.M., GINER PARREÑO, C.A., "Legislación comunitaria: Reglamento de exención en bloque de acuerdos verticales", *Derecho de los Negocios*, junio, Nº 237, 2010, (p.4/6 versión digital).

acceso en condiciones razonables, asequibles y no discriminatorias a los resultados del intercambio de información para las organizaciones de consumidores, excepto por razones de seguridad pública, siempre que la solicitud se hiciese en términos específicos y exactos en virtud de un motivo debidamente justificado.¹⁰⁸²

Sobre las apreciaciones apuntadas por la Comisión en relación con los intercambios informativos, sin duda es reseñable la alternativa propuesta por algunos de los encuestados frente al sistema de exención a través de un Reglamento consistente en atribuir la potestad a los poderes públicos para que estos fuesen los encargados de recopilar y publicar los cálculos conjuntos, tablas y estudios objeto de los intercambios entre las aseguradoras competidoras. Es decir, que la licitud de estos concretos flujos informativos pasase de estar regulada a través de la normativa antitrust a ser regida por la normativa sectorial propia de la industria aseguradora.

En este sentido, si lo que se pretendía proteger era una mejora en la valoración de los riesgos, así como garantizar el acceso y mantenimiento de medianas y pequeñas compañías en el mercado asegurador, no parece que tal opción fuese tan desacertada pues habría bastado con una modificación de la normativa sectorial en materia de seguros a nivel europeo para cumplir con tal fin. No obstante, ante tal sugerencia, la Comisión entendió que no era viable, sin ofrecer mayores argumentos ni económicos ni jurídicos al respecto.¹⁰⁸³ Sobre esta cuestión se volverá más

¹⁰⁸² Art. 3.2 e) del Reglamento 267/2010.

¹⁰⁸³ Informe relativo a la aplicación del Reglamento 358/2003, §10.

adelante.

En cuanto a los pools de riesgo, además de ser estructuras complejas y características de la industria aseguradora, la Comisión entendió que su no renovación como categoría exenta podía poner en peligro la existencia de este tipo de colaboración en el mercado ante el riesgo, por parte de las aseguradas, de incurrir en una conducta anticompetitiva; riesgo que, pese a no ser realmente significativo, fue suficiente para justificar la renovación de la exención, si bien con distintos matices.¹⁰⁸⁴ En tal sentido, a la luz de los resultados del Informe relativo a la aplicación del Reglamento 358/2003, se introdujeron, adicionalmente, otras dos novedades en relación a las condiciones de exención para esta categoría.

En primer lugar, se incluyó una definición más precisa sobre qué debía entenderse por “nuevo riesgo”. En segundo, se incorporó una metodología distinta a efectos de realizar el cálculo de las cuotas de mercado con el fin de hacerla coherente con otras normas de competencia de carácter general, es decir, teniendo en cuenta no sólo los ingresos brutos en concepto de primas obtenidos dentro de la agrupación por las empresas participantes, sino también los obtenidos fuera de ella.

Ahora bien, si hay un aspecto llamativo cuya observación resulta inexcusable es que, durante la vigencia de los sucesivos Reglamentos de exención, las entidades aseguradoras, con base en la supuesta seguridad jurídica proporcionada por estos instrumentos, en realidad no evaluaban si

¹⁰⁸⁴ Informe relativo a la aplicación del Reglamento 358/2003, §22.

las prácticas llevadas a cabo en las categorías exencionadas cumplían o no con los requisitos establecidos en el mismo¹⁰⁸⁵; cuestión esta que se veía especialmente acusada en el caso de los pools de riesgo.

El principal problema que las aseguradoras parecían encontrar en este sentido giraba en torno a la definición de sus respectivos mercados de productos y mercados geográficos de referencia, pues, a juicio de las compañías aseguradoras, ni el Reglamento 358/2003 ni ningún otro instrumento jurídico ofrecía una solución sobre tal extremo. Al respecto, la Comisión aclaraba que, tanto la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia de 1997¹⁰⁸⁶ como las decisiones de la Comisión y las cartas administrativas referentes al sector de los seguros podían servir de orientación para tal fin¹⁰⁸⁷; instrumentos que, en la actualidad, son los empleados tanto por las empresas como por las autoridades de la competencia para efectuar su evaluación.

Que las compañías aseguradoras infravalorasen la autoevaluación exigida constituía, sin duda, un aspecto enormemente negativo. Sin embargo, no parece que esta cuestión de extrema gravedad (pues la existencia de un Reglamento de exención en modo alguno eliminaba la autoevaluación que debía ser efectuada por las empresas a los efectos de verificar si un concreto pool entraba dentro de su alcance) fuera tenida en

¹⁰⁸⁵ Informe relativo a la aplicación del Reglamento 358/2003, §32.

¹⁰⁸⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (*OJ C 372, 9.12.1997*).

¹⁰⁸⁷ *Vid.* Informe relativo a la aplicación del Reglamento 358/2003, §21. Qué debía entenderse por “nuevos riesgos” era, también, una cuestión controvertida. Sobre este aspecto, no obstante, se volverá más adelante con mayor detalle.

cuenta en la redacción final del Reglamento 267/2010.

Por otra parte, esta ausencia de autoevaluación en relación con los pools de riesgo conduce a reflexionar sobre si, efectivamente, los Reglamentos de exención eran útiles y adecuados toda vez que, en la praxis aseguradora, no eran aplicados correctamente. ¿Cómo puede afirmarse que un instrumento jurídico es efectivo si, en realidad, no es aplicado por sus destinatarios? ¿Hasta qué punto son válidas las conclusiones que se pueden extraer de los informes de seguimiento efectuados por la Comisión si los Reglamentos no eran aplicados adecuadamente?

En definitiva, si bien la renovación del Reglamento de exención en el año 2003 podría estar justificada, no parece que la misma afirmación pueda sostenerse en relación con el Reglamento 267/2010, máxime, habida cuenta del nuevo paradigma implantado en la normativa antitrust a través de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 en el año 2004.

Ahora bien, y como se detallará a continuación, resulta llamativo que los argumentos que en su día justificaron la no renovación de la exención para las condiciones tipo de las pólizas y los dispositivos de seguridad¹⁰⁸⁸ fueran los mismos que motivaron la no renovación del Reglamento 267/2010, poniendo, así, fin a un régimen de aplicación específico que había amparado al sector asegurador durante más de dos décadas.

¹⁰⁸⁸ Estos son la no exclusividad del desarrollo de ciertas prácticas en el sector asegurador, así como la existencia de otros instrumentos menos restrictivos de la competencia cuyos objetivos legitimasen la colaboración entre competidores.

2.3.1 La extinción de la exención por categorías en el sector asegurador

El Informe sobre la aplicación del Reglamento 267/2010 elaborado por la Comisión Europea¹⁰⁸⁹ (en adelante el “Informe sobre la aplicación del Reglamento 267/2010”) se erigía como una pieza esencial de cara a valorar los posibles cuatro escenarios que se planteaban para la Comisión Europea, en atención a cada una de las categorías exentas, una vez llegara el vencimiento del referido instrumento: renovarlo en su totalidad, renovarlo parcialmente, modificarlo o no proceder a su renovación.

Respecto a los acuerdos relativos a intercambios de información, estos se seguían justificando con base en los mismos motivos que sus predecesores: dado que ningún asegurador poseía datos estadísticos suficientes para llevar a cabo cálculos precisos sobre el riesgo, a través del intercambio de información en forma de recopilaciones, tablas y estudios conjuntos, era posible cotejar estadísticas más fiables, permitiendo a las compañías evaluar los riesgos de manera más precisa. La necesidad de la colaboración en estos términos, pues, se seguía observando como un elemento esencial para la mejora de la eficiencia del mercado asegurador.

Junto a lo antedicho, es preciso traer a colación que, dado que la entrada en vigor de la Directiva Solvencia II ordenaba la adopción de un enfoque basado en el riesgo económico que incentivase su correcta

¹⁰⁸⁹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento del Reglamento (UE) n.º 267/2010 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, (COM (2016) 153 final).

evaluación y gestión por parte de las empresas de seguros y de reaseguro, permitir estos intercambios informativos no solo era imprescindible a efectos de favorecer un mercado más competitivo y eficiente, sino que, asimismo, indirectamente coadyuvaba con en el cumplimiento del mandato establecido en la normativa sectorial.¹⁰⁹⁰

Ahora bien, pese a las reticencias vacías de contenido remitidas por parte de los interesados participantes en los trabajos preparatorios¹⁰⁹¹, la Comisión entendía que no procedía recurrir a un instrumento jurídico tan restrictivo como un Reglamento de exención de cara a seguir facilitando este tipo de colaboración, máxime habida cuenta de la existencia de dos instrumentos jurídicos, uno de carácter general (las Directrices Horizontales de 2011) y otro específico del mercado asegurador (la ya referida Comunicación del año 2010)¹⁰⁹² que podían ser útiles para el mismo fin. Ambos instrumentos jurídicos de derecho blando (“soft law”) que favorecen una aplicación de la normativa antitrust de manera mucho más flexible y adaptada al enfoque más económico que exige esta disciplina.

¹⁰⁹⁰ GÓMEZ SANTOS, M., “De la exención a la autoevaluación en el sector asegurador: pasado, presente y lo que está por venir”, *op.cit.*, p.138.

¹⁰⁹¹ Fundamente alegaban que: (i) la no renovación generaría inseguridad jurídica con respecto a la admisibilidad de la colaboración; (ii) las Directrices Horizontales de 2011 no ofrecían una orientación adecuada para la autoevaluación; (iii) no renovar el Reglamento implicaría perjudicar la entrada al mercado de los operadores de menor tamaño y, (iv) si se divulgaba menos información relativa a los riesgos, se podría ver mermada la confianza en el cálculo de sus pasivos, lo cual podría comprometer la constitución de reservas suficientes para inseguridades y pasivos contingentes. *Vid.* Informe sobre la aplicación del Reglamento 267/2010, §23-26.

¹⁰⁹² Informe sobre la aplicación del Reglamento 267/2010, §33.

Por lo que se refiere a los pools de riesgo, las principales herramientas para efectuar el análisis fueron los dos estudios encargados por la Comisión Europea en el marco de los trabajos preparatorios relativos a la renovación del Reglamento 267/2010: uno, el Informe de Ernst & Young realizado en el año 2014¹⁰⁹³; otro, el elaborado por la consultora Europe Economics en el año 2016¹⁰⁹⁴.

Hasta el momento, a través del Reglamento 267/2010 (y en Reglamentos anteriores) se había venido exencionado a aquellos pools de riesgo que cumpliesen ciertas condiciones.¹⁰⁹⁵ Sin embargo, a la luz de los estudios realizados, se constataban dos hechos relevantes a los efectos de valorar la eventual renovación del Reglamento 267/2010 relativa a esta categoría. El primero, la creciente presencia en el mercado de formas alternativas más competitivas capaces de dar cobertura a los riesgos que, tradicionalmente, eran cubiertos por los pools de riesgos; el segundo, que la industria aseguradora no era la única en la cual las empresas competidoras tendían a colaborar en proyectos específicos de gran magnitud con el fin de repartir los costes y los riesgos.

¹⁰⁹³ ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit.

¹⁰⁹⁴ EUROPE ECONOMICS, *Different forms of cooperation between insurance companies (...)*, op.cit. Nótese, no obstante, que el referido Estudio de 2016 únicamente se centra en analizar riesgos no convencionales de la rama no vida, por lo que sus conclusiones son exclusivamente atribuibles al mercado de dichos seguros; estos son, esencialmente, el mercado de seguros para la cobertura de ciberriesgos, catástrofes naturales, accidentes nucleares, terrorismo y daño ecológico.

¹⁰⁹⁵ En términos generales, condiciones relativas a su funcionamiento, así como al umbral de la cuota de mercado que representasen conjuntamente sus participantes, a excepción de aquellas agrupaciones cuyo objeto principal consistiera en dar cobertura a los denominados “riesgos nuevos”, en las cuales no sería aplicable ningún tipo de umbral durante los tres primeros años de su puesta en marcha.

No obstante lo anterior, en ambos trabajos se seguía reconociendo la imperiosa necesidad de proteger este tipo de colaboración entre aseguradoras competidoras toda vez que era imposible dar cobertura de manera individual a los riesgos cubiertos por los pools y que, a la postre, su presencia en el mercado redundaba en un beneficio colectivo.¹⁰⁹⁶

Ahora bien, pese a confirmar la existencia de esta especial necesidad de colaboración en el ámbito asegurador, el Informe sobre la aplicación del Reglamento 267/2010 ponía en valor otros dos hechos que, de manera definitiva, marcaron la decisión final a efectos de no renovar el referido Reglamento en relación con las agrupaciones de riesgos. De un lado que, tras las consultas realizadas a las partes interesadas, ninguna había aportado pruebas concretas que sustentasen qué efectos negativos podría ocasionar una eventual no renovación de la exención relativa a los pools de riesgo¹⁰⁹⁷; de otro, que esta vez la Comisión sí llamaba la atención sobre la falta de autoevaluación llevada a cabo por las compañías afectadas, las cuales se limitaban a presuponer que cumplían con los requisitos exigidos en el Reglamento 267/2010 sin entrar en mayores averiguaciones¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ Informe sobre la aplicación del Reglamento 267/2010, §20 y §19, respectivamente.

¹⁰⁹⁷ Informe sobre la aplicación del Reglamento 267/2010, §35.

¹⁰⁹⁸ Informe sobre la aplicación del Reglamento 267/2010, §38. Nótese, en relación con este último aspecto, que el mismo ya había sido puesto de manifiesto por la Comisión en los trabajos preparatorios del Reglamento 358/2003 sin que ello supusiera mayor preocupación al respecto.

CAPÍTULO 3.- EVALUACIÓN DE LA COLABORACIÓN HORIZONTAL EN EL SECTOR ASEGURADOR

1. Cuestiones previas a todo tipo de colaboración horizontal en el sector asegurador: la autoevaluación como norma general

En los Capítulos precedentes se ha abordado cómo la colaboración entre empresas competidoras se expresa con mayor intensidad en la industria aseguradora que en la mayoría de los sectores económicos haciendo de esta una elemento necesario para su correcto funcionamiento; especial necesidad que, hasta el pasado 31 de marzo de 2017, ha servido como argumento básico para justificar la renovación de los sucesivos Reglamentos de exención por categorías en el sector asegurador, concretamente aquellas referidas a ciertos intercambios informativos y a los pools de riesgo.

Ahora bien, como ya se ha dejado apuntado, que la Comisión Europea no haya procedido a renovar el último Reglamento de exención (i) en ningún caso supone que deba ponerse freno a estas conductas colaborativas que, tradicionalmente, han sido llevadas a cabo en el sector asegurador, (ii) ni ello implica que, con anterioridad, estas prácticas no fuesen igualmente lícitas. El único elemento que varía es la técnica jurídica empleada para conseguir el mismo fin: permitir, bajo determinadas circunstancias y frente a la prohibición general, determinadas conductas colaborativas entre entidades competidoras. Y no solo a efectos de lograr que el sector asegurador funcione correctamente, sino para que este lo haga de manera más eficiente, beneficiando, a su vez, a la economía en su

conjunto.¹⁰⁹⁹ Precisamente este último aspecto, la protección y fomento de la eficiencia en el sector asegurador a través de la enervación de la prohibición general contenida en el artículo 101.1 TFUE, será el núcleo central sobre el cual pivote esta Parte IV.

En función de las distintas técnicas jurídicas empleadas por la Comisión Europea, pueden distinguirse cuatro etapas en las cuales la colaboración para el intercambio de información y los pools de riesgo ha sido permitida en la industria aseguradora.

En un principio, la solución fue la más radical de todas las posibles: excluir (mejor dicho, no incluir expresamente) la aplicación de la defensa de la competencia en el sector asegurador. El cambio de paradigma se produjo a raíz de la sentencia recaída en el “Asunto (45/85) Verband der Sachversicherer”; sentencia que, como ya se ha mencionado, declaraba sin ambages la aplicación de la normativa antitrust en el sector asegurador y, en su virtud, obligaba a las entidades aseguradoras a solicitar la autorización de exención individual para poder seguir llevando a cabo este tipo de colaboración, colapsando, así, los servicios de la Comisión.

Ante el aluvión de solicitudes recibidas, se recurrió a otro tipo de instrumentos informales (*comfort letters* o cartas administrativas) a fin de obtener la exención individual, mitigando, así, tanto la elevada carga

¹⁰⁹⁹ Antes ya nos hemos referido a la necesidad del intercambio de información en el sector asegurador para su propia existencia, así como a la necesaria existencia de estructuras organizativas en el mercado asegurador a fin de dar cobertura en común a ciertos riesgos que, manera individual, sería imposible asegurar.

burocrática como los costosos procedimientos que implicaban estas notificaciones para la propia Comisión. Verificado que el sistema no resultaba muy eficiente, en el año 1991 la Comisión fue habilitada para publicar Reglamentos de exención por categorías que permitieran desbloquear tal situación; en total han sido tres: el primero en el año 1992, el segundo en 2003 y el último en 2010, vigente este hasta el 31 de marzo de 2017. Tras esta fecha y varios estudios económicos y jurídicos al respecto, se abrió paso a un nuevo sistema para proceder a evaluar estos tipos de colaboración: la autoevaluación como normal general.

Con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 se alteraba la metodología empleada por la Comisión hasta ese momento pasándose, de un sistema de control *a priori*, a un régimen de control *a posteriori* que exigía a las empresas y asociaciones empresariales evaluar los aspectos tanto anticompetitivos como procompetitivos resultantes de los acuerdos, decisiones o prácticas examinadas. Así pues, tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, se obligaba a los propios operadores económicos a autoevaluar todo acuerdo, decisión empresarial o práctica concertada del cual formaran parte: primero, comprobando si estos caían dentro del ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE para, posteriormente, analizar si podían acogerse a la exención legal recogida en el art. 101.3 TFUE.

Lo antedicho en términos generales. Ahora bien, en el momento de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, se hallaban en vigor varios Reglamentos de exención por categorías en algunos sectores, como el asegurador, que procuraban una exención automática bajo determinados supuestos; exención que, pese a ser automática, no eximía a los operadores

de tener que autoevaluar, primeramente, si cumplían o no los requisitos impuestos en sus respectivos Reglamentos.

En virtud de lo antedicho, en ningún caso puede considerarse que el alcance del sistema de autoevaluación sea un instrumento jurídico desconocido para el sector asegurador pues esta metodología ha venido siendo preceptiva en todos los acuerdos que: (i) pese a estar exentos con base en el Reglamento de exención, requerían verificar, previamente, si cumplían con los requisitos exigidos en el mismo; (ii) no entraban dentro de ninguna de las categorías exentas y (iii) en aquellos acuerdos que, perteneciendo a las categorías exentas, no reunían todas las condiciones para beneficiarse de la exención.

Así las cosas, tras la extinción del sistema de exenciones por categorías que hacía de la industria aseguradora uno de los escasos sectores económicos en los cuales esta metodología de evaluación seguía vigente¹¹⁰⁰, actualmente, el único instrumento jurídico específico para realizar la autoevaluación por parte de las aseguradoras que pretendan colaborar con otras entidades competidoras es la Comunicación de 2010; Comunicación que, a su vez, explicita que tanto las cartas administrativas como la experiencia acumulada tanto por las autoridades de la competencia como por las propias compañías aseguradoras y las decisiones de la

¹¹⁰⁰ El asegurador es uno de los tres sectores que, durante los últimos años, junto con el sector del transporte marítimo de línea regular y el de la distribución y mantenimiento de vehículos automóviles, se ha beneficiado de la existencia de un Reglamento de exención por categorías propio.

Comisión recaídas en materia de seguros pueden servir, perfectamente, como instrumentos orientativos de cara a efectuar la autoevaluación.¹¹⁰¹

Además de estas herramientas jurídicas específicas del sector asegurador, otras de carácter general, a saber, las Directrices Horizontales de 2011 y la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia de 1997, sirven de cierre al conjunto de instrumentos jurídicos necesarios para proceder a la evaluación en materia de intercambios de información, mientras que, en relación con los pools de riesgo, resulta necesario, asimismo, acudir al Reglamento de exención 1218/2010 de la Comisión¹¹⁰².

Partiendo de los referidos instrumentos, tanto en el presente como el siguiente Capítulo, se procederá a realizar un análisis sobre la actual metodología que habrá de emplearse para evaluar las dos concretas prácticas de colaboración entre aseguradoras competidoras objeto de estudio en el presente trabajo: los intercambios de información y los pools de riesgo. A mayores, y en aras de conectar la actual evaluación antitrust de estas dos concretas formas de colaboración en el asegurador con el fenómeno de la red empresarial, se añadirán, al final de cada Capítulo, una serie de consideraciones que parece necesario tener en cuenta con el objetivo de aportar un enfoque en clave de red a dicha evaluación.

¹¹⁰¹ *Vid.* Informe relativo a la aplicación del Reglamento 358/2003, §21.

¹¹⁰² Procede observar el referido Reglamento de exención 1218/2010 toda vez que los pools de riesgo, tal y como se tendrá la ocasión de analizar con detalle en el Capítulo oportuno, son calificados desde la lógica de la normativa antitrust como “acuerdos de producción en común”.

2. Evaluación de los intercambios de información

Los intercambios de información entre competidores pueden sistematizarse, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, en tres grandes bloques: (i) aquellos cuya función económica principal consiste en el trasvase de información propiamente dicho (“intercambios informativos puros” o “redes informativas”); (ii) los intercambios de información que se producen en el contexto de un acuerdo de colaboración horizontal más amplio; intercambios que, por su parte, son calificados como accesorios a un acuerdo de naturaleza principal (“intercambios informativos accesorios”) y (iii) aquellos intercambios de información que forman parte de la actividad desarrollada en el seno de un cártel.

Así las cosas, a excepción del análisis relativo a los intercambios informativos producidos en el seno de un cártel por los motivos en su momento aducidos¹¹⁰³, se abordará, a continuación, qué metodología jurídica será la empleada a fin de evaluar el impacto sobre la competencia de, en primer lugar, los intercambios informativos puros y, en segundo, de los intercambios informativos accesorios.

2.1 Intercambios informativos puros: metodología de análisis

¹¹⁰³En la práctica, señalar que la importancia de los intercambios de información que constituyen el objeto de un cártel reside, principalmente, en la posible aplicación del programa de clemencia. *Vid.* WARD, A., LAVANDEIRA SUÁREZ, P., “Los intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y su calificación como infracciones “por objeto””, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Nº 95, 2015, p. 43.

La sección segunda de las Directrices Horizontales de 2011 establece las pautas que habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de efectuar la evaluación de los intercambios de información entre competidores¹¹⁰⁴. Una guía detallada y exhaustiva que recoge la experiencia lograda tanto por las autoridades de competencia como los tribunales europeos a lo largo de varias décadas que, si bien es merecedora de un profundo desarrollo, será parcialmente abordada por razones de espacio y sistemática, haciendo, no obstante, especial hincapié en aquellos aspectos relativos a los intercambios de información puros más relevantes desde la perspectiva de la práctica aseguradora¹¹⁰⁵.

Por lo que se refiere a la práctica española, los criterios de valoración empleados por las distintas autoridades de competencia y los tribunales nacionales coinciden, esencialmente, con los parámetros empleados en la práctica europea: las características de la información trasvasada y el contexto del mercado relevante¹¹⁰⁶; de aquí que, salvo los supuestos en los que así se mencione, no proceda hacer mayor inciso al respecto sobre la normativa nacional.

¹¹⁰⁴ En la actualidad, el instrumento empleado para la evaluación antitrust de los intercambios informativos es el señalado, las Directrices Horizontales de 2011. Ahora bien, no es el primero en el cual este tipo de prácticas han sido tratadas. Así, la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos, decisiones, y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas (*OJ C 75, 29.7.1968, p. 3-6*) ya ponía de manifiesto que los intercambios de información podían restringir la competencia. Por su parte, no obstante señalar que las Directrices Horizontales de 2001 (Comunicación de la Comisión — Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, *OJ C 3, 6.1.2001, pp. 2-30, §10*) excluían expresamente el tratamiento de los intercambios informativos entre competidores.

¹¹⁰⁵ Concretamente, aquellos intercambios analizados en la Parte III.

¹¹⁰⁶ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*, Tirant Lo Blanch, 2013, p.194.

La metodología de análisis establecida en las Directrices Horizontales sobre los intercambios de información se articula en dos fases.

En primer lugar, el objetivo será comprobar si, como consecuencia de la realización de los intercambios de información entre competidores, surgen restricciones de la competencia que puedan afectar significativamente al comercio entre los Estados miembro, ya sea por objeto o por efecto. Si del análisis realizado se infiere que los intercambios de información en cuestión restringen la competencia por objeto, estos serán nulos de pleno derecho (ex art. 1.2 TFUE), no siendo necesario realizar mayores averiguaciones al respecto.

En caso de concluir que las restricciones son por efecto, procederá iniciar una segunda fase en la cual será preciso evaluar los flujos informativos atendiendo a las características de la información intercambiada y a las condiciones de mercado en las que estos se incardinan. Por último, solo cuando se haya confirmado que, efectivamente, ese intercambio informativo restringe por efecto la efectiva competencia, se puede determinar si los efectos procompetitivos generados por el mismo superan a sus efectos restrictivos; inciso este último en el cual se pondrá de relieve la importancia de la colaboración horizontal en relación con el intercambio de determinada información en el sector asegurador, entendida esta en términos de eficiencia.

Al análisis pormenorizado sobre todas estas cuestiones, referidas

tanto a la primera como a la segunda fase y haciendo especial hincapié en la evaluación de los aspectos procompetitivos, nos referiremos en los epígrafes subsiguientes.

2.1.1 Evaluación con arreglo al artículo 101.1 TFUE

2.1.1.1 Intercambios de información y concertación de voluntades

El primer bloque de pautas dadas en la sección segunda de las Directrices Horizontales viene referido a las circunstancias en las cuales los intercambios de información implican una concertación de voluntades, sea cual fuere la forma que adopte¹¹⁰⁷. Este es el requisito básico que sirve como punto de partida a los efectos de determinar si es aplicable o no el artículo 101 TFUE. *A contrario sensu*, en ausencia de cualquier tipo de concertación, el intercambio informativo quedará fuera del ámbito de aplicación del 101 TFUE.¹¹⁰⁸

Por su parte, más controvertida parece ser la calificación como práctica concertada en el caso de anuncios a través de los cuales, unilateralmente, una compañía revele información estratégica que pueda influir en el comportamiento de sus competidores.¹¹⁰⁹ En este supuesto, el

¹¹⁰⁷ Directrices Horizontales, §57.

¹¹⁰⁸ Tal sería el caso, por ejemplo, de una aseguradora que contratase los servicios profesionales de una empresa especializada en la investigación de mercados con la finalidad de desarrollar políticas comerciales más competitivas sobre determinados productos de seguro a través de la monitorización del comportamiento de sus competidoras por parte de dicha consultora y no de la propia entidad.

¹¹⁰⁹ No obstante, nótese que, conforme a lo dispuesto en las Directrices Horizontales, §61, ello no implica la exclusión del derecho de las compañías a adaptarse a la

intercambio informativo puede ser calificado como una práctica concertada si reduce para todos los competidores implicados la incertidumbre estratégica en cuanto a la operación futura del mercado e incrementa el riesgo de disminución de la competencia.¹¹¹⁰ Ahora bien, si el anuncio se realiza de forma unilateral y verdaderamente pública, este no suele constituir una práctica concertada, aunque existen supuestos en los que es posible que esta unilateralidad se desnaturalice cuando el anuncio vaya seguido de otras manifestaciones por parte de los competidores; manifestaciones que, por su parte, pueden ser interpretadas como respuestas a un anuncio previo.¹¹¹¹

Las Directrices Horizontales señalan, asimismo, que los intercambios de información pueden constituir una práctica concertada si reducen la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando la colusión. Es decir, si los datos intercambiados son estratégicos, puede generarse una situación equivalente a la que existiría en un escenario de concertación dado que, a la postre, el resultado sería similar: se reduciría la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuirían los incentivos para competir.¹¹¹²

Además de la consideración del intercambio informativo como un acuerdo, práctica concertada o decisión empresarial, resulta necesario que este produzca restricciones en la competencia, ya sean por objeto o por

conducta prevista de sus competidores siempre dicho comportamiento tenga como fin último competir en el mercado.

¹¹¹⁰ Directrices Horizontales, §61.

¹¹¹¹ Directrices Horizontales, §63.

¹¹¹² Directrices Horizontales, §61.

efecto. Ello es así puesto que su calificación como acuerdo, práctica concertada o decisión tomada en el seno de una asociación de empresas no prejuzga si el intercambio de información supone una restricción a la libre competencia¹¹¹³; restricciones que, por su parte, se identifican con la aparición o afianzamiento de la alineación del comportamiento competitivo entre las empresas¹¹¹⁴ así como con el cierre del mercado¹¹¹⁵.

2.1.1.2 Restricciones de la competencia por objeto

Hasta la sentencia recaída en el asunto *T-Mobile*¹¹¹⁶, tradicionalmente, tanto a nivel nacional como europeo, los intercambios de información habían venido siendo analizados desde la perspectiva de sus potenciales efectos restrictivos de la competencia. Dicha sentencia supuso un giro en el tratamiento de los intercambios de información pues, por vez primera, y separándose de la línea jurisprudencial existente hasta

¹¹¹³ Directrices Horizontales, §60.

¹¹¹⁴ Directrices Horizontales, §65-68.

¹¹¹⁵ Directrices Horizontales, §69-71.

¹¹¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV vs Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Asunto C-8/08, (ECLI:EU:C:2009:343), §43: “ (...) una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, cuando por su contenido y su objetivo, y teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, es apta para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común de manera concreta. A estos efectos, no es necesario que se impida, restrinja o falsee efectivamente el juego de la competencia ni que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios al consumo final. El intercambio de información entre competidores tendrá un objetivo contrario a la competencia cuando sea apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes.”

el momento¹¹¹⁷, el TJUE concluía que estos podían ser constitutivos de restricciones por objeto.

Admitida la posibilidad de calificar los intercambios de información como restricciones por objeto, las Directrices Horizontales marcan los criterios que habrán de ser tenidos en cuenta a fin de identificar, individualmente y frente a aplicaciones automáticas, aquellos intercambios susceptibles de ser encajados en las restricciones por objeto.¹¹¹⁸ Así las cosas, las Directrices Horizontales determinan, expresamente, que cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia será considerado como una restricción de la competencia por el objeto.¹¹¹⁹

El núcleo central gira en torno a que el intercambio de información permita reducir la incertidumbre sobre el comportamiento previsible de los competidores a cada uno de los participantes en el intercambio y cuya finalidad sea generar un escenario en el cual las naturales condiciones de la competencia en el mercado se vean alteradas.¹¹²⁰ En este sentido, las

¹¹¹⁷Sin duda el caso paradigmático en tal sentido es *John Deere* - Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de mayo de 1998, *John Deere Ltd vs Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto C-7/95 P (ECLI:EU:C:1998:256).

¹¹¹⁸ Cuestión esta puesta de manifiesto en la Sentencia del TJUE, de 11 de septiembre de 2014, *Groupement des cartes bancaires vs European Commission*, Asunto C-67/2013 (ECLI:EU:C:2014:2204).

¹¹¹⁹ Directrices Horizontales, §72.

¹¹²⁰ En este sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de marzo de 2015, *Dole Food Company, Inc. y Dole Fresh Fruit Europe vs Comisión Europea*, Asunto *Bananas C-286/13 P* (ECLI:EU:C:2015:184), §134; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV y Vodafone Libertel NV vs Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Asunto C-8/08, (ECLI:EU:C:2009:343), §35 y jurisprudencia citada.

Directrices Horizontales hacen referencia expresa a que los intercambios de datos individualizados sobre los precios o cantidades entre competidores¹¹²¹ previstos en el futuro deben considerarse una restricción de la competencia por el objeto puesto que, en términos generales, estos intercambios informativos, cuando son privados, suelen desembocar en resultados colusorios (cárteles) y, como tales, deben ser multados.¹¹²²

2.1.1.3 Restricciones de la competencia por efecto

Continuando con la metodología fijada por la Comisión Europea en las Directrices Horizontales, todos aquellos intercambios que sean calificados como conductas restrictivas por el objeto han de analizarse individualmente desde la perspectiva de sus efectos restrictivos potenciales o actuales sobre la competencia. En su virtud, será preciso evaluar, desde la óptica de los efectos restrictivos, dos tipos de intercambios: (i) aquellos relativos a precios y cantidades no futuros, o lo que es lo mismo, intercambios sobre datos pasados o actuales y aquellos futuros que han sido anunciados pero que no son susceptibles de modificación y (ii) los que hacen referencia a otros parámetros de competencia distintos de los precios y las cantidades, a saber, listas de clientes, costes de producción, volumen de negocios, ventas, riesgos, inversiones, tecnologías empleadas, etc.; intercambios estos últimos que, a diferencia de los anteriores, pueden

¹¹²¹De conformidad con lo explicitado por la Comisión Europea en la nota a pie número 3 del §73 de las Directrices Horizontales, la información sobre cantidades previstas en el futuro puede incluir desde ventas previstas en el futuro, a cuotas de mercado, territorios y ventas a grupos concretos de consumidores.

¹¹²² Directrices Horizontales, §74.

versar tanto sobre datos futuros como presentes.¹¹²³

Las Directrices Horizontales establecen que, de cara a concluir que un intercambio de información produce efectos restrictivos de la competencia, debe ser probable que produzca un impacto negativo apreciable en uno o varios de los parámetros de la competencia tales como el precio, la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación.¹¹²⁴ En este sentido, abordar cómo interfieren esos flujos informativos en el contexto inicial del mercado en cuestión resulta crucial a efectos de evaluar su posible impacto negativo, siendo necesario, para ello, profundizar tanto en las características de la información intercambiada como en las condiciones del mercado en las que estos se den;¹¹²⁵ aspectos ambos que serán examinados a continuación.

a) Características de la información intercambiada

De conformidad con las Directrices Horizontales, los intercambios entre competidores de aquellos datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado (denominados “intercambios de datos estratégicos”) plantean mayores dificultades desde el punto de vista antitrust que los intercambios de otros tipos de información. Ello es así dado que estos intercambios de datos estratégicos pueden provocar efectos restrictivos de la competencia al reducir la independencia de las partes para

¹¹²³ BENEYTO, J.M., MAÍLLO, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, Bosch, 2017, p. 355.

¹¹²⁴ Directrices Horizontales, §75.

¹¹²⁵ Directrices Horizontales, §76.

tomar decisiones, mermando, a su vez, los incentivos para competir.¹¹²⁶

En términos generales, aquella información intercambiada entre competidores relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda. Junto a las anteriores, otra serie de intercambios de datos (listas de clientes, ventas, capacidades, calidades, riesgos, inversiones, tecnologías, etc.) pueden ser considerados igualmente como información estratégica en función del sector en el que estos se produzcan. Lo relevante, en definitiva, es la utilidad estratégica reportada por esa información en cada caso concreto.¹¹²⁷

Otra característica de la información intercambiada a considerar es su carácter público o confidencial. Para la Comisión Europea, en principio, los únicos intercambios problemáticos son los confidenciales, mientras que los públicos, dado que son accesibles para todos los operadores al mismo coste (o sin coste alguno), no parece que constituyan una infracción del artículo 101.1 TFUE. Ahora bien, para que la anterior afirmación sea válida, la información intercambiada ha de ser “verdaderamente pública”

¹¹²⁶ Directrices Horizontales, §86.

¹¹²⁷ Así, por ejemplo, en el asunto *T-Mobile C-8/08*, durante la celebración de una reunión de representantes de los operadores que ofrecían servicios de telecomunicaciones móviles en el mercado neerlandés, los asistentes intercambiaron información sobre las comisiones abonadas a sus distribuidores; comisiones que, en el caso analizado, eran un elemento determinante a la hora de fijar el precio que, en última instancia, debería pagar el consumidor. Por su parte, en el caso *Cartonboard* se analizaba si el intercambio de listas de precios podría ser considerado como información estratégica. El resultado fue positivo toda vez que la información intercambiada, en el contexto examinado, servía como base para la fijación de los precios facturados a nivel individual que conducía a la colusión. (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de mayo de 1998, *Stora Kopparbergs Bergslags AB vs Commission of the European Communities*, Asunto T-354/94, *ECLI:EU:T:1998:104*).

y su obtención no debe ser más costosa para los compradores y las empresas no participantes en el sistema de intercambio que para las empresas que intercambian la información.¹¹²⁸

Asimismo, pese a que la información inicialmente sea pública y accesible para todos los operadores, con vistas a ser utilizada puede requerir costes adicionales de forma que, pese a ser en origen información pública, en la práctica, su carácter puede verse desnaturalizado y ser susceptible de provocar efectos restrictivos de la competencia.¹¹²⁹

Cuestión distinta es la forma en la que se lleve a cabo el intercambio informativo, es decir, si se hace de manera pública o no. En este sentido, de conformidad con las Directrices Horizontales, la información intercambiada en público puede disminuir la probabilidad de un resultado colusorio en el mercado siempre que las empresas no participantes en el intercambio de información, los competidores potenciales y los compradores estén en condiciones de limitar el posible efecto restrictivo de la competencia; aunque es posible que no siempre sea así.¹¹³⁰

Sobre el carácter confidencial o público de los datos intercambiados, resulta llamativa la Decisión nº. 13.622, de fecha 30 de septiembre de

¹¹²⁸ Directrices Horizontales, §92-93.

¹¹²⁹ Directrices Horizontales, §92. La recolección, sistematización e interpretación de la información pública puede conllevar un elevado coste individual para las empresas que conduzca a la colusión. De aquí que, a través de su tratamiento en el seno de una asociación empresarial, se facilite o se pueda facilitar la coordinación entre competidores miembros que trabajan con los mismos datos procesados por la asociación.

¹¹³⁰ Directrices Horizontales, §94.

2004¹¹³¹, dictada por la Autoridad de la competencia italiana, mediante la cual se resolvía no aplicar la exención contemplada en el Reglamento de exención del sector asegurador al uso de una base de datos empleada por la industria aseguradora italiano denominada “Aequos”. El motivo que llevó a resolver a la “Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato” en tal sentido fue que la adquisición de la base de datos por parte de las compañías de seguros, siendo aquellos de carácter público, equivalía a una práctica concertada para intercambiar horizontalmente información sensible entre ellas. Sin embargo, lo que verdaderamente resultaba llamativo en dicha Decisión era que, partiendo de la base de que la estructura del mercado era moderadamente concentrada y que la información obrante en la base de datos “Aequos” tenía carácter público, incluso en los mercados no oligopolísticos, un intercambio de información podía ser restrictivo de la competencia si se trataba de precios y si los consumidores no se beneficiaban de una mayor transparencia.

Por lo que se refiere al nivel de detalle de la información intercambiada, cuanto más desagregada e individualizada se encuentre esta, más fácil será la aparición de un entendimiento común que facilite la coordinación del comportamiento anticompetitivo entre competidores. Asimismo, si los datos intercambiados están desagregados de tal manera que permiten identificar informaciones individualizadas, se facilita la monitorización y, por consiguiente, la estabilidad y el éxito de la conducta

¹¹³¹ Bollettino settimanale, n° 40/2004, *Provvedimento 1575-RAS-GENERALI / IAMA CONSULTING*.

colusoria.¹¹³²

Imbricado en el sector asegurador, merece la pena destacar un caso (“Motor Insurers”) en el que la agregación/desagregación de los datos intercambiados suscitó un especial interés por la autoridad competente.¹¹³³

En el supuesto de hecho, la extinta “Office of Fair Trading” (la “OFT”) identificó un riesgo elevado de coordinación en los precios del seguro de vehículos a motor entre aquellas compañías aseguradoras que utilizaban la herramienta informática de análisis de mercado denominada “Whatif? Private Motor”. Dicha herramienta permitía a las aseguradoras acceder, no solo a los precios de las primas que ellas mismas proporcionaban a sus corredores, sino también a los precios suministrados por el resto de aseguradoras competidoras que usaban la aplicación. Asimismo, la OFT ponía de manifiesto que eliminar este tipo de intercambios informativos podía situar a las entidades de menor tamaño en una clara desventaja competitiva frente a las de mayor volumen, por lo que entendía que, pese a los efectos lesivos, debía proteger este tipo de intercambios.

A la vista de lo antedicho, la OFT analizó la situación a fin de determinar qué grado mínimo de agregación de la información

¹¹³² Directrices Horizontales, §89. Si bien lo antedicho resulta totalmente aplicable en la evaluación de intercambios de información puros en el sector asegurador, no es válido en el contexto de un oligopolio muy restringido, puesto que bastaría con saber que uno de los operadores se ha desviado del resultado colusorio, sin que fuera relevante determinar su identidad, para adoptar represalias en el conjunto del mercado.

¹¹³³ *OFT 1301*, Notice of intention to accept binding commitments to modify a data exchange tool used by Motor Insurers, on January 2011.

intercambiada era exigible de cara a evitar incurrir en efectos restrictivos de la competencia, estableciendo, finalmente, en al menos cinco las entidades cuyos datos agregados podían ser intercambiados entre el total de los participantes.

En otro orden de cosas, el nivel de actualización de la información intercambiada es, asimismo, un factor determinante a efectos de evaluar su posible efecto restrictivo en la competencia. En función de su antigüedad, los datos pueden clasificarse en tres grupos: datos históricos, datos actuales y datos futuros. Por lo que se refiere al intercambio de datos futuros, si además estos son estratégicos, serán considerados como restricciones por objeto y no por efecto, de aquí que proceda centrarnos, exclusivamente, en los dos últimos: los flujos informativos relativos a datos históricos y los actuales.

Respecto de los primeros, las Directrices Horizontales apuntan que no es probable que el intercambio de datos históricos dé lugar a un resultado colusorio dado que no parece que estos datos sean indicativos de la conducta futura de los competidores, faciliten su coordinación en el mercado o simplifiquen la monitorización de eventuales desviaciones.¹¹³⁴ El problema surge, por tanto, en torno a la delimitación de los datos históricos frente a los datos actuales; en otras palabras, la dificultad es determinar qué antigüedad deben tener los datos para que sean considerados como históricos de modo que no supongan un riesgo para la competencia.

¹¹³⁴ Directrices Horizontales, §90.

En tal sentido, las Directrices Horizontales señalan que la determinación del grado de antigüedad de los datos dependerá de las características específicas del mercado de referencia (es decir, su estabilidad y transparencia) y, en particular, de la frecuencia de las renegociaciones de precios en el sector. También el tipo de datos trasvasados y su grado de agregación son parámetros esenciales a tener en cuenta en tal sentido.¹¹³⁵

Por lo que se refiere al nivel de actualización de la información intercambiada en el concreto sector asegurador, otro de los aspectos analizados por la OFT en el caso “Motor Insurers” fue determinar a partir de qué antigüedad los datos intercambiados por las aseguradoras a través de la aplicación “*Whatif?Private Motor*” podían ser considerados como datos históricos (y por tanto no problemáticos) y cuáles era susceptibles de provocar restricciones en el mercado. En un principio, la OFT precisó que 36 meses era la antigüedad mínima exigida para considerar que los datos sobre las primas intercambiados fuesen históricos.¹¹³⁶ Sin embargo, en el periodo de consulta, las entidades de menor volumen pusieron de manifiesto que el plazo señalado era excesivo y podría situarlas en desventaja competitiva respecto de las grandes compañías. Tras una revisión ulterior, finalmente la OFT concluyó que establecer como umbral tan solo 6 meses de antigüedad sería suficiente para calificar los datos intercambiados como datos históricos.

¹¹³⁵ Directrices Horizontales, §90.

¹¹³⁶ *OFT 1377*, Notice of intention to modify proposed binding commitments to modify a data exchange tool used by Motor Insurers, September 2011.

Otro elemento a considerar en cuanto a las características de la información intercambiada es la frecuencia con la que se producen los intercambios informativos¹¹³⁷: cuanto más frecuentes sean estos, más fácil será para las empresas adaptar su política comercial a las estrategias de sus competidores y, también, monitorizar las posibles desviaciones, incrementando, a la postre, los riesgos de resultado colusorio. Igualmente, parece que la frecuencia de los intercambios de información susceptibles de facilitar un resultado colusorio en los mercados más inestables ha de ser más intensa, mientras que, en los mercados más estables (con contratos a largo plazo), una frecuencia más baja, incluso un solo intercambio¹¹³⁸, podría bastar para alcanzar un resultado colusorio.

Vinculado al análisis de las características de la información intercambiada, aunque sin formar parte del mismo, *stricto sensu*, el último elemento a tener en cuenta según las Directrices Horizontales es que las empresas implicadas en el concreto intercambio tienen que cubrir “una parte suficientemente amplia del mercado de referencia”. En este contexto, el principal escollo surge en torno a qué debe entenderse por “una parte suficientemente amplia del mercado de referencia”, de aquí que su determinación dependerá, a la postre, de los hechos concretos de cada caso

¹¹³⁷ Directrices Horizontales, §91.

¹¹³⁸ Así, en el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, §59, se afirma que “no cabe excluir, por la estructura del mercado, que una única toma de contacto, como la controvertida en el litigio principal, pueda bastar, en principio, para que las empresas interesadas concierten su comportamiento en el mercado y lleguen, de este modo, a una cooperación práctica, sustrayéndose a la competencia y a los riesgos que ésta implica.”

y del tipo de información intercambiada.¹¹³⁹

b) Condiciones económicas del mercado relevante

Respecto a las condiciones económicas del mercado, las Directrices Horizontales, valiéndose de la experiencia adquirida a través de la Comisión y de la jurisprudencia, señalan que, cuando estos son suficientemente transparentes, concentrados, sencillos, estables y simétricos, resulta más probable que las empresas alcancen un resultado colusorio pues pueden llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación y, además, controlar con éxito las eventuales desviaciones.¹¹⁴⁰

Por lo que se refiere a la transparencia¹¹⁴¹, lo relevante es en qué medida el sistema de intercambio de información puede aumentar el nivel previo de transparencia del mercado. Por su parte, el grado preexistente de transparencia dependerá, entre otras cosas, del número de participantes en el mercado y de la naturaleza de las transacciones. Así pues, en aquellos mercados en los que el nivel de transparencia inicial sea elevado, no parece que el intercambio informativo pueda suponer un riesgo significativo para la competencia. Por el contrario, en los mercados más opacos, los datos intercambiados pueden contribuir a la coordinación entre competidores.

¹¹³⁹ Directrices Horizontales, §88.

¹¹⁴⁰ Directrices Horizontales, §77.

¹¹⁴¹ Directrices Horizontales, §78.

En cuanto a la concentración del mercado¹¹⁴², es más probable que los intercambios de información realizados en el contexto de un mercado olipolístico restringido o de un mercado que presente un elevado grado de concentración produzcan efectos restrictivos sobre la competencia. La lógica que subyace en la anterior afirmación se fundamenta en que, cuanto mayor sea el grado de concentración, más fácil será para las empresas crear y mantener la coordinación de sus comportamientos y detectar posibles desviaciones. Ahora bien, ello no significa que los intercambios de información producidos en el seno de mercados más competitivos sean totalmente inocuos cuando se realizan entre competidores que abarcan una importante cuota del mercado relevante, puesto que, en la práctica, su funcionamiento podría identificarse con el propio de un oligopolio restringido y, por consiguiente, los intercambios de información podrían favorecer un resultado colusorio.¹¹⁴³

Atendiendo al mercado de seguros español, el grado de concentración se muestra especialmente intenso en los ramos de Asistencia sanitaria y decesos, por lo que los intercambios de información entre competidores relativos a estos dos ramos parecen ser los más propensos a generar resultados colusorios. Por el contrario, con base en su bajo grado de concentración, los efectos restrictivos sobre la competencia se antojan menos probables en los intercambios relativos al seguro del ramo

¹¹⁴² Directrices Horizontales, §79.

¹¹⁴³ Así, en el asunto *John Deere*, (T-35/92), que la cuota de mercado combinada de cuatro empresas ascendiese casi hasta el 80% no supuso una dificultad para la Comisión al entender que esta era una cuota suficientemente significativa a efectos de determinar el posible riesgo colusorio.

responsabilidad civil o multirriesgo comercio.¹¹⁴⁴

La complejidad del mercado¹¹⁴⁵, entendida esta como la complejidad presente en la naturaleza del producto o servicio comercializado, constituye otro de los elementos a tener en cuenta de cara a valorar el posible impacto restrictivo de los intercambios puros de información. En este sentido, las Directrices Horizontales señalan que, cuanto más complejo sea el mercado, mayor será el intercambio de información necesario para conseguir la coordinación. Así pues, en el contexto de un mercado de producto único que presenta características homogéneas, el intercambio de información puede facilitar la colusión; si, por el contrario, el mercado viene referido a varios productos con distintas características, no parece que la coordinación de comportamientos entre competidores sea factible y que, en consecuencia, suscite mayores dificultades desde la lógica antitrust.

En este sentido, la industria aseguradora presenta una característica que conviene ser destacada y es que, a pesar de que desde la perspectiva de la demanda los seguros sean percibidos como productos heterogéneos, desde el punto de vista de la oferta estos son homogéneos y poco variados.¹¹⁴⁶ La explicación es sencilla: dado que las aseguradoras son capaces de reorientar de forma inmediata y eficaz la comercialización de

¹¹⁴⁴ MINECO, *Informe 2017. Seguros y Fondos de Pensiones*, 2018.

¹¹⁴⁵ Directrices Horizontales, §80.

¹¹⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Switching of tangible and intangible assets between different insurance products. Studies on issues pertaining to the insurance production process with regard to the application of the Insurance Block Exemption Regulation (IBER)*, Publications Office of the European Union, 2016, p.5.

nuevos productos sin incurrir en gastos significativos¹¹⁴⁷, a pesar de la percepción que puedan tener los tomadores, desde el punto de vista de la oferta, los seguros son un producto único (en función del ramo) que presentan características homogéneas. Por consiguiente, en términos generales, parece probable que el intercambio de información pueda facilitar la colusión habida cuenta de que el seguro es un producto único que presenta características homogéneas.

Por su parte, la estabilidad del mercado determinará, asimismo, la facilidad con la que un intercambio informativo puede provocar un impacto negativo sobre la competencia.¹¹⁴⁸ En mercados estables, la aparición de comportamientos coordinados entre competidores se antoja más probable que en aquellos de naturaleza más inestable. En su virtud, los intercambios de información resultan más problemáticos desde el punto de vista de la defensa de la competencia en mercados de carácter estable y largoplacistas que en aquellos más dinámicos.

A fin de evaluar la estabilidad o inestabilidad del mercado en cuestión, las Directrices Horizontales ofrecen una serie de pautas en tal sentido; así pues, la demanda volátil, el importante crecimiento interno de algunas empresas en el mercado, o la entrada frecuente de nuevas empresas pueden indicar que la situación actual no es lo suficientemente estable para que la coordinación sea probable. Ahora bien, las Directrices Horizontales

¹¹⁴⁷ RUIZ PERIS, J.I., “Mercado relevante”, *Derecho Europeo de la Competencia. Proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Tirant lo Blanch, 2017, p.51.

¹¹⁴⁸ Directrices Horizontales, §81.

admiten que, en ciertos supuestos, el intercambio de información puede tener como fin incrementar la estabilidad en el mercado, facilitando, a la postre, un resultado colusorio en el mercado.

Por lo que atañe al sector asegurador, a diferencia de otros subsectores financieros, parece razonable afirmar que este es un mercado relativamente estable en el que no existen importantes oscilaciones entre la oferta y la demanda¹¹⁴⁹; de aquí que el resultado colusorio de los intercambios de información se antoje probable.

El último factor a examinar es la simetría o asimetría del mercado en el que se producen los intercambios de información.¹¹⁵⁰ Así, cuando el mercado presenta estructuras simétricas, esto es, en aquellos mercados en los que las empresas son homogéneas en términos de costes, demanda, cuotas de mercado, gama de productos, capacidades, etc., resulta más probable que las participantes lleguen a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación, dado que sus incentivos en coludir se encuentran alineados. Sin embargo, las Directrices Horizontales tampoco descartan que, en determinados supuestos, por ejemplo, en los que el intercambio de información tenga como resultado un aumento de la transparencia en los parámetros empleados para calificar un mercado como

¹¹⁴⁹ Durante el periodo 2017, las primas del sector asegurador español disminuyeron en un 0,63%, produciéndose un descenso en el ramo de Vida (-5,33%) y un aumento en el ramo de No Vida (3,76%). En anteriores años, la tónica general ha venido siendo similar: del 1,89% en 2015, del -0,44% en 2014, -2,57% en 2013, -5,42% en 2012. *Vid. Informe 2017. Seguros y Fondos de Pensiones*, MINECO, 2018, p.50. La excepción a esta dinámica se encuentra en el año 2016, con una variación positiva del 13,75%. Sin embargo, se aclara que este desvío fue fruto de una serie de cuestiones coyunturales.

¹¹⁵⁰ Directrices Horizontales, §82.

homogéneo (costes, demanda, cuota de mercado, gama de productos, capacidades, etc.), el intercambio de información también pueda permitir la existencia de un resultado colusorio aun cuando el mercado presente una estructura más asimétrica.

En este sentido, del diferente volumen de las distintas aseguradoras que operan en el mercado español¹¹⁵¹ se puede inferir, de un lado, un importante grado de asimetría entre las mismas (hay algunas muy grandes y muchas muy pequeñas) y, de otro, un cierto nivel de homogeneidad entre aquellas de mayor volumen (fundamentalmente, los grandes grupos aseguradores), pues todas ellas, en términos generales, abarcan cuotas similares en el mercado.

Finalmente, conviene mencionar que el éxito o fracaso de un resultado colusorio dependerá de factores tales como los beneficios que esperan obtener las empresas que forman parte del acuerdo colusorio, la expectativa de perpetuar en el tiempo la realización de la conducta y la posibilidad real de sancionar a aquel operador que se desvíe de la conducta anticompetitiva.¹¹⁵² En este sentido, por lo que se refiere al sector asegurador, habida cuenta de que la mayor parte de los intercambios

¹¹⁵¹ De los datos obtenidos en el Informe sobre la actividad aseguradora durante el periodo 2017 y publicado por la DGSFP, se deduce que hay cinco grandes compañías aseguradoras que ocupan un alto porcentaje de la cuota de mercado asegurador, mientras que hay otras de volumen mucho más reducido, casi ínfimo, que operan en los mismos mercados.

¹¹⁵² Directrices Horizontales, §83-85. Las Directrices Horizontales señalan que, cuanto mayores sean los beneficios que a corto plazo puedan obtener las empresas que se desvíen de la conducta anticompetitiva, cuanto más a largo plazo sea la relación entre las partes que participan de la misma y más sencillo resulte castigar al operador díscolo, mayores serán las dificultades de cara a facilitar el resultado colusorio.

informativos puros –los ahora analizados– se producen en el seno de las asociaciones empresariales propias del sector y a través de empresas de base tecnológica que dan soporte a dichos flujos, parece posible que el resultado colusorio sea fácilmente alcanzable toda vez que ambas estructuras presentan una vocación de permanencia en el largo plazo en el mercado y, como “hubs” informativos que son, tienen más facilidades para detectar y sancionar a aquellos operadores que pudiesen desviarse de la conducta colusoria; todo ello con independencia del beneficio que a corto plazo pudiesen obtener las empresas participantes.¹¹⁵³

2.1.2 Evaluación conforme al artículo 101.3 TFUE

Verificado que un acuerdo, práctica o decisión relativa al intercambio de información entre competidores restringe el juego de la competencia, en ocasiones, y de manera simultánea, estos mismos flujos informativos pueden comportar aspectos procompetitivos; aspectos que, de conformidad con el marco político y económico imperante, merece la pena proteger. Así las cosas, siguiendo la metodología marcada por las Directrices Horizontales, en la última fase de la evaluación antitrust de los intercambios puros de información habrá de analizarse en qué medida estos pueden ser admitidos al cumplir los cuatro requisitos contenidos en

¹¹⁵³ Ahora bien, la mera existencia un intercambio de información en el seno de una asociación no significa que, indefectiblemente, genere una conducta anticompetitiva y que, por consiguiente, caiga dentro de la prohibición general establecida en el art. 101.1 TFUE o el 1.1 LDC, en su caso. “La antijuridicidad del intercambio estará basada en el potencial efecto colusorio que la conducta puede originar.” En LORCA MORALES, T., “El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia”, *op.cit.*, p.5/20 (versión electrónica).

el art. 101.3 TFUE.

Lo antedicho, en cuanto a la metodología. Por lo que se refiere a los criterios de evaluación en sentido estricto, las propias Directrices Horizontales ofrecen las pautas que habrán de tenerse en cuenta a fin de evaluar el cumplimiento de las cuatro condiciones exigidas por el artículo 101.3 TFUE. Ahora bien, dada la parquedad de las mismas, concretamente en relación con la evaluación de la participación de los consumidores en los beneficios resultantes del intercambio de información y la no eliminación de la competencia, resulta necesario acudir a otro instrumento jurídico para completar el análisis¹¹⁵⁴: las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, aplicables a todos los intercambios de información independientemente del sector económico en el que se produzcan.¹¹⁵⁵

A mayores de los dos instrumentos jurídicos antes mencionados, la Comunicación del año 2010¹¹⁵⁶ contempla unas breves notas en torno a cómo habrá de llevarse a cabo la evaluación cuando los intercambios de información no reúnan todas las condiciones para beneficiarse de la exención por categorías, siendo este el escenario actual toda vez que ya no existe ningún Reglamento de exención específico aplicable a la industria

¹¹⁵⁴ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*, op.cit., pp.203-204.

¹¹⁵⁵ Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (*OJ C 101, 27.4.2004*, pp.97-118).

¹¹⁵⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*DO C 82 de 30.3.2010*).

aseguradora.

La Comunicación de 2010 indica que, en primer lugar, es necesario proceder a un análisis individual de esos intercambios con arreglo al artículo 101 del Tratado y, en segundo, remite al marco analítico establecido en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal de la Comisión (en la actualidad, las Directrices Horizontales) para evaluar la compatibilidad de los acuerdos con el artículo 101.3 del Tratado. Sin embargo, aunque exista un instrumento jurídico específico del sector asegurador de cara a evaluar los requisitos del 101.3 TFUE, este, en realidad, no parece que añada ningún criterio de valoración específico o adicional que haya de tenerse en cuenta por cuanto que remite al marco normativo aplicable a todo tipo de intercambio de información. Si bien la Comunicación de 2010 no está vacía de contenido, desde luego, en este extremo, su existencia resulta indiferente.

Por último, conviene remarcar que, vista la no renovación del último Reglamento de exención en vigor propio del sector asegurador, el cambio fundamental producido en lo relativo a la evaluación de los intercambios de información se circunscribe en cómo ha de realizarse la evaluación del art. 101.3 TFUE en dicho sector. Así pues, si hasta el 31 de marzo de 2017 la evaluación del art. 101.3 TFUE era doble¹¹⁵⁷, en la actualidad existe una

¹¹⁵⁷ Así, los acuerdos relativos a (i) la recopilación y distribución conjuntas de la información necesaria para calcular el coste medio de la cobertura de un riesgo determinado en el pasado y, en el ámbito de los seguros que implican un elemento de capitalización, para elaborar tablas de mortalidad y tablas de frecuencia de enfermedades, accidentes e invalidez; (ii) la elaboración conjunta de estudios sobre el

única vía para justificar cualquier tipo de intercambio de información, sea cual fuere su naturaleza y categoría: el régimen general establecido en las Directrices Horizontales.

Desde la praxis, quizás la consecuencia más relevante en este sentido se identifique con la carga de la prueba dado que, a efectos de constatar el cumplimiento de las condiciones incluidas en el artículo 101.3 TFUE, la carga probatoria difiere notablemente atendiendo al tipo de exención invocado por las partes.

En el supuesto de las exenciones individuales, la carga de la prueba de una infracción del art. 101.1 TFUE recae sobre la parte que alega la existencia de la infracción, correspondiendo a la empresa o asociación de empresas que invoquen el amparo de su excepción acreditar que la conducta reúne las condiciones necesarias para acogerse a la misma¹¹⁵⁸.

probable impacto de circunstancias generales externas a las empresas implicadas, bien sobre la frecuencia o el alcance de los siniestros futuros para un riesgo o categoría de riesgos determinados, bien sobre la rentabilidad de distintos tipos de inversión, y la difusión de los resultados de tales estudios, debían ser evaluados conforme a lo dispuesto en el Reglamento de exención 267/2010. Por su parte, aquellos intercambios que no tuvieran por objeto los fines antes enunciados, debían ser evaluados conforme a las Directrices Horizontales.

¹¹⁵⁸SMULDERS, B., “The bifurcated approach and its practical impact on the establishment of harm to competition”, *The notion of restriction of competition. Revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruylant, Brussels, 2017, pp. 61-62. A nivel jurisprudencial *vid.* la *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 7 de enero de 2004*, Aalborg Portland A/S (C-204/00 P), Irish Cement Ltd (C-205/00 P), Ciments français SA (C-211/00 P), Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) y Cementir - Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) vs Comisión de las Comunidades Europeas, *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, (ECLI:EU:C:2004:6), § 78; *MasterCard, Inc. and Others vs European Commission*, Asunto T-111/08, (ECLI:EU:T:2012:260)§196; *Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 27 de septiembre de 2006, GlaxoSmithKline Services Unlimited vs*

Por contra, cuando un acuerdo se haya amparado por un Reglamento de exención, las partes implicadas se ven liberadas de la carga de tener que demostrar que satisfacen los requisitos recogidos en el art. 101.3 TFUE, necesitando probar, exclusivamente, que el concreto acuerdo entra dentro del alcance de aplicación del Reglamento de exención mediante la presentación de argumentos y pruebas convincentes a tal efecto.

De lo anterior se colige que, tras la no renovación del Reglamento de exención 267/2010, tanto las entidades aseguradoras como sus asociaciones empresariales tienen que probar que los acuerdos de colaboración en los que participan cumplen con los requisitos contenidos en el artículo 101.3 TFUE. De aquí que, en relación con los intercambios de información antes amparados bajo el referido Reglamento, resulte mucho más gravoso acogerse a la exención en la actualidad que en el pasado.

Visto cuanto antecede, a continuación, se analizarán los requisitos del artículo 101.3 TFUE cuya observación resulta necesaria de cara a lograr la exención individual: mejoras de la eficiencia, carácter indispensable del acuerdo, participación equitativa de los consumidores en los beneficios obtenidos y que el acuerdo no elimine la competencia en una parte sustancial del mercado.

Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T-168/01, (*ECLI:EU:T:2006:265*), § 235. Art. 2 del Reglamento 1/2003 y art. 50.2 de la Ley de Defensa de la competencia.

2.1.2.1 Mejoras de la eficiencia

En términos generales, por eficiencia se ha de entender que es el “resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas combinan sus activos a fin de realizar algo que no podrían realizar con la misma eficacia por sí solas, o mediante la cual encomiendan a otra empresa tareas que ésta podrá llevar a cabo con mayor eficacia”.¹¹⁵⁹

El cumplimiento de este requisito es, sin duda, el que menos problemas plantea a las entidades aseguradoras, al menos en el concreto supuesto de intercambios de información en forma de recopilaciones, tablas y estudios conjuntos (las categorías tradicionalmente exentas a través del Reglamento de exención). Ello es así toda vez que la propia Comisión Europea ha afirmado en numerosas ocasiones que, en estos concretos intercambios, los aseguradores pueden comparar estadísticas más fiables y llegar a una mejor comprensión de los riesgos asegurados, lo cual, a la postre, les permitirá evaluar los riesgos de manera más fiable. El intercambio de datos estadísticos anteriores conduce, pues, al funcionamiento eficiente del sector de los seguros.¹¹⁶⁰

Por lo que se refiere al resto de intercambios, tampoco parece que estos susciten mayor problema puesto que, desde el punto de vista probatorio, no resulta muy gravoso para las entidades aseguradoras alegar

¹¹⁵⁹ *Vid.* Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (*OJ C 101, 27.4.2004*, pp. 97–118), §60.

¹¹⁶⁰ Informe sobre la aplicación del Reglamento 267/2010, §16.

alguna de las eficiencias recogidas en las Directrices Horizontales. En este sentido, las propias Directrices hacen referencia a la mejora de la eficiencia que puede conllevar para el mercado asegurador el intercambio de información frecuente sobre impagos de clientes y características del riesgo¹¹⁶¹.

Sin perjuicio de lo anterior, otras mejoras de la eficiencia pueden emanar del intercambio informativo entre competidores tales como la orientación de la producción hacia mercados con una elevada demanda o, en el caso de un intercambio de información verdaderamente pública, la reducción de los costes de búsqueda para los consumidores.¹¹⁶²

2.1.2.2 Carácter indispensable

Una vez se han identificado las mejoras de la eficiencia a las que se hacía referencia en el apartado anterior, resulta imprescindible justificar su conexión con las posibles restricciones de la competencia que pudieran surgir a raíz de la materialización de los intercambios informativos.¹¹⁶³ En este sentido, para determinar que un intercambio de información tiene carácter indispensable, las aseguradoras deberán probar que el objeto de los datos, su agregación, su antigüedad, su confidencialidad y su frecuencia, así como la cobertura, entrañan el riesgo mínimo indispensable para generar mejoras en la eficiencia. La cuestión de fondo no consiste,

¹¹⁶¹ Directrices Horizontales, §97.

¹¹⁶² Directrices Horizontales, §95-100.

¹¹⁶³ ESTEVAN DE QUESADA, C., *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*, op.cit., p. 204.

pues, en constatar si, de no haber existido la restricción, el acuerdo no se hubiese celebrado; lo relevante es averiguar si, con el acuerdo o la restricción, se generan, en última instancia, más eficiencias que en su ausencia.¹¹⁶⁴

Imbricado en el sector asegurador, y de manera similar a lo que sucediera con las mejoras de la eficiencia, el carácter indispensable de los acuerdos relativos a la recopilación y distribución conjuntas de la información necesaria para elaborar tablas de mortalidad y tablas de frecuencia de enfermedades, accidentes e invalidez y la elaboración conjunta de estudios sobre ciertos riesgos, ha sido confirmado por la Comisión en varias ocasiones¹¹⁶⁵. De aquí que la prueba del cumplimiento del carácter indispensable que recae sobre las entidades aseguradoras y sus respectivas asociaciones empresariales no parece plantear mayores dificultades.

¹¹⁶⁴ Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (*OJ C 101, 27.4.2004*, pp. 97–118) §74.

¹¹⁶⁵ La indispensabilidad de este tipo de intercambios informativos ha sido puesta de manifiesto por la Comisión Europea, fundamentalmente, tanto en los Reglamentos de exención por categorías del sector asegurador como en los Informes relativos a su aplicación. Por todos y por ser el último, a continuación se extracta el Considerando (9) del Reglamento de exención 267/2010: “La colaboración entre empresas de seguros o en el seno de asociaciones de empresas para recopilar información (que puede también incluir algunos cálculos estadísticos) con vistas al cálculo del coste medio de la cobertura de un riesgo determinado en el pasado o, en el caso de los seguros de vida, a la elaboración de tablas de mortalidad y tablas de frecuencia de enfermedades, accidentes e invalidez, permite mejorar el conocimiento de los riesgos y facilita su evaluación por las distintas empresas. (...) Lo mismo ocurre con los estudios conjuntos sobre el probable impacto de circunstancias externas que pueden incidir en la frecuencia o el alcance de los siniestros o en la rentabilidad de distintos tipos de inversiones. Con todo, es necesario garantizar que dicha colaboración solo quede exenta en la medida en que sea *indispensable* para alcanzar estos objetivos.” (*La cursiva es nuestra*).

A mayores, esta especial necesidad se acusa de manera más intensa aún en el contexto del nuevo marco regulatorio creado por la Directiva Solvencia II. Ello es así dado que el nuevo marco jurídico exige el cumplimiento de requisitos más estrictos con respecto al capital de riesgo, obligando a los aseguradores, indirectamente, a realizar el cálculo de los pasivos basándose en la mejor estimación. De hecho, algún autor ha señalado que, como consecuencia de este nuevo marco regulatorio, se hace necesario para las autoridades de competencia volver a evaluar el sector en su conjunto.¹¹⁶⁶ Por consiguiente, fruto del mandato del legislador, se hace aún más necesaria la colaboración entre empresas competidoras a fin de obtener una información más precisa y exacta de los riesgos y así poder calcular las reservas suficientes en sus respectivos balances financieros.¹¹⁶⁷

2.1.2.3 Participación de los consumidores en los beneficios

Las Directrices Horizontales disponen que, cuanto menor sea el poder de mercado de las partes implicadas en el intercambio de información, más probable es que las mejoras de eficiencia se transmitan a los consumidores¹¹⁶⁸ en una medida que compense los efectos

¹¹⁶⁶OLSEN, G., SCHWARZ, D., “Insurance services and competition law: An overview of EU and national case law”, *National Competition Laws Bulletin*, N° 78289, 17 February 2016, p. 4/7.

¹¹⁶⁷ Informe sobre la aplicación del Reglamento 267/2010, §13 y 17.

¹¹⁶⁸ En el concepto de “consumidor” se entiende para “todos los usuarios directos o indirectos de los productos contemplados en el acuerdo, incluidos los productores que utilizan los productos como ímputo, los mayoristas, los minoristas y los consumidores finales, es decir las personas naturales que operan con objetivos que pueden considerarse fuera de su actividad comercial o profesional. Dicho de otro modo, a efectos del apartado 3 del artículo 81 se entiende por consumidores los clientes de las

restrictivos de la competencia.¹¹⁶⁹ Ahora bien, la parquedad del contenido recogido en las Directrices Horizontales sobre qué elementos habrán de observarse a la hora de evaluar su cumplimiento, hace que, en la práctica, este requisito sea el que más dificultades presente a la hora de ser justificado por las empresas.¹¹⁷⁰ De hecho, al único parámetro al que se hace referencia es al poder de mercado de las partes que participan del acuerdo, sin ofrecer, al respecto, mayores explicaciones en torno a la conexión entre el poder de mercado y los beneficios de los consumidores.¹¹⁷¹

Sin perjuicio de lo antedicho, la propia Comisión Europea afirma que, gracias a los acuerdos relativos a intercambios de información en forma de recopilaciones, tablas y estudios conjuntos en el sector asegurador, los aseguradores pueden cotejar estadísticas más fiables y llegar a una mejor comprensión de los riesgos asegurados, lo cual les permitirá evaluar los riesgos de manera más fiable y, como consecuencia, reducir los márgenes comerciales y, en última instancia, los precios abonados por los consumidores.¹¹⁷² Así pues, en estos concretos intercambios informativos, parece plausible la participación equitativa de

partes del acuerdo y los posteriores compradores.” *Vid.* Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (*OJ C 101, 27.4.2004*, pp. 97–118) §84.

¹¹⁶⁹ Directrices Horizontales, §103.

¹¹⁷⁰ ESTEVAN DE QUESADA, C., “Protección de los consumidores y derecho “antitrust”: la participación de las asociaciones de consumidores en el control de las prácticas colusorias”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 28, 2007-2008, p. 11/24 (versión electrónica).

¹¹⁷¹ En términos generales, sin referirse al concreto sector asegurador, *vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*, op.cit., pp. 204-205.

¹¹⁷² Informe sobre la aplicación del Reglamento 267/2010, §16.

los consumidores¹¹⁷³ en forma de una rebaja del precio de las primas de seguro.

Sin embargo, la anterior deducción operada por la Comisión Europea no parece que sea demasiado sólida toda vez que la consecuencia a la que llega (la reducción del precio de la prima del seguro) se plantea una opción racional para el asegurador desde el punto de vista económico. En realidad, esta no es una consecuencia necesaria e inevitable, sino que se trata, más bien, de una presunción establecida por la propia Comisión que admite prueba en contrario.¹¹⁷⁴ Por ejemplo, una aseguradora puede decidir no ser más competitiva en el mercado en términos de precio e invertir ese mayor beneficio en mejorar la calidad del servicio prestado, en cuyo caso, el beneficio en los consumidores quedaría igualmente justificado, no a través de una mejora en el precio, pero sí a raíz de la mejora de la calidad del servicio.¹¹⁷⁵

¹¹⁷³ Por lo que aquí se refiere, la "participación equitativa" supone que la participación en los beneficios debe al menos compensar a los consumidores por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia observada. *Vid.* Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (*OJ C 101, 27.4.2004*, pp. 97–118), §85.

¹¹⁷⁴ "La Comisión identifica ciertos factores que sin duda tienen relevancia para el análisis de la transmisión de las eficiencias y la compensación a los consumidores, y deduce dicha transmisión de la presencia de esos factores. Aunque según la teoría económica la probabilidad de la transmisión sea mayor o menor según la presencia o no de estos factores, la transmisión en sí es una decisión de la empresa afectada que sólo se puede comprobar en cada caso concreto." *Vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., "Protección de los consumidores y derecho "antitrust": la participación de las asociaciones de consumidores en el control de las prácticas colusorias", *op.cit.*, p. 11/24 (versión electrónica).

¹¹⁷⁵ Este tipo de mejoras se engloba dentro de las denominadas eficiencias cualitativas; eficiencias estas cuya valoración, tal y como es reconocido por la propia Comisión Europea: (i) implica necesariamente un juicio de valor y (ii) sobre las cuales resulta difícil atribuir valores exactos. *Vid.* Comunicación de la Comisión — Directrices

Fuera de los dos supuestos anteriores (mejora del precio o de la calidad), el beneficio generado por las compañías aseguradoras también puede orientarse a distintos fines que nada tienen que ver con la transmisión de cualquier tipo de ventaja para el consumidor, a saber, aumentar sus dividendos, incrementar sus reservas voluntarias, invertir en la creación de nuevos productos y en el desarrollo de nuevas tecnologías, en expandir el negocio a nivel territorial, etc. En estos casos, no parece que produzca una mejora en los consumidores y, por tanto, no se cumpliría con el tercer requisito exigido en el artículo 101.3 TFUE.

2.1.2.4 No eliminación de la competencia

El último de los requisitos exigidos por el artículo 101.3 TFUE es la no eliminación de la competencia de una parte sustancial del mercado. Al respecto, las Directrices Horizontales guardan prácticamente silencio sobre las pautas que habrán de tenerse en cuenta de cara a la valoración de esta condición, siendo necesario, en su ausencia, recurrir al contenido de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. En este sentido, la protección de la rivalidad y del proceso de la competencia goza de prioridad con respecto a las mejoras de eficiencia posiblemente beneficiosas para la competencia que se deriven de acuerdos restrictivos; es decir, que, en último término, el objetivo del artículo 101 TFUE es proteger el proceso competitivo en sí.

relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (*OJ C 101*, 27.4.2004, pp. 97–118), §102-103.

Respecto del sector asegurador, el cumplimiento de este requisito en relación a la evaluación de los acuerdos relativos a la recopilación y distribución conjuntas de la información necesaria para elaborar tablas de mortalidad y tablas de frecuencia de enfermedades, accidentes e invalidez y la elaboración conjunta de estudios sobre ciertos riesgos por parte de las distintas entidades, no parece presentar mayores dificultades. Ello es así puesto que impedir la realización de este tipo de intercambios sería contraproducente, ya no solo desde el punto de vista de la eficiencia o su necesidad para el correcto funcionamiento del sector, sino que excluiría del mercado a aquellas entidades aseguradoras de menor tamaño (puesto que estas no podrían analizar sus riesgos con un nivel adecuado de precisión) y, asimismo, impediría la entrada de nuevos operadores (pues estos no dispondrían de suficiente información sobre los riesgos a asegurar).

En este sentido, el Reglamento de exención 267/2010 establecía que, para entender que el acuerdo relativo a estos intercambios de información se encontraba amparado por el mismo, era necesario incluir una cláusula a través de la cual las partes se comprometieran a poner a disposición de toda empresa de seguros que pidiera una copia de las recopilaciones, las tablas o los resultados de los estudios, incluidas las que no operasen en el mercado geográfico o de productos al que vinieran referidos, en condiciones razonables, asequibles y no discriminatorias.¹¹⁷⁶

Así las cosas, compartir este tipo de información entre las entidades

¹¹⁷⁶ Reglamento 267/2010, §3.2 d).

aseguradoras, además de ser eficiente y necesario para el sector, contribuye a proteger el proceso de la competencia en sí mismo; objetivo este último propugnado por el artículo 101 TFUE.

Por último, y también referido a la industria aseguradora, llamar la atención sobre las importantes barreras de entrada presentes en dicho sector, las cuales, a su vez, habrán de ser tenidas en cuenta a los efectos de justificar el último requisito exigido por el artículo 101.3. TFUE. Estas barreras se identifican con la necesaria obtención de la autorización administrativa previa al desempeño de su objeto social por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, la elevada escala mínima de eficacia existente en comparación con el mercado, la debilidad de los tomadores por cuanto que no pueden introducir en el mercado nuevas fuentes de competencia¹¹⁷⁷ o la ausencia de antecedentes de incorporaciones al mercado asegurador en escala significativa; barreras que, bien consideradas en conjunto o de manera individual, parecen lo suficientemente elevadas como para favorecer la eliminación de la competencia en el sector asegurador.

¹¹⁷⁷En este sentido, cabe poner de manifiesto la irrupción de nuevas modalidades de productos no aseguradores, *stricto sensu*, cuya finalidad no es otra que ofrecer cobertura a distintos riesgos sin la intervención de entidades aseguradoras autorizadas gracias a la implementación de las tecnologías propias de la “sharing economy”. Nos referimos aquí al seguro “peer to peer” (seguro P2P): “un sistema asegurativo en el que son los propios tomadores del seguro quienes, de manera colaborativa, emplean el importe de sus primas para constituir un fondo grupal y con ellos cubrir los gastos ocasionados por los siniestros de otros tomadores. El objetivo es obtener un ahorro en las primas que los tomadores pagan anualmente a las compañías aseguradoras, de modo que cuanto mayor es el grupo, menos capital hay que invertir en el fondo grupal”. En ZORNOZA SOMOLINOS, A., “Peer to peer insurance. Primera aproximación a los seguros entre pares”, *op.cit.*, p. 108.

2.2 Intercambios informativos accesorios

Vista la evaluación de los intercambios de información puros o principales, corresponde ahora analizar cómo habrá de efectuarse el examen de los intercambios informativos accesorios. Ahora bien, lejos de las pautas minuciosamente detalladas por la Comisión Europea a fin de evaluar los primeros, no puede ofrecerse un examen igualmente exhaustivo sobre los intercambios accesorios, toda vez que estos han de ser evaluados en el contexto del acuerdo principal en el que se materialicen aplicando la doctrina de las restricciones accesorias (“ancillary restraints”).

No obstante, en términos generales, las Directrices Horizontales señalan que, cuando un intercambio de información se realice en el contexto de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal y este no va más allá de lo estrictamente necesario para su aplicación, la cobertura del mercado por debajo de los umbrales de cuota de mercado establecidos en el correspondiente capítulo de las propias Directrices, en el Reglamento de exención por categorías (si es que existe) o en la Comunicación *de minimis* aplicable al tipo de acuerdo en cuestión, no tendrá por lo general un alcance suficientemente amplio para dar lugar a efectos restrictivos de la competencia.¹¹⁷⁸

Por su parte, si los intercambios de información se exceden de lo estrictamente necesario para la puesta en marcha de un acuerdo de producción en común, habrá que evaluar, primeramente, su carácter

¹¹⁷⁸ Directrices Horizontales, §88.

restrictivo conforme al epígrafe 2 de las Directrices Horizontales y, en un momento posterior, realizar una valoración conjunta en el contexto del acuerdo principal del cual trae causa. Precisamente, en el contexto del sector asegurador, este inciso tendrá especial importancia de cara a evaluar el posible impacto restrictivo de la competencia de los intercambios de información producidos en el seno de los pools de riesgo y del coaseguro.

También este tipo de intercambios de información accesorios son frecuentes en los denominados convenios de indemnización directa (“Convenio entidades aseguradoras de automóviles para daños materiales” y el “Convenio entre entidades aseguradoras para el recobro de daños diversos y reclamación de daños”) así como otros convenios de colaboración con otros sectores económicos, tales como el “Convenio de asistencia sanitaria del sector privado”, los “Convenios de asistencia sanitaria del sector público”, el “Convenio de emergencias sanitarias” o el “Convenio con el SAMUR”, etc.

En definitiva, el impacto restrictivo de estos intercambios informativos accesorios sobre la competencia se ha de evaluar en el contexto del acuerdo marco en el que se produzcan, de modo que habrá tantas metodologías de evaluación posibles como tipos de acuerdos principales puedan celebrarse entre las aseguradoras.

2.3 Criterios adicionales para la evaluación de los intercambios de información en clave de red

Tal y como se ponía de manifiesto en la Parte I, la defensa de la

competencia ha sido una de las disciplinas en las que antes se han reconocido ciertas particularidades del fenómeno de la red empresarial; enfoque que, por lo que se refiere a los acuerdos restrictivos, puede apreciarse de manera clara en la aprobación de Reglamentos de exención por categorías referidos a ciertos tipos de colaboración y/o cooperación empresarial, en la doctrina de las restricciones accesorias o en las propias Directrices Horizontales.¹¹⁷⁹ Sin embargo, aunque la realidad de la red empresarial se exprese a través de estos instrumentos, lo hace de manera insuficiente, de manera que existe el riesgo de que las particularidades que caracterizan a estas estructuras reticulares no sean tenidas en cuenta. De aquí que resulte necesario matizar ciertos aspectos en el análisis antitrust de estas estructuras a fin de integrar las notas propias de la red empresarial.

Los intercambios de información entre competidores, tal y como se describía en la Parte III, pueden materializarse en dos escenarios bien diferenciados. De un lado, aquellos en los cuales el intercambio informativo se identifica con el objeto principal del acuerdo examinado (intercambios informativos puros); de otro, cuando el flujo informativo se produce en el contexto de un acuerdo principal de mayor alcance, siendo el intercambio de información no un elemento autónomo, sino un elemento necesario para su ejecución (intercambios informativos accesorios). De todas las posibles, la metodología escogida para hacer esta clasificación se corresponde con el criterio establecido en las Directrices Horizontales a fin de evaluar la licitud de los intercambios de información; análisis al cual nos hemos referido a lo largo del presente Capítulo.

¹¹⁷⁹ RUIZ PERIS, J.I., “Cooperación empresarial y Derecho de la competencia”, *op.cit.*, pp. 17-25.

Así las cosas, justificado que los intercambios de información entre competidores se imbrican en el fenómeno de la red empresarial, a continuación se pondrán de relieve aquellos aspectos que parece necesario matizar a la hora de efectuar su evaluación integrando las particulares de la red empresarial.

2.3.1 Intercambios informativos puros

Tal y como se apuntaba en anteriores Capítulos, los intercambios de información horizontales cuya función principal se identifica con el propio trasvase de información conforman auténticas redes empresariales de tipo informativo creadas para generar conocimiento y compartir información entre sus miembros. Referidas al concreto sector asegurador, estas responden a distintos intereses compartidos, a saber, la elaboración de estadísticas comunes de siniestralidad, la creación de ficheros de uso compartido o la realización de estudios de mercado y publicaciones sectoriales.

En términos generales, las redes empresariales otorgan a sus miembros un valor añadido que, a menudo, se identifica con la aparición de una serie de ventajas competitivas en el mercado que pueden expresarse, sin ser exhaustivos, a través de la producción de nuevos productos y servicios, el acceso a nuevos mercados a coste más reducido o la mejora de la innovación y de la técnica. Por contra, la ausencia de este tipo de redes informativas conllevaría una merma de la eficiencia del mercado pues las empresas tendrían que destinar más recursos para obtener las

ventajas resultantes de la red empresarial; recursos que, por su parte, no serían asignados a otros aspectos que sí podrían comportar mayores eficiencias, tales como practicar rebajas en los precios o mejorar la calidad del servicio prestada al cliente, etc.

Por todo lo anterior, en aras de preservar ese valor añadido, parece necesario permitir la existencia de este tipo de estructuras reticulares en el mercado. Sin embargo, a pesar de las ventajas mencionadas, estas redes informativas puras, como acuerdos entre competidores que son, pueden restringir la competencia y, por ello, necesariamente han de ser evaluados a la luz de la normativa antitrust.

Volviendo a los tipos de redes informativas, unas líneas más arriba se distinguían tres en función de sus respectivos intereses compartidos: la elaboración de estadísticas comunes de siniestralidad, la creación de ficheros de uso compartido, así como la realización de estudios de mercado y publicaciones sectoriales. Sin embargo, los intereses compartidos no parecen expresarse con la misma intensidad en todas ellas. Así, mientras que la elaboración de estadísticas comunes de siniestralidad responde a una auténtica necesidad del sector asegurador a fin de garantizar su correcto funcionamiento, la creación de ficheros de uso compartido o la realización de estudios de mercado y publicaciones sectoriales tienen como objetivo contribuir a mejorar la eficiencia del sector asegurador; es decir, que, sin ser necesarias, su existencia aporta un valor añadido al conjunto que parece necesario proteger.

A diferencia de las redes para la creación de ficheros de uso

compartido o la realización de estudios de mercado y publicaciones sectoriales, la preservación de aquellas que tienen por objeto la elaboración de estadísticas comunes de siniestralidad ha caído siempre dentro del ámbito de aplicación de los distintos Reglamentos de exención por categorías del sector asegurador; instrumentos jurídicos cuyo diseño reconoce tácitamente la existencia de un *tertium genus* – el fenómeno de la red empresarial – que se ha de proteger, llevando implícito, por tanto, un enfoque en clave de red. En este sentido, la necesidad de elaborar estadísticas comunes de siniestralidad era tal que ninguno de estos Reglamentos fijaba un umbral de cuota de mercado para aplicar la exención por categorías a los acuerdos que tuviesen como fin la creación de este tipo de redes informativas. Incluso esta no fijación de un umbral de cuota de mercado podría interpretarse como una suerte de invitación por parte de la Comisión Europea a colaborar en este tipo de redes informativas con el objetivo de, más que lograr un mercado de seguros más eficiente, garantizar su propia existencia.

De todo lo antedicho se deduce que las redes informativas puras características de la industria aseguradora pueden categorizarse en función del interés compartido. Así, habrá redes informativas cuyo interés compartido consista en mejorar la eficiencia del sector y otras cuyo interés compartido se identifique con su propia supervivencia: las redes informativas para la elaboración de estadísticas comunes de siniestralidad.

Ahora bien, ya sea uno u otro el interés compartido, de conformidad con la normativa antitrust vigente, la red informativa deberá ser evaluada a la luz de los principios generales contenidos en el epígrafe 2 de las

Directrices Horizontales. Sin embargo, este instrumento puede que no contemple un enfoque adecuado para el punto de vista de la red empresarial; de aquí que parezca necesario añadir criterios adicionales a la metodología consagrada en las Directrices Horizontales. Así pues, además de tener en cuenta las características de la información intercambiada y del contexto en el que se produzcan estos flujos, habrán de contemplarse otros datos relativos a la red en concreto a fin de llevar a cabo una correcta evaluación de estos intercambios informativos.¹¹⁸⁰

En este sentido, visto que los distintos intereses compartidos presentes en las redes informativas pueden responder a una necesidad – la propia existencia del mercado asegurador – o a la generación de un valor añadido – ahorro de costes, prestación de servicios con mayor rapidez, etc. –, esta distinción podría ser, asimismo, un criterio a incorporar en la evaluación antitrust de las mismas.

Por lo que se refiere a los intereses compartidos presentes en las redes informativas cuya finalidad se identifica con la propia supervivencia del mercado asegurador, parece razonable que la evaluación del carácter restrictivo, tanto por objeto como por efecto, sea más dúctil y permisiva con base en los siguientes dos argumentos.

El primero que, dado que del interés compartido presente en este tipo de redes no se aprecia una finalidad evidente de perjudicar la competencia efectiva – de hecho, todo lo contrario, pues lo que se pretende es garantizar

¹¹⁸⁰ Vid. ESTEVAN DE QUESADA, C., “Información y colaboración empresarial en el derecho de Defensa de la competencia”, *op.cit.*, pp.72-75.

la propia existencia del sector asegurador – se antoja improbable, si no imposible, la aparición de restricciones por objeto. En segundo lugar, que, teniendo en cuenta la necesidad de estos intercambios y la experiencia acumulada por las autoridades de competencia en esta materia, de existir efectos restrictivos de la competencia, estos serán, casi con toda seguridad, inferiores a los efectos procompetitivos y, por tanto, capaces de enervar la prohibición general contenida en el artículo 101.1 TFUE o el 1.1 LDC. Buena prueba de ello es que este tipo de intercambios de información han estado contemplados como categorías exentas en todos los Reglamentos de exención propios del sector asegurador, máxime habida cuenta de la ausencia de cualquier tipo de umbral para su aplicación.

Al hilo de los argumentos expuestos, parece que las redes informativas formadas por competidores cuyo interés compartido sea la elaboración de tablas o estadísticas necesarias para la determinación de los riesgos medios, en realidad, no plantean ningún tipo de problema desde el punto de vista de la defensa de la competencia pues las posibilidades de que existan restricciones por objeto o por efecto son prácticamente nulas.

Así pues, partiendo del marco jurídico actual, este tipo de redes informativas de carácter puro, como acuerdos entre empresas competidoras que son, deben someterse a la evaluación antitrust, con todo lo que ello implica (costes en tiempo y en dinero). Ahora bien, si de proteger este tipo de estructuras de colaboración empresarial horizontal características del sector asegurador se trata, quizás la solución pase por regular este tipo de conductas en la normativa sectorial y no como excepción en la normativa de defensa de la competencia. Esto es, que la

necesaria colaboración entre competidores que exige el sector asegurador pase a estar amparada, no a través de la normativa antitrust, sino mediante la normativa de ordenación y supervisión del sector.

La consecuencia directa de optarse por esta vía sería la siguiente: estas redes en vez de estar amparadas a través de la exención recogida en el artículo 1.3 LDC, de conformidad con el artículo 4 de la LDC, esta colaboración en el sector asegurador sería calificada como una conducta exenta por Ley y, en consecuencia, no sujeta a la normativa antitrust.¹¹⁸¹ Ya no sería necesario, pues, llevar a cabo ningún tipo de evaluación, ni por parte de las entidades aseguradoras ni por las autoridades de la competencia (con el ahorro en costes y tiempo que conlleva), sino que sería la propia normativa sectorial la que permitiese a todos los operadores compartir, crear y difundir este tipo de información. Si de lo que se trata es de generar eficiencias, sin duda, esta parece la opción más adecuada.

Por su parte, la incorporación a la normativa sectorial de esta posibilidad supondría, indefectiblemente, el reconocimiento expreso por parte del ordenamiento jurídico español de este tipo de redes empresariales informativas. De hecho, su positivación coadyuvaría claramente al cumplimiento del marco normativo creado a través de la Directiva Solvencia II.

Finalmente, recalcar que, lo antedicho, únicamente se predica de las

¹¹⁸¹ Nótese que, como se advirtió, las redes informativas puras tienen carácter nacional, por lo que la normativa aplicable en estos supuestos es la contenida en la LDC y no en el TFUE.

redes informativas cuyo interés compartido sea la creación de la elaboración de tablas o estadísticas necesarias para la determinación de los riesgos medios. Aquellas cuyo interés compartido responda a otra naturaleza, deberán ser sometidas, inexcusablemente, a los criterios generales, si bien teniendo en cuenta los datos relativos a la red.

2.3.2 Intercambios informativos accesorios

Imbricados en el segundo de los escenarios propuestos, se encuentran aquellos intercambios de información producidos en el seno de los coaseguros, los pools de riesgo, así como en la ejecución de distintos convenios sectoriales suscritos con terceros operadores. Estos intercambios no constituyen de manera autónoma una red empresarial, sino que son elementos necesarios para la puesta en funcionamiento de un acuerdo de mayor alcance que, tal y como se ha justificado en Capítulos anteriores, se identifica plenamente con el fenómeno de la red empresarial.

Aunque indispensables para lograr el propósito de los acuerdos principales en los que se incardinan, estos intercambios informativos accesorios, al ser meramente instrumentales, no añaden un auténtico valor añadido en sí pues este se identifica con el creado por la red empresarial en cuestión. En cualquier caso, coadyuvan a generar ese valor adicional característico de la red empresarial; valor que, asimismo, parece apropiado preservar.

Desde el punto de vista de la aplicación de la normativa antitrust, el análisis de estos intercambios informativos de naturaleza accesorias habrán

de efectuarse dentro del contexto de la red empresarial en cuestión; intercambios que se verán justificados en la medida en que sean suficientes e indispensables para el correcto funcionamiento de la red empresarial en la que se imbriquen, atendiendo, también, a su conexión con su finalidad última (en nuestro caso, la creación de redes para el aseguramiento en común de riesgos o la ejecución de distintos convenios profesionales en conexión con la función aseguradora). Junto a estos aspectos, el análisis de las condiciones del mercado en las que opera la red empresarial será otro elemento esencial de cara a evaluar los posibles efectos competitivos de la red en su conjunto.¹¹⁸²

En el caso de los intercambios de información producidos en el seno de un coaseguro o de un pool de riesgo, como redes empresariales para la producción en común que son, la evaluación de estos intercambios se ha de efectuar, de manera necesaria, conforme a los preceptos correspondientes de las Directrices Horizontales.¹¹⁸³ En este sentido, las pautas marcadas en las Directrices Horizontales relativas a la evaluación de los acuerdos de producción en común tienen en cuenta los efectos beneficiosos (o procompetitivos) que comportan estos tipos de redes empresariales. Es decir, que, al contemplarse ya la lógica de la red empresarial en la evaluación de este tipo de acuerdos de producción en la normativa antitrust vigente, aunque no de manera expresa, no parece acuciante matizar ni añadir criterios adicionales de cara a efectuar un

¹¹⁸² ESTEVAN DE QUESADA, C., “Información y colaboración empresarial en el derecho de Defensa de la competencia”, *op.cit.*, p.67.

¹¹⁸³ Concretamente, las pautas contenidas en el apartado 1.2 y el epígrafe 2 de las Directrices Horizontales.

análisis de los mismos en clave de red.

Por el contrario, mayor dificultad planteará, desde la óptica del fenómeno de la red empresarial, la evaluación de aquellos intercambios de información accesorios surgidos en contextos de redes empresariales horizontales no contempladas expresamente en las Directrices Horizontales. De aquí que parezca necesario incluir criterios adicionales a fin de llevar a cabo una adecuada evaluación antitrust atendiendo al espíritu de la red empresarial.

En este sentido, parece apropiada la propuesta formulada por ESTEVAN DE QUESADA al añadir el siguiente matiz en el actual análisis antitrust de los intercambios de información accesorios: “si la red en su conjunto infringe el artículo 101.1 TFUE habría que analizar la posibilidad de que cumpla las condiciones del apartado 3 de este artículo. Por el contrario, si la red no se considera un acuerdo restrictivo con arreglo al artículo 101.1 TFUE, entonces todavía podría ser necesario valorar en qué medida el intercambio de información es una restricción accesoria al mismo, en el caso de que dicho intercambio tuviera carácter anticompetitivo.”¹¹⁸⁴

¹¹⁸⁴ ESTEVAN DE QUESADA, C., “Información y colaboración empresarial en el derecho de Defensa de la competencia”, *op.cit.*, p.71.

CAPÍTULO 4.- EVALUACIÓN ANTITRUST DE LOS POOLS DE RIESGO

1. Calificación y evaluación de los pools de riesgo como acuerdos de producción: metodología de análisis

Los pools de riesgo se han entendido, tradicionalmente, como aquellas agrupaciones formadas por diversas entidades aseguradoras que comparten un mismo interés: la distribución de los riesgos asumidos en virtud de las pólizas suscritas con sus clientes.

Conceptualmente, existen dos tipos de pools en la industria aseguradora, a saber, los pools de coaseguro y los pools de reaseguro. Ahora bien, dado que el objeto de estudio del presente trabajo se incardina en el mercado de seguros y no en el del reaseguro por los motivos ya apuntados, únicamente se tomarán estos en cuenta de cara a analizar su evaluación antitrust conforme al artículo 101 TFUE.

Claramente, los pools de riesgo aquí examinados se imbrican dentro de los denominados “acuerdos de producción en común”¹¹⁸⁵ toda vez que su fin consiste en el compromiso asumido por parte de varias aseguradoras de dar cobertura conjunta y en condiciones homogéneas a determinados riesgos que, de manera individual, o bien no serían capaces de asegurar o

¹¹⁸⁵ Acuerdos que, por su parte, pueden presentar distintas formas (Directrices Horizontales, §150). En este sentido, recordar que, como se ha dejado apuntado, la forma jurídica que se impone con mayor intensidad en la Unión Europea parte de estructuras de naturaleza contractual, siendo también frecuentes otras formas de pools creadas a través de vehículos societarios, así como de diversos instrumentos estatutarios.

bien lo harían en términos más ineficientes. Identificada su naturaleza, nuevamente serán las Directrices Horizontales el instrumento jurídico general al que se haya de acudir a fin de proceder al análisis antitrust de los pools de riesgo con arreglo al artículo 101 TFUE. En cuanto a los instrumentos específicos, la Comunicación del año 2010 ofrece pautas igualmente aplicables a la evaluación conforme al artículo 101.3 TFUE de los pools de riesgo que, asimismo, deben observarse.

La metodología de análisis establecida en las Directrices Horizontales sobre los acuerdos de producción se articula, de manera similar a la examinada en relación con los intercambios de información, en dos fases.¹¹⁸⁶ En términos generales, la primera fase de la evaluación consistirá en dilucidar si el pool en cuestión restringe por objeto o por efecto la competencia en el mercado.¹¹⁸⁷ Junto a esta pauta general recogida en las Directrices Horizontales, la Comunicación del año 2010 añade que, en esta primera fase, también será preciso determinar en qué categoría concreta se clasifica el pool.¹¹⁸⁸

En este sentido, las categorías que establece la Comunicación del año 2010 son las que siguen: (i) pools que no dan origen a una restricción de la competencia, siempre que estos sean necesarios para que sus integrantes puedan ofrecer un tipo de seguro que no podrían ofrecer individualmente; ii) pools que entran en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE pero que, al no cumplir con las condiciones

¹¹⁸⁶ Directrices Horizontales § 150-193.

¹¹⁸⁷ Directrices Horizontales § 160 y 161.

¹¹⁸⁸ Comunicación del año 2010, §14.

Reglamento de exención 1218/2010¹¹⁸⁹, podrían beneficiarse de una excepción individual en virtud del artículo 101.3 TFUE; y iii) pools que entran en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE y cumplen las condiciones del Reglamento de exención 1218/2010.¹¹⁹⁰

Si el pool se incluye en el primer tipo de los arriba apuntados, no plantea ningún problema desde la lógica antitrust y, por consiguiente, no exigirá realizar mayores valoraciones. Por el contrario, en caso de pertenecer a cualquiera de los dos últimos, será necesario pasar a una segunda fase a fin de evaluar sus posibles efectos restrictivos de la competencia.¹¹⁹¹ En este segundo escenario, será preciso definir cuidadosamente el mercado de producto y el mercado geográfico de referencia, pues, como se verá, la definición de mercado es un requisito previo para evaluar el cumplimiento de los umbrales de cuota de mercado.¹¹⁹²

En cuanto a las pautas empleadas para la evaluación, estas se basan, fundamentalmente, en criterios de índole jurídica y económica que ayudan

¹¹⁸⁹ Reglamento (UE) n° 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (*OJ L 335, 18.12.2010, pp. 43-47*). En adelante “el Reglamento de exención 1218/2010”.

¹¹⁹⁰ Comunicación del año 2010, §14.

¹¹⁹¹ Directrices Horizontales § 162-167. En el mismo sentido, la Comunicación del año 2010, §15.

¹¹⁹² Comunicación del año 2010, § 15. Nótese, no obstante, que la Comunicación del año 2010 viene referida al Reglamento de exención por categorías del sector asegurador y no al Reglamento de exención 1218/2010, es decir, el ahora vigente. En este sentido, a los efectos señalados en dicha Comunicación, no parece que la referencia a uno u otro instrumento sea relevante toda vez que, al tratarse ambos de Reglamentos de exención, su fundamento y metodología son asimilables.

a analizar este tipo de agrupaciones y sus respectivos contextos. Dentro de los criterios económicos, tanto el poder de mercado como las características del mercado de referencia¹¹⁹³, constituyen el núcleo esencial a través del cual se articula la evaluación de los pools de riesgo a la luz del artículo 101. En este sentido, el mayor problema al que se enfrentan tanto las compañías aseguradoras como las propias autoridades de competencia es delimitar el mercado relevante; aspecto este que, dada su trascendencia en el sector asegurador, será abordado con mayor detalle en el epígrafe correspondiente.

2. Evaluación con arreglo al artículo 101.1 TFUE

2.1 Principales problemas de competencia en los pools de riesgo

Las Directrices Horizontales acusan tres principales conflictos que, en términos generales, pueden llevar aparejados los acuerdos de producción conjunta: (i) la limitación directa de la competencia entre las partes, (ii) la coordinación del comportamiento competitivo como proveedores y (iii) la exclusión de terceros de un mercado relacionado cuando al menos una de las partes del acuerdo tenga poder de mercado en el mismo.¹¹⁹⁴

Por su parte, en el concreto contexto de los pools de riesgo, el posible carácter restrictivo de la competencia parece derivarse, esencialmente, de

¹¹⁹³ Directrices Horizontales, § 175.

¹¹⁹⁴ Directrices Horizontales, §157-159.

dos circunstancias.

La primera, “la coordinación innecesaria del comportamiento competitivo de las aseguradoras agrupadas en el pool, en la medida que estas puedan ofrecer el seguro de manera independiente en términos competitivos o sustancialmente comparables a los ofertados en el pool”.¹¹⁹⁵ En este sentido, la necesidad de la presencia del pool de riesgo en el mercado asegurador solo parece justificarse en aquellos supuestos en los cuales las aseguradoras únicamente puedan ofrecer la cobertura de los riesgos demandados en común. Sin embargo, este hecho en ningún caso justifica la eliminación total de la competencia en el mercado, debiendo prevalecer, por encima de esta necesidad de agruparse, la preservación de la libre competencia en el mercado.

La segunda, los efectos derivados de la coordinación del comportamiento competitivo entre las empresas pertenecientes al pool que pudieran aparecer cuando estas estén facultadas para ofrecer a sus clientes, de manera individual, coberturas para los mismos riesgos, pues, desde la lógica antitrust, la exención prevista en el artículo 101.3 TFUE se antoja más problemática cuando a las entidades integrantes del mismo pool se les permite concurrir con aquel en el mismo mercado de referencia.¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁵ MARCOS FERNÁNDEZ, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, op.cit., p.65.

¹¹⁹⁶ Un análisis más detallado sobre estas dos concretas circunstancias puede consultarse en: MARCOS FERNÁNDEZ, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, op.cit., pp.65-70.

2.2 Restricciones de la competencia por su objeto

Tal y como se ha venido sosteniendo, generalmente los acuerdos que implican la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto del mercado o de los clientes restringen la competencia por el objeto. Verificado, pues, que la restricción lo es por objeto, no será necesario proceder a evaluar sus posibles efectos restrictivos en el mercado y los mismos serán declarados nulos de pleno derecho conforme al artículo 101.2 TFUE o, en su caso, el 1.2 LDC.

Asimismo, es necesario recordar que los acuerdos que proporcionan el soporte contractual básico en los pools de riesgo tienden a uniformar dos elementos esenciales del comportamiento comercial de sus miembros: de un lado, la prima que servirá de base a la prima comercial y, de otro, las condiciones generales que habrán de ser aplicadas por todos los miembros integrantes del pool para la suscripción del seguro a través del mismo.¹¹⁹⁷ En tal sentido, varias de las decisiones adoptadas por la Comisión en materia de pools de riesgo detectan este tipo de tendencias (uniformidad en las primas y las condiciones generales) en sus respectivas valoraciones jurídicas¹¹⁹⁸; uniformidad que, valorada de manera autónoma sin tener en cuenta el contexto en el cual se produce, restringe por objeto la

¹¹⁹⁷QUINTÁNS-EIRAS, M.R., “Revisión del coaseguro y del reaseguro desde el derecho de la competencia”, *op.cit.*, p. 635. Aunque refiriéndose al coaseguro, la afirmación resulta perfectamente válida en el pool de riesgo dado que la técnica empleada es similar: aseguramiento en común de riesgos a iniciativa de las aseguradoras.

¹¹⁹⁸ Básicamente la Decisión (90/25CEE), de 20 de diciembre de 1989 (*Concordato Incendio*), §17; la Decisión de la Comisión (90/22/EEC), de 20 de diciembre de 1989 (*TEKO*), § 18; y la Decisión de la Comisión 92/96/CEE, de 14 de enero de 1992 (*Assurpol*), §27.

competencia entre las entidades que forman parte del mismo pool y , por tanto, debería ser prohibida.

2.3 Efectos restrictivos de la competencia

Ahora bien, aunque los pools de riesgo incluyan la fijación de los precios de las primas de seguro y las condiciones generales para la suscripción del riesgo - siendo este tipo de conductas generalmente calificadas como restrictivas por objeto, y por tanto ilícitas - , en el concreto contexto de los acuerdos de producción, pese a que existan acuerdos que impliquen la fijación de los precios, la limitación de la producción o el reparto del mercado o los clientes, será necesario evaluar, a la luz de los efectos globales de la totalidad del acuerdo de producción sobre el mercado, si es probable que el acuerdo dé lugar a efectos restrictivos de la competencia con arreglo al artículo 101.1 TFUE¹¹⁹⁹ cuando:

(i) las partes se pongan de acuerdo sobre la producción directamente afectada por el acuerdo de producción, siempre que no se eliminen los otros parámetros de la competencia; o

(ii) un acuerdo de producción que contemple, asimismo, la distribución conjunta de los productos fabricados en común, determine la fijación conjunta de los precios de venta de estos productos, y solo de estos, siempre que esta restricción sea estrictamente necesaria para lograr esa producción conjunta, esto es, que, de no ser así, las partes carecerían desde el principio de un incentivo para concluir el acuerdo de producción.

¹¹⁹⁹ Directrices Horizontales, §160-161.

Por su parte, los posibles efectos restrictivos que un acuerdo de producción, y por ende de un pool de riesgo, pueden provocar dependerán, fundamentalmente, de tres factores: las características del mercado, de la naturaleza de la colaboración y de su cobertura de mercado, así como del producto afectado. Igualmente resulta relevante el “counter-factual”, es decir, la situación que existiría en ausencia del pool de riesgo en el mercado.¹²⁰⁰

En este sentido, las propias Directrices Horizontales afirman que no es probable que los acuerdos de producción entre empresas que compiten en los mercados en los que se registra la cooperación tengan efectos restrictivos de la competencia si esta cooperación da lugar a un nuevo mercado, es decir, si el acuerdo permite a las partes lanzar un nuevo bien o servicio que, basándose en factores objetivos, no podrían haber lanzado debido, entre otros motivos, a sus respectivas incapacidades técnicas.¹²⁰¹

Precisamente esto es lo que sucede en relación con los pools de nuevos riesgos: de no existir este tipo de agrupaciones, cuyo fin último es el aseguramiento en común de grandes riesgos para los cuales no existe experiencia técnico-actuarial previa que permita calcular el riesgo asumido por su cobertura, no habría en el mercado fórmulas alternativas para lograr el mismo resultado. La colaboración entre aseguradoras competidoras se antoja, pues, necesaria dado que, de manera individual, sería imposible ofrecer este tipo de productos sin poner en riesgo su solvencia o, de poder

¹²⁰⁰ Directrices Horizontales, §162 y 163, respectivamente.

¹²⁰¹ Directrices Horizontales, §163.

hacerlo, sería en condiciones mucho más gravosas e ineficientes.

Asimismo, a la luz de las pautas dadas por las Directrices Horizontales, tampoco parece probable que los pools de riesgo, dada su naturaleza y funcionamiento, conlleven una limitación directa de la competencia entre las partes, un resultado colusorio o una exclusión contraria a la competencia, si sus miembros no tienen poder de mercado en aquél sobre el cual se evalúan los principales problemas de competencia. Por su parte, un pool de riesgo puede dar lugar a un resultado colusorio o a una exclusión contraria a la competencia si aumenta el poder del mercado de sus entidades miembro, o sus costes comunes y/o si conlleva el intercambio de información comercial confidencial entre competidores.¹²⁰² De aquí que el análisis del poder de mercado de estas aseguradoras en su conjunto se configure como el punto de partida de cara a valorar si resulta probable (o no) la aparición de limitaciones directas de la competencia entre las partes y del resultado colusorio. A ello nos dedicaremos en las siguientes líneas.

2.4 Poder de mercado: metodología para su análisis

El punto de partida para el análisis del poder de mercado es la cuota de mercado de las partes.¹²⁰³ Para ello resulta inexcusable, *a priori*, delimitar cuidadosamente el mercado de producto y el mercado geográfico de referencia, pues la definición de mercado es un requisito previo a fin de evaluar el cumplimiento de los umbrales de cuota de mercado.

¹²⁰² Directrices Horizontales, §165.

¹²⁰³ Directrices Horizontales, §168.

Concretamente, en el caso de los acuerdos de producción, resulta necesario examinar tanto el mercado directamente afectado por el acuerdo de producción (el pool de riesgo) como los mercados adyacentes (los denominados “spillover markets”), los cuales serán mercados de referencia únicamente si son interdependientes y las partes tienen una posición sólida en los mismos.¹²⁰⁴

Posteriormente, atendiendo al examen del poder de mercado, habrá que analizar el coeficiente de concentración y el número de operadores activos en el mercado, así como otros factores dinámicos tales como el acceso potencial o la evolución de las cuotas de mercado. A todas estas cuestiones nos referiremos con mayor detalle en los subsiguientes epígrafes.

2.4.1 Delimitación del mercado de referencia

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, quizá el aspecto que mayores problemas suscita en torno a la evaluación de los pools de riesgo (especialmente la autoevaluación que deben realizar las aseguradoras) es la delimitación del mercado de referencia.¹²⁰⁵

En términos generales, aunque la delimitación del mercado de referencia fuera inicialmente un elemento relevante únicamente a efectos

¹²⁰⁴ Directrices Horizontales, §156.

¹²⁰⁵ Comisión Europea, *Commission Staff Working Document Impact Assessment (HT.4012 – IBER)*, Brussels, 17.03.2016, *SWD (2016)*, §125; STANCKE, F., “EU Competition rules in the insurance sector: be assured that it is a different world”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, Nº 9, p. 659. No obstante, en las conclusiones finales se hará una reflexión al respecto.

del análisis del artículo 102 TFUE (prohibición del abuso de la posición de dominio)¹²⁰⁶, en la actualidad “resulta esencial para la aplicación de conductas colusorias para determinar que se superan los límites de la Comunicación *de minimis* de 2014, los porcentajes que delimitan el puerto seguro de los reglamentos de exención por categorías o la superación del porcentaje de redes paralelas en un mercado que genera la inaplicación de un reglamento de exención.”¹²⁰⁷

Por su parte, de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia (en adelante “la Comunicación de la Comisión”)¹²⁰⁸ se extrae que el mismo se determinará combinando dos aspectos: el mercado de producto y el mercado geográfico; dimensiones ambas sobre las cuales conviene hacer una serie de apreciaciones que serán analizadas a continuación.

a) Delimitación del mercado de producto

Atendiendo a la definición contenida en la Comunicación de la Comisión, “el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”.¹²⁰⁹

¹²⁰⁶ RUIZ PERIS, J.I., “Mercado relevante”, *op.cit.*, pp. 37-38.

¹²⁰⁷ *Ibidem*, pp. 37-38.

¹²⁰⁸ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (*OJ C 372, 9.12.1997*).

¹²⁰⁹ Comunicación de la Comisión, §7.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión identifica tres fuentes principales de presiones a las cuales se ven sometidas las empresas en los casos de competencia: la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial.

En este sentido, y siguiendo la experiencia norteamericana, la Comisión Europea entiende que, en términos generales, se habrá de prestar especial atención a la sustituibilidad de la demanda, pues este es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios.¹²¹⁰ Por contra, las presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta y de la competencia potencial, al ser generalmente menos inmediatas y requerir el análisis de otros factores, no parece que sean prioritarios para la definición del mercado.¹²¹¹

Precisamente, es en este punto en el cual el sector asegurador, dadas las especiales características que revisten al contrato de seguro, constituye una excepción a la metodología antes expuesta exigiendo, en la mayor parte de los supuestos, efectuar el análisis del mercado de producto partiendo del análisis de la sustituibilidad de la oferta y no del análisis de la sustituibilidad de la demanda.¹²¹² La justificación resulta sencilla: ante la necesidad de dar cobertura a un riesgo concreto, el tomador, en la mayor

¹²¹⁰ Comunicación de la Comisión, §13.

¹²¹¹ Comunicación de la Comisión, §14.

¹²¹² FAULL & NIKPAY, *The EU Law of competition*, Oxford University Press, 2014, p. 1.567.

parte de las ocasiones¹²¹³, solo puede contratar el tipo de seguro que permita dar cobertura a ese riesgo y no otro. En otras palabras, no existe un producto capaz de sustituir al seguro contratado para la cobertura de un riesgo en concreto, de forma que el carácter sustituible de la demanda resulta inexistente. Un par de ejemplos pueden ayudar a ilustrar esta afirmación.

Imaginemos una galería de arte que, sin estar obligada por la Ley ni por la normativa sectorial, necesita protegerse ante el riesgo de robo de las obras expuestas en cada una de sus colecciones porque así se lo exigen sus clientes contractualmente. El único producto existente en el mercado que puede ofrecerle la cobertura de ese siniestro es un seguro contra el robo; seguro mediante el cual la aseguradora se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar los daños derivados de la sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas. Lo mismo sucedería en el caso de una empresa que decidiese asegurar el riesgo de incendio en sus almacenes a fin de proteger la pérdida patrimonial que pudiera sufrir tanto por los daños causados en el propio almacén como en las mercancías; contratar un seguro distinto del seguro contra incendios no satisfaría adecuadamente las necesidades del cliente pues no estaría cubierto frente a ese concreto riesgo.¹²¹⁴

Ante la inexistencia de sustituibilidad del lado de la demanda, será necesario analizar la sustituibilidad de la oferta, la cual vendrá determinada

¹²¹³ Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

¹²¹⁴ Seguros de incendio o contra el robo que no tienen por qué ser autónomos, esto es, que pueden estar incorporados en una póliza más extensa (seguros multirriesgo).

por la rapidez con la que las aseguradoras puedan producir y comercializar seguros de la misma naturaleza, a corto plazo y sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos.¹²¹⁵

Por otra parte, el mercado de producto de referencia comprenderá todos los productos sustituibles en la demanda y en la oferta, y, a fin de calcular el valor total o el volumen del mercado, se añadirán las ventas de estos productos.¹²¹⁶

Sin perjuicio de lo anterior, existen casos en los cuales no parece posible afirmar la ausencia de sustituibilidad en la demanda toda vez que ante el tomador se presentan otras opciones igualmente satisfactorias desde el punto de vista de sus necesidades. En concreto, esta parece ser la tónica predominante en aquellos supuestos en los que la necesidad del cliente se identifica con la cobertura de la responsabilidad civil profesional obligatoria. Con ayuda de otro par de ejemplos puede arrojar luz sobre tal afirmación.

Una empresa dedicada a la producción de energía nuclear en España, conforme al artículo 4 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, responderá por todos los daños nucleares causados como consecuencia de un accidente nuclear. Para garantizar esa responsabilidad, el legislador exige a esta empresa la posibilidad de otorgar garantías

¹²¹⁵ Comunicación de la Comisión, §20.

¹²¹⁶ Comunicación de la Comisión, §21.

suficientes bajo diferentes modalidades¹²¹⁷, eligiendo esta hacerlo a través de la contratación de una póliza de seguro sobre riesgos nucleares. Pues bien, en este concreto supuesto, parece posible la sustituibilidad del seguro contratado *a priori* por otros productos¹²¹⁸ que no poseen tal naturaleza pero que resultan igualmente satisfactorios para el tomador por cuanto que dan respuesta a sus necesidades (ofrecer las garantías impuestas por Ley).

En sentido similar, una empresa dedicada al montaje de espectáculos pirotécnicos está obligada a disponer de un seguro u otra garantía financiera que cubra su responsabilidad civil en el desempeño de su actividad profesional.¹²¹⁹ Así pues, en este supuesto, también existirá para el cliente la opción de contratar otro producto distinto del seguro de responsabilidad civil¹²²⁰, de forma que sí existirá sustituibilidad en la demanda.

En estos dos casos, una subida del precio de los seguros de responsabilidad civil no transitoria podría hacer que los tomadores decidiesen contratar, en vez de un seguro, cualquiera de los otros productos alternativos puesto que estos darían, igualmente, respuesta a sus

¹²¹⁷ Aquellas recogidas en el art. 12.2 del mismo texto: a) Contratación de una póliza de seguro que cubra la garantía exigida. b) Constitución de otra garantía financiera con una entidad autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda, en las condiciones que regule su normativa específica. c) Una combinación de ambas, que cubra la totalidad de la garantía exigida. d) Inmovilización de fondos propios por un valor igual o superior a la responsabilidad atribuida.

¹²¹⁸ Cualquiera de los productos alternativos al seguro recogidos en la anterior nota de pie.

¹²¹⁹ Obligación recogida en el artículo 3.1 del Real Decreto 130/2017, de 24 de febrero por el que se aprueba el reglamento de explosivos (*BOE núm. 54, de 4 de marzo*).

¹²²⁰ El artículo 3.1 del referido Reglamento únicamente exige al obligado constituir una garantía financiera, dejando a su elección la modalidad de la misma.

necesidades (hay elasticidad de la demanda).

Junto a la elasticidad de la demanda, también parece necesario acudir a la observación de otros elementos a fin de determinar si dos productos son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda.¹²²¹

Respecto del sector asegurador, quizás el análisis más relevante de los obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos sea el realizado a través de un análisis de las barreras de entrada¹²²²; barreras que, en este concreto sector se identifican, esencialmente, con la exigencia de la autorización administrativa exigida para el ejercicio de toda entidad aseguradora en función del ramo en el que desarrollen su actividad. Cuanto mayores sean estas barreras, mayor transcendencia tendrá la cuota de mercado, y viceversa.

En definitiva, en relación con el sector asegurador, pese a que la metodología empleada para delimitar mercado de seguro tenga como punto de partida la sustituibilidad de la oferta¹²²³ y, por tanto, suponga una

¹²²¹ Los factores contenidos en la Comunicación de la Comisión, §37-43.

¹²²² FAULL & NIKPAY, *The EU Law of competition*, op.cit., p. 1.567.

¹²²³ En este sentido, por su especial interés, se extracta una recopilación de casos resueltos por la Comisión Europea (la mayor parte de ellos en materia concentraciones) y compilados en uno de los estudios realizados con ocasión de la renovación del Reglamento 267/2010 cuyo objeto consistía, precisamente, en analizar el mercado de producto desde la perspectiva de la sustituibilidad de la oferta: “In the insurance sector the European Commission's practice always attached a particular importance to supply-side substitutability (...). While this may overstate the importance of supply-side substitution, supply-side substitution is doubtless a crucial element in the European Commission's practice in insurance markets: In its merger control cases the European Commission traditionally follows a tripartite market definition, distinguishing between (i) life-insurance, (ii) non-life insurance and (iii) reinsurance (see, e.g. Case COMP/M.7233 - *Allianz/Going Concern of Unipolsai*

Assicurazioni; COMP/M.6957 - *IF P&C/TOPDANMARK*; COMP/M.6217 - *Baloise Holding/Nateus/Nateus Life*; COMP/M.6053 - *CVC/Apollo/Brit Insurance*; COMP/M.4284- *AXA/Winterthur*; COMP/M.2676 – *Sampo/Varma/If Holdings/JV*; COMP/M.2400 – *Dexia/Artesia*; COMP/M.2225 – *Fortis/ASR*; COMP/M.1989 – *Winterthur/Colonial*; COMP/M.1886–*CGU/Norwich Union*; COMP/M.1910–*Meritanordbanken/Unidanmark*; COMP/M.1816 – *Churchill Insurance Group/Hig Holdings*; COMP/M.1777 – *CGU/Hibernian*). In many merger cases the European Commission did not consider it necessary to define narrower markets within these three segments with a view to supply-side substitution: The European Commission recognized that, from the demand-side, life and nonlife insurance can be divided into as many product markets as there are different kinds of risks covered (see, e.g. Case No. M.2676 – *Sampo/Vama/IF Holding/JV Decision*; COMP/M.2400 – *Dexia/Artesia*; COMP/M.1453 – *AXA/GRE*; COMP/M.2343 – *Toro Assicurazioni/Lloyd Italico*; COMP/M.2225 – *Fortis/ASR*; COMP/M.1886 – *CGU/Norwich Union*; COMP/M.1712 – *Generali/INA*). The European Commission recognized that characteristics, premiums and purposes of each insurance are distinct and there is typically no substitutability from the consumer's perspective between different risks insured (for example, in non-life insurance, motor, fire, transport, health, property, general civil liability, casualty, litigation, working accidents would not be interchangeable from a consumer's perspective). However, with a view to supply-side substitution, the European Commission has often considered that the conditions for insurance of different types of risk are quite similar and that largest insurance companies are active in several types of risk. From this, the European Commission concluded that different types of non-life insurance could be included in the same product market (see, e.g. Case No. COMP/M.2676 – *Sampo/Varma Sampo/IF Holding/JV*; Case No. IV/M.3556 – *Fortis/BCP*; COMP/M.2491 – *Sampo Storebrand*; COMP/M.1989 – *Winterthur/Colonial*, COMP/M.1886 – *CGU/Norwich Union*; COMP/M.1712 – *Generali/INA*). For the same reasons it considered taking a similar approach to life insurance (see, e.g. COMP/M.5075 – *Vienna Insurance Group / EBV*; COMP/M.5728 – *Crédit Agricole/Société Générale Asset Management*; COMP/M.5925 – *Metlife / Alico / Delam*; COMP/M.4284 – *AXA/Winterthur*; COMP/M.6217 – *Baloise Holding / Nateus / Nateus Life*; COMP/M. 4055 – *Talanx/Gerling*; COMP/M.3446. – *Unica/Mannheimer*). On the other hand, the European Commission often did at least consider further submarkets within the three main markets, e.g. within the non-life insurance market a distinction between the segments (i) accident and sickness; (ii) motor vehicle; (iii) property; (iv) marine, aviation and transport ("MAT"); (v) liability; (vi) credit and suretyship and (vii) travel (see, e.g. COMP/M.6521 – *Talanx International/Meiji Yasuda Life Insurance/Warta*; COMP/M.4284 – *AXA/Winterthur*; COMP/M.4701 – *Generali/PPF Insurance Business*) and in at least one case also did define a narrower market within non-life insurance, namely the Irish market for health insurance (Case COMP/M.8010 – *IRISH LIFE / AVIVA HEALTH / GLOHEALTH*).” *Vid. EUROPE ECONOMICS, Different forms of cooperation between insurance companies and their respective impact on competition (...), op.cit., pp. 116-117.*

excepción al procedimiento habitual previsto en la Comunicación de la Comisión, tampoco puede descartarse el análisis sobre la sustituibilidad de la demanda en ciertos supuestos.

b) Delimitación del mercado geográfico

De conformidad con la definición contenida en la Comunicación de la Comisión, “el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.¹²²⁴

Si bien el análisis del mercado de producto en el sector asegurador presenta algunas especialidades y la casuística resulta tan elevada que, difícilmente, puedan hacerse afirmaciones en términos generales, la delimitación del mercado geográfico no parece albergar mayores dificultades.

Así las cosas, en relación con los seguros en masa dirigidos a la población (seguros multirriesgo, seguros de asistencia sanitaria, seguros de vida, seguros de vehículos a motor, etc.) el mercado geográfico es eminentemente nacional. En este sentido, precisamente uno de los

¹²²⁴ Comunicación de la Comisión, §8.

objetivos presentes en el espíritu de la Directiva de Distribución de seguros es consolidar y promover un auténtico mercado interior de los productos y servicios de los seguros de vida y los seguros distintos de los de vida a través de la implantación de medidas que ayuden a la integración del mercado. Entre otras, la armonización de ciertas exigencias que no impida a los intermediarios de seguros ejercer libremente en todo el territorio de la Unión (barreras de carácter administrativo).¹²²⁵

En lo que a los pools de riesgos nucleares se refiere, pueden distinguirse tres tipos de mercados geográficos en los que estos operan: a nivel nacional, de ámbito europeo y mundial.¹²²⁶ Por su parte, el mercado nacional parece el más frecuente, especialmente en los pools para la cobertura de riesgos medioambientales¹²²⁷ y de aquellos riesgos derivados de actos terroristas¹²²⁸. En cuanto los pools de riesgos relacionados con los vehículos a motor¹²²⁹, el mercado europeo parece el más extendido.¹²³⁰

¹²²⁵ Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros (*OJ L 26, 2.2.2016, pp. 19-59*), Considerando (19).

¹²²⁶ Concretamente, se distinguen dos pools de riesgo a nivel nacional (*Romanian Atomic Pool* y *Nederlandse Atoompool*), dos que operan en el mercado europeo (*Convenio Español de Suscripción Conjunta de Riesgos de Origen Nuclear* y *Nuclear Insurance and Reinsurance Pool*) y tres a nivel mundial (*Belgian Syndicate for the Insurance and Reinsurance of Nuclear Risks*, *ASSURATOME* y *Slovak Nuclear Insurance Pool*).

¹²²⁷ *Finnish Pool for Environmental Incidents, Natural Disasters Insurance Pool* y *Nederlandse Milieupool*. Una excepción a la tónica predominante a nivel europeo sería el *Pool Español de Riesgos Medioambientales* (PERM), cuyo mercado geográfico es europeo.

¹²²⁸ El *Terrorism Reinsurance and Insurance Pool* (TRIP) en Bélgica.

¹²²⁹ *Fonds de Garantie Automobile*, de Luxemburgo, o el *Motor Insurance Pool* en Malta. Como excepción, el *Cyprus Hire Risks Pool*, en Chipre, cuyo mercado geográfico es nacional.

¹²³⁰ La información empleada para efectuar tales afirmaciones ha sido obtenida del estudio realizado por la consultora ERNST & YOUNG en el año 2014 (*Study on*

2.4.2 Cálculo de las cuotas de mercado

Delimitado tanto el mercado de producto como el geográfico, resulta posible identificar qué operadores intervienen en el mercado de referencia y calcular sus respectivas cuotas de mercado. En este sentido, “cuanto más estrecha sea la definición del mercado, más probabilidades habrá de que la empresa o empresas en cuestión se encuentren en posición de dominio, generen con su acuerdo un efecto sensible, sobrepasen el umbral de un reglamento de exención o restrinjan sustancialmente la competencia en un mercado como consecuencia de su concertación, y que inversamente, cuando más amplia sea la definición, existirán más posibilidades de que podamos calificar la conducta como de menor importancia o de aplicar los reglamentos de exención por categorías.”¹²³¹

En términos generales, tanto el volumen como el valor de las ventas de cada uno de los operadores proporcionan información útil de cara a calcular el tamaño del mercado total y sus respectivas cuotas en el mismo. Dicha información puede proceder de diversas fuentes, a saber, estimaciones de las empresas, estudios encargados a consultorías de empresas o a las asociaciones profesionales de cada sector. Fuera de estos supuestos, o cuando las estimaciones disponibles no son fiables, las

co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market, op.cit.). Ahora bien, dada la baja participación de los pools en cuanto a respuestas a fin de elaborar el referido estudio, máxime el silencio guardado por la mayoría de los participantes en relación con su autoevaluación del mercado de geográfico de sus seguros, no puede afirmarse con rotundidad que las conclusiones aquí efectuadas se encuentren absolutamente legitimadas.

¹²³¹ RUIZ PERIS, J.I., “Mercado relevante”, *op.cit.*, p. 40.

autoridades de competencia suelen pedir a cada proveedor del mercado de referencia que les comuniquen su volumen de ventas con el fin de calcular el tamaño total del mercado así como sus respectivas cuotas de mercado.¹²³²

Ahora bien, en el concreto sector asegurador, a efectos de proceder al cálculo del mercado total y de las cuotas de mercado de cada una de las aseguradoras que participan de un mismo pool de riesgo, parece razonable acudir a la metodología diseñada para tal fin en el Reglamento de exención 267/2010; Reglamento que, si bien ya no está en vigor y, por tanto, no es directamente aplicable, no deja de ser un instrumento jurídico totalmente válido de cara a extraer las pautas necesarias para efectuar el cálculo ante la falta de una Comunicación específica y actualizada. Junto a este Reglamento, no obstante, también resulta de interés la guía contenida en la Comunicación del año 2010.

A la luz de la experiencia alcanzada por la Comisión Europea, parece razonable tener en cuenta tres elementos para calcular la cuota de mercado de un pool de riesgo: a) la cuota de mercado de la aseguradora participante en el pool de riesgo en cuestión; b) la cuota de mercado de la aseguradora participante en otro pool del mismo mercado del cual sea parte la compañía participante y c) la cuota de mercado de la aseguradora participante en el mismo mercado pertinente que el pool en cuestión, fuera de cualquier pool de riesgo.¹²³³

¹²³² Comunicación de la Comisión, §53 y 55.

¹²³³ Reglamento de exención 267/2010, artículo 6.3.

Nótese, no obstante, que la metodología empleada para calcular la cuota de mercado en el Reglamento de exención 267/2010 difiere de la empleada en sus predecesores. La modificación se produjo con el objetivo de hacerla coherente con otras normas sobre competencia de carácter general y sectorial, incluyendo en el cómputo de las cuotas, no sólo los ingresos brutos en concepto de primas obtenidos dentro del pool de riesgo, sino también los obtenidos fuera del mismo.¹²³⁴

Por su parte, la cuota de mercado se calculará sobre la base de los ingresos brutos en concepto de primas; si no se dispone de datos relativos a los ingresos brutos en concepto de primas, podrán utilizarse las estimaciones basadas en otro tipo de información de mercado fiable (incluida la cobertura de seguro proporcionada o el valor del riesgo asegurado) para determinar la cuota de mercado de la compañía de que se trate. Asimismo, recalcar que el periodo sobre el cual habrá de calcularse la cuota de mercado será el correspondiente a las cifras del año natural precedente.¹²³⁵

2.4.3 Otros factores que determinan el poder de mercado de un pool

Junto con la cuota de mercado, el coeficiente de concentración y el número de operadores activos en el mercado son elementos indispensables que deben ser analizados a fin de valorar el poder de mercado del pool en cuestión; poder de mercado que, como se apuntaba en páginas anteriores, resulta indispensable a fin de determinar la probabilidad de que se

¹²³⁴ Comunicación del año 2010, §13.

¹²³⁵ Reglamento de exención 267/2010, apartados a) y b) del artículo 6.4.

produzcan efectos restrictivos en el mismo.

Por lo que se refiere al mercado de seguros español, resulta patente el proceso de concentración empresarial que se viene experimentando en los últimos años tanto en el mercado del seguro de vida como de no vida.¹²³⁶ Además de la progresiva disminución del número de entidades que operan en el sector, el análisis de los índices Herfindahl-Hirschman (HHI) y del CR5 reflejan claramente esta tendencia.

En cuanto al número de entidades, las cifras indican que, en la actualidad, existen 50 entidades de seguros operativas en el mercado español menos que hace siete años (periodo 2018-2011), las cuales representan una disminución cercana al 20% del mercado en su conjunto.¹²³⁷

Respecto del índice HHI, mientras que en el año 2008 se ubicaba en 503 puntos, en el año 2018 este indicador se había elevado a 570 puntos, lo cual denota, asimismo, una mayor concentración en el mercado de

¹²³⁶ No obstante, aunque con menor intensidad, este proceso se aprecia también ya en la década de los años 90. Un estudio completo en este sentido puede consultarse en MONTIJANO GUARDIA, F., “Un análisis del grado de concentración y la demanda de seguros de la década de los noventa”, *Boletín económico de ICE*, Información Comercial Española, N° 2688, 2001, pp. 38-43.

¹²³⁷ Conforme a las últimas cifras publicadas por la Dirección General de Seguro y Fondos de Pensiones, a 31 de diciembre de 2018, el número de entidades inscritas en el Registro administrativo de entidades aseguradoras ascendía a 227 frente a las 253 y 240 que ejercían su actividad en los ejercicios 2016 y 2017, respectivamente, en línea con la tendencia constatada durante los últimos años hacia la concentración. *Vid. MINECO, Informe 2017. Seguros y Fondos de Pensiones*, 2018, p.27. En relación con años anteriores, señalar que, en los años 2013, 2012 y 2011 se contabilizaban 264, 270 y 279, respectivamente. *Vid. MINECO, Informe 2013. Seguros y Fondos de Pensiones*, 2013, p.10.

seguros.¹²³⁸ Ahora bien, pese al innegable proceso de concentración del mercado de seguros en España, no puede considerarse que este sea un mercado concentrado al situarse por debajo del umbral que marca una elevada concentración (1.800 puntos).¹²³⁹

Igualmente, la tendencia al aumento de la concentración a lo largo del periodo 2008-2018 se observa con meridiana claridad en el comportamiento del índice CR5, siendo este más acusado en el ramo vida (56,6%) que en el ramo de no vida (46,9%).¹²⁴⁰

Visto cuanto antecede, parece que el mercado asegurador español es muy competitivo y, por consiguiente, el poder de mercado se encuentra suficientemente disperso. En su virtud, parece que la aparición de efectos restrictivos de la competencia como consecuencia de la presencia de poder de mercado ejercido por un solo operador, incluso varios, se antoja poco probable.

Nótese, no obstante, que los índices observados en este epígrafe vienen referidos a la totalidad del mercado asegurador. Ahora bien, al analizar los distintos supuestos que puedan darse en la práctica aseguradora, concretamente la relativa a los pools de riesgo, casi con toda

¹²³⁸ FUNDACIÓN MAPFRE, *El mercado español de seguros en 2018*, Servicio de Estudios de MAPFRE, 2019, p. 29.

¹²³⁹ Si el índice HHI se sitúa por debajo de los 1.000 puntos, se entiende que el mercado analizado es competitivo; para valores comprendidos en la horquilla de los 1.000-1.800 puntos, el mercado es moderadamente competitivo; más allá de los 1.800 puntos, el mercado se encuentra altamente concentrado.

¹²⁴⁰ El índice CR5 indica la ratio de concentración de las 5 primeras entidades en un concreto mercado.

probabilidad, el mercado de referencia será distinto (más reducido) y los índices arrojados inevitablemente variarán (serán superiores), de forma que la afirmación antes formulada “el mercado de seguros es altamente competitivo” no sería válida. Resulta necesario, pues, efectuar un examen “case-by-case” a fin de poder extraer conclusiones más sólidas en este sentido.

2.4.4 Análisis del poder de mercado

Es improbable que las empresas posean poder de mercado por debajo de un cierto nivel de cuota de mercado; concretamente, en los acuerdos de producción en común, del 20% de la cuota de mercado conjunta de las partes que forman parte del mismo.¹²⁴¹ Por consiguiente, este umbral determinará si el poder de mercado ostentado por las entidades que conforman el pool de riesgo es tal que puede provocar efectos anticompetitivos en su concreto mercado de referencia.

Si la cuota conjunta resulta inferior a ese 20%, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101.3 TFUE y que el Reglamento de exención a determinadas categorías de acuerdos de especialización sea aplicable. Por su parte, si la cuota conjunta de las compañías aseguradoras partícipes del pool supera dicho umbral, es obligado analizar los efectos restrictivos que este pudiera comportar en el mercado, siendo necesario observar otras variables tales como el grado de concentración del mercado y otros factores de carácter dinámico (acceso potencial al mercado y

¹²⁴¹ Directrices Horizontales, §169.

evolución de las cuotas). En estos supuestos será más probable que los efectos restrictivos emerjan en un mercado concentrado y menos en aquellos que presenten un carácter más dinámico, incluso aunque existan cuotas de mercado elevadas y un alto grado de concentración.¹²⁴²

3. Exenciones a la prohibición contenida en el artículo 101.1 TFUE

Comprobado que un concreto acuerdo de producción en común entra dentro del ámbito de aplicación del 101.1 TFUE y que, por lo tanto, restringe la competencia, resulta oportuno analizar si el mismo es subsumible en alguna de las exenciones recogidas, bien en el Reglamento de exención 1218/2010 relativo a determinadas categorías de acuerdos de especialización (exención automática), bien en el artículo 101.3 TFUE (exención individual).

La aplicación de uno u otro instrumento vendrá determinada por el cumplimiento de las condiciones exigidas en el Reglamento de exención 1218/2010. Así pues, si el acuerdo de producción entra dentro del alcance del mismo, este gozará de la exención automática allí contemplada. El resto de acuerdos, por su parte, deberán ser objeto de un análisis individual con base en el artículo 101.3 TFUE.

Dicho lo anterior, merece la pena llamar la atención sobre un hecho: pese a la no renovación del Reglamento de exención 267/2010 sobre determinadas categorías del sector asegurador (entre las cuales se

¹²⁴² Directrices Horizontales, §170-171.

encontraba la exención relativa a los pools de riesgo), dicha industria sigue gozando de otro Reglamento de exención, en este caso, de carácter no sectorial, pero igualmente relevante a los efectos de efectuar un análisis antitrust en clave de red. Sobre este aspecto se volverá, no obstante, en el epígrafe oportuno.

3.1 Evaluación del pool conforme al Reglamento de exención a determinadas categorías de acuerdos de especialización

3.1.1 Aplicación actual de la exención con arreglo al Reglamento 1218/2010

El Reglamento de exención 1218/2010 se construye partiendo de la siguiente premisa: por debajo de un determinado nivel de poder de mercado, cabe presumir, a efectos de la aplicación del artículo 101.3 TFUE, que los efectos positivos de los acuerdos de especialización compensarán, en general, aquellos negativos siempre que estos no supongan una restricción especialmente grave de la competencia efectiva¹²⁴³. En otras palabras, cuando la cuota de mercado del producto objeto de un acuerdo de especialización no exceda de un determinado nivel, puede asumirse que tales acuerdos producirán, generalmente, ventajas económicas en forma de economías de escala o alcance o mejores tecnologías de producción, permitiendo a los usuarios beneficiarse equitativamente de las ventajas resultantes.¹²⁴⁴

¹²⁴³ En concreto, las restricciones recogidas en el art. 4 del Reglamento de exención 1218/2010.

¹²⁴⁴ Reglamento de exención 1218/2010, Considerandos (3) y (10).

El ámbito de aplicación del Reglamento de exención 1218/2010 se circunscribe, pues, a la concatenación de dos circunstancias: que el acuerdo en cuestión entre dentro de la definición dada en el propio Reglamento y que la cuota conjunta de las empresas participantes no exceda del 20% del mercado de referencia¹²⁴⁵.

Ahora bien, frente a las eventuales fluctuaciones que pudieran modificar las cuotas conjuntas de mercado de las compañías que forman parte del acuerdo de producción en común, el propio Reglamento recoge, a su vez, una serie de mecanismos de protección que facilitan la transición desde la aplicación de la exención por categorías (la del Reglamento 1218/2010) hacia la posible exención individual (conforme al artículo 101.3 TFUE), todo ello a fin de seguir garantizando la protección efectiva de la competencia sin dejar de ofrecer un nivel adecuado de seguridad jurídica a las empresas.¹²⁴⁶ En este sentido, cuando la cuota de mercado inicial no supere el umbral del 20 %, pero se incremente *a posteriori* sin exceder del 25 %, la exención seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 20 %, mientras que, si el incremento excede del 25%, la exención será aplicable durante el año natural a partir aquel en el que se hubiese superado por primera vez el umbral del 25 %.¹²⁴⁷

¹²⁴⁵ Reglamento de exención 1218/2010, artículos 2.1 y 3, respectivamente.

¹²⁴⁶ Sistema de flexibilización que constituye la única excepción posible a los umbrales de cuota consagrados en los sucesivos Reglamentos de exención. OLAVARRÍA IGLESIA, J., “La exención por categorías de la prohibición de prácticas en el sector de los seguros: el nuevo reglamento de la Comisión Europea”, *op.cit.*, p.60.

¹²⁴⁷ Reglamento de exención 1218/2010, apartado d) y e) del artículo 5, respectivamente.

Asimismo, y como ya se ha advertido al comienzo del epígrafe, el referido Reglamento establece ciertos límites en su aplicación que se identifican con aquellas restricciones de la competencia que, en virtud de su especial gravedad, impedirán que la totalidad del acuerdo pueda beneficiarse de la exención contenida en el mismo. Así pues, no será posible la exención con base en el Reglamento de exención 1218/2010 cuando los acuerdos de producción en común, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores controlados por las partes, tengan como objeto (i) la fijación de los precios aplicados a terceros, la limitación de la producción o de las ventas y al reparto de mercados o clientes, con independencia de la cuota de mercado que alcancen las partes o (ii) la eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios en cuestión.¹²⁴⁸

3.1.2 Evolución de los umbrales de las cuotas de mercado en la aplicación de la exención por categorías en el sector asegurador

Lo antedicho en cuanto a la aplicación de la exención por categorías a los pools de riesgo en la actualidad tras no haberse renovado el último Reglamento de exención propio del sector asegurador, el Reglamento de exención 267/2010. Ahora bien, a lo largo de los distintos Reglamentos de exención propios del sector asegurador, puede apreciarse una clara evolución en los umbrales exigidos en cada momento fruto, esencialmente, de dos circunstancias: (i) el cambio de enfoque adoptado en materia de defensa de la competencia en general y (ii) la especial necesidad de

¹²⁴⁸ Reglamento de exención 1218/2010, Considerandos (11) y (12).

proteger a aquellos pools creados para la cobertura en común de riesgos nuevos.

Para aplicar la exención, el Reglamento 3932/92 exigía que los productos de seguro suscritos por las empresas participantes del pool de riesgo no representasen en ninguno de los mercados pertinentes más del 10% de todos los productos de seguro idénticos o similares, siempre y cuando cada una de las aseguradoras tuviesen derecho a separarse del pool con un preaviso no superior a seis meses sin incurrir en ningún tipo de penalización.¹²⁴⁹ No obstante, lo cierto es que, en la praxis, la flexibilidad mostrada por la Comisión en la aplicación de estos umbrales era muy elevada, especialmente en aquellos cuya cuota de mercado sobrepasaba los referidos umbrales, permitiéndose, en definitiva, la existencia de pools que deberían haber sido prohibidos por las autoridades de competencia. En este sentido, MARTÍN CRESPO señalaba que “esta práctica la ha justificado el hecho de que, en muchas ocasiones, aun superando los umbrales máximos permitidos, la agrupación resulta indispensable para que las compañías pudieran estar presentes en el mercado, lo que implica que el riesgo de su cartera debe corresponder a la media de la totalidad de los riesgos del mismo tipo. Para que su siniestralidad real sea igual a la siniestralidad media del conjunto de los aseguradores, es necesario cubrir un número mínimo de riesgos, es decir, debe alcanzar lo que se llama en el sector asegurador “dimensión mínima”. ”¹²⁵⁰

¹²⁴⁹ Reglamento de exención 3932/92, artículo 11. 1 a).

¹²⁵⁰ BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Situación actual de la exención por categorías en materia de seguros y consorcios marítimos”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XX, 1999, p.1446.

Posteriormente, el Reglamento 358/2003 contemplaba la exención para todos aquellos pools de riesgo cuyo objeto fuera la cobertura de riesgos que no fuesen considerados como “riesgos nuevos”¹²⁵¹ a condición de que la cuota de los productos de seguro suscritos a través del pool no superase el 20% del mercado de referencia. Asimismo, por vez primera, se añadían una serie de mecanismos de protección similares a los establecidos en el actual Reglamento de exención 1218/2010, ello a fin de dar seguridad jurídica a las entidades aseguradoras en caso de que estas, como consecuencia de las fluctuaciones del mercado, se excedieran del umbral del 20%.¹²⁵²

Por su parte, el Reglamento de exención 267/2010 mantiene una línea muy similar a la marcada en su predecesor, incluyendo, como novedad, algunas pautas adicionales relativas a la determinación de las cuotas de mercado. En este sentido, si bien se conservaba el umbral del 20%, se modificó el método empleado para el cálculo de la cuota de mercado; cambio que, por su parte, traía causa de la necesaria actualización que exigía la aplicación de la defensa de la competencia en el sector asegurador a fin de hacerla coherente con la norma general.¹²⁵³ Así pues, mientras que en el Reglamento de exención 267/2010, para realizar el cálculo de la cuota de mercado combinada, se pasaba a tener en cuenta

¹²⁵¹ Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

¹²⁵² Reglamento de exención 358/2003, artículo 7. A mayores, se exigía, de cara a obtener la exención por categorías, cumplir con los requisitos impuestos en el artículo 12 del mismo Reglamento.

¹²⁵³ PEÑAS MOYANO, M.J., “La eliminación de exenciones en el sector asegurador: más autoevaluación”, *op.cit.*, pp.113-114.

tanto los ingresos brutos en concepto de primas obtenidos dentro del pool como los conseguidos por las compañías integrantes fuera del mismo, en el antiguo sistema únicamente se consideraban las primas obtenidas en el seno del pool.

La consecuencia que implicaba dicho cambio era clara: si la base de las cuotas de mercado se ampliaba, resultaría más fácil que un pool de riesgo sobrepasase el umbral del 20%, lo cual implicaría que tuviese más dificultades a la hora de acogerse a la exención por categorías contenida en el Reglamento de exención 267/2010 (ahora el Reglamento 1218/2010 de exención para ciertas categorías de especialización).¹²⁵⁴ Se eliminaba, por tanto, un régimen más favorable a la concesión de la exención por categorías en la industria aseguradora que, por otra parte, en aquel contexto jurídico y económico, no parecía sostenerse por más tiempo y resultaba absolutamente injustificado en relación con el resto de sectores económicos.

De lo anterior, pueden extraerse las siguientes conclusiones. La primera, que el cambio más radical en relación con las circunstancias y requisitos exigidos para la exención por categorías se produjo con la entrada en vigor del Reglamento de exención 358/2003. La segunda, que, pese a no modificarse el umbral del 20% fijado inicialmente en el Reglamento 358/2003, al alterarse el método empleado para el cálculo de la cuota de mercado en su predecesor se dificultaba la aplicación del Reglamento de exención 267/2010 al establecerse una base más amplia

¹²⁵⁴ DAVIS, A., DAY, C., “The New Insurance Block Exemption Regulation”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 1, No. 4, 2010, p.314.

para efectuar el cálculo. Por último, que la existencia de umbrales que garantizan un “puerto seguro” en la evaluación de los pools de riesgo se consagra en el sector asegurador, al igual que el resto de Reglamentos de exención por categorías, como la norma general.

Ahora bien, sin perjuicio de lo antedicho, conviene llamar la atención sobre un tipo de pool de riesgo en el cual no existe ningún umbral que no deba sobrepasarse para aplicar la exención por categorías: los pools de nuevos riesgos; excepción que, por otra parte, no encuentra su homólogo en el Reglamento de exención 1218/2010, aunque, como se examinará en las líneas subsiguientes, no supondrá mayor problema.

3.1.3 La aplicación de la exención en los pools de nuevos riesgos: hacia una aproximación más económica

En el Reglamento de exención 358/2003 se introdujo por primera vez la exención a favor de aquellos pools cuyo objeto fuese dar cobertura conjunta a “riesgos nuevos”¹²⁵⁵ sin exigir para su aplicación ningún umbral relativo a la cuota de mercado. El motivo que propició esta especial aplicación de la exención obedecía a que, *a priori*, no era posible saber qué capacidad de suscripción sería la necesaria para cubrir el riesgo nuevo, ni si podrían coexistir dos o más pools para proporcionar este tipo de seguros.

¹²⁵⁵ La definición de “riesgos nuevos” que ha de ser observada es la contenida en el apartado 7 del artículo 2 del Reglamento de exención: “riesgos nuevos: 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.” Posteriormente, como se indicará, esta definición será ampliada en el Reglamento de exención 267/2010.

Así pues, este era el único supuesto en el que un pool podía gozar de la exención sin que fuese necesario comprobar qué cuota conjunta de mercado ostentaban las compañías que formaban parte de él durante los tres primeros años de su existencia, siendo este el periodo adecuado, en opinión de la Comisión, para la recopilar datos suficientes sobre siniestros con objeto de determinar si la existencia de un solo pool restringía o no la competencia.¹²⁵⁶ Sin perjuicio de lo antedicho, la aplicación de la exención a este tipo de pools de riesgo quedaba condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos¹²⁵⁷ que, en gran medida, se identifican con los contenidos en el actual régimen aplicable a estos pools: el Reglamento de exención 1218/2010.

Por su parte, la definición de “nuevos riesgos” no ha estado exenta de debate.¹²⁵⁸ En este sentido, y ante las dudas suscitadas, se incorporaba en el Reglamento 267/2010 una nueva definición más depurada y extensa que incluía aquellos riesgos cuya naturaleza fuera tan cambiante que, de

¹²⁵⁶ Reglamento de exención 358/2003, Considerando (19).

¹²⁵⁷ Reglamento de exención 358/2003, artículo 8: “La exención prevista en la letra e) del artículo 1 se aplicará a condición de que: a) cada una de las empresas participantes tenga el derecho de retirarse de la agrupación, mediante preaviso en un plazo no superior a un año, sin incurrir en sanción alguna; b) las normas de la agrupación no obliguen a ninguno de sus miembros a asegurar o reasegurar a través de la agrupación ningún riesgo del tipo de los cubiertos por la agrupación; c) las normas de la agrupación no limiten la actividad de la agrupación o de sus miembros al seguro o al reaseguro de riesgos situados en una región geográfica determinada de la Unión Europea; d) el acuerdo no limite la producción o las ventas; e) el acuerdo no establezca un reparto de mercados o clientes; f) los miembros de una agrupación de correaseguro no acuerden las primas comerciales que aplican a sus clientes en concepto de seguro directo; y g) ningún miembro de la agrupación ni ninguna empresa que ejerza una influencia decisiva sobre la política comercial de la agrupación sea a la vez miembro de otra agrupación que opere en el mismo mercado de referencia, o ejerza una influencia decisiva sobre la política comercial de tal agrupación.”

¹²⁵⁸ Informe relativo a la aplicación del Reglamento 358/2003, §21.

acuerdo con un análisis objetivo, impidiera saber por adelantado qué capacidad de suscripción era necesaria para cubrir tal riesgo.¹²⁵⁹

Ahora bien, pese a los intentos por ofrecer una definición más precisa sobre lo que debía entenderse por “nuevos riesgos”, lo cierto es que años más tarde varias compañías manifestaban seguir encontrando dificultades en cuanto a la interpretación de su alcance¹²⁶⁰. No obstante, parece que el motivo que suscitaba estos problemas no radicaba tanto en la ambigüedad de la definición contenida en el Reglamento de exención, sino más bien en la complejidad propia que presenta el mercado asegurador a la hora de determinar cuándo un riesgo es realmente nuevo.¹²⁶¹

En este sentido, la formulación por parte de la Comisión de una definición alternativa tampoco parece que pudiera comportar mayores ventajas, puesto que la calificación de un concreto riesgo como nuevo riesgo dependerá, en última instancia, del supuesto de hecho analizado en su propio contexto. A la luz de lo anterior, parece razonable afirmar que, en la práctica, la aplicación de la exención relativa a los pools de nuevos riesgos contemplada en los sucesivos Reglamentos de exención del sector

¹²⁵⁹ Reglamento de exención 267/2010, artículo 1.6) b).

¹²⁶⁰ ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market*, op.cit., §248-249. En el mismo sentido, PEÑAS MOYANO apuntaba varios años atrás que “Si bien es cierto que nos parece correcta la ampliación producida en el concepto de nuevo riesgo, no desconocemos que puede ser susceptible de interpretaciones diversas generando dudas al respecto.” En PEÑAS MOYANO, M.J., “La eliminación de exenciones en el sector asegurador: más autoevaluación”, *Revista Española de Seguros*, nº 145, 2011, p.113.

¹²⁶¹ Comisión Europea, *Commission Staff Working Document Impact Assessment (HT.4012 – IBER)*, Brussels, 17.03.2016, *SWD (2016)*, §90.

asegurador carecía de un fundamento sólido toda vez que la interpretación de su definición resultaba dudosa.

Por lo que se refiere al tratamiento actual de los pools de nuevos riesgos, ante la manifiesta imposibilidad de saber por adelantado qué capacidad de suscripción es necesaria para cubrir el riesgo en cuestión y de determinar la cuota conjunta de mercado a efectos de aplicar el Reglamento de exención 1218/2010, parece oportuno comprobar si es subsumible en la exención individual contenida en el artículo 101.3 TFUE. De aquí que el actual régimen de aplicación de la exención individual, frente a la exención por categorías, parezca mucho más adecuado por cuanto que otorga a las aseguradoras una mayor seguridad jurídica, comportando, a su vez, una aproximación más económica de la normativa antitrust de acorde a los principios generales de la defensa de la competencia.¹²⁶²

Ahora bien, lo cierto es que, en la actualidad, la práctica aseguradora deja claro que la exención habitualmente aplicada a los pools de riesgo es la exención individual, esto es, la practicada conforme al artículo 101.3 TFUE, siendo la aplicación del Reglamento de exención 1218/2010 residual por los siguientes motivos. El primero, que este no es aplicable en

¹²⁶² La aproximación más económica tradicionalmente ha estado presente en materia de abuso de posición dominante y de concentración empresarial, no así en relación con los acuerdos entre empresas o prácticas restrictivas. BENEYTO PÉREZ, J.M., TRONCOSO FERRER, M., “Objeto, evolución y perspectivas del Derecho de la Competencia”, *op.cit.*, p. 45. De ahí que, en cierto modo, la aplicación de este enfoque más económico en la evaluación de los acuerdos de colaboración entre aseguradoras no surja, en comparación con otros sectores económicos en los que no existía un Reglamento de exención por categorías propio, con mucho más retraso.

los pools de riesgo creados por intermediarios, siendo este el tipo de pool más frecuente en la práctica europea.¹²⁶³ El segundo, que el Reglamento de exención 1218/2010 no se aplica a aquellos pools de riesgo cuya cuota conjunta de mercado supere el umbral del 20%, cosa que, por su parte, sucede en la mayor parte de los supuestos. El tercero, su innecesaria aplicación en los pools que dan cobertura a ciertos riesgos que, en ausencia de estas estructuras en el mercado de seguros, no sería posible asegurar de manera individual.¹²⁶⁴ Dicho esto, el siguiente epígrafe tendrá por objeto analizar cómo ha de efectuarse la evaluación del pool a la luz del 101.3 TFUE.

3.2 Evaluación del pool de riesgo conforme al artículo 101.3 TFUE

En virtud de las razones antes expuestas, la exención individual se erige como la vía más frecuente en la práctica aseguradora a efectos de evaluar la posible enervación de la prohibición general contenida en el artículo 101.1 TFUE de un pool de riesgo. En este contexto, las Directrices

¹²⁶³ Como ya se dejaba apuntado, a nivel europeo los pools de seguro más habituales son aquellos en cuya formación interviene un corredor de seguros; pools estos que, por su parte, sí entraban dentro del alcance del Reglamento de exención 267/2010. Así pues, mientras que los pools de riesgo constituidos con la intervención de un corredor gozaban de la exención por categorías del Reglamento de exención específico del sector asegurador, ahora estos han de evaluarse, necesariamente, conforme al artículo 101.3 TFUE.

¹²⁶⁴ Los puntos segundo y tercero resultan claros a la luz del Informe realizado por la consultora ERNST & YOUNG en el año 2014 puesto que, en dicho Informe, se ponía de relieve que los pools de riesgo más importantes con presencia en el mercado europeo: (i) generalmente superaban el umbral del 20% de la cuota conjunta del mercado antes marcada por el Reglamento de exención específico del sector asegurador (ahora en el Reglamento de exención 1218/2010) o (ii) aseguraban riesgos que, individualmente, no podrían ser cubiertos por ninguna aseguradora, en cuyo caso, no parece que existiera riesgo de restringir de la competencia.

Horizontales son el instrumento jurídico alternativo que, como se ha venido sosteniendo, ofrecen las pautas que habrán de tenerse en cuenta a fin de evaluar el cumplimiento de las cuatro condiciones exigidas por el artículo 101.3 TFUE.

Asimismo, junto a ellas, resulta necesario acudir a otros instrumentos jurídicos para completar el análisis, a saber, las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, las distintas Decisiones de la Comisión recaídas en materia de pools de riesgos¹²⁶⁵, las cartas administrativas referentes al sector de los seguros, así como la Comunicación del año 2010¹²⁶⁶.

3.2.1 Mejoras de eficiencia

A mayores de los beneficios que los acuerdos de producción pueden comportar para la competencia en los términos expuestos en las Directrices Horizontales¹²⁶⁷, parece que, en los pools de riesgo, estas mejoras de la eficiencia pueden identificarse, específicamente, con las que siguen:

- a) permiten ampliar el conocimiento de los riesgos, crear una

¹²⁶⁵Fundamentalmente las Decisiones recaídas en los siguientes asuntos ya mencionados con anterioridad: *Assurpol* (1992), *TEKO* (1990), *Concordato Incendio* (1990) y *Nuovo Cegam* (1984).

¹²⁶⁶Aunque aplicable, destacar que las pautas marcadas por la Comunicación del año 2010 son realmente parcas, limitándose a hacer remisiones al contenido de otros instrumentos jurídicos, en concreto, (i) a la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia a efectos del Derecho comunitario de la competencia, (ii) a las decisiones pertinentes de la Comisión y (iii) a las cartas administrativas referentes al sector de los seguros. *Vid.* Comunicación del año 2010, §15.

¹²⁶⁷Directrices Horizontales, §183.

capacidad financiera y desarrollar unos conocimientos técnicos específicos para la cobertura de ciertos riesgos que, en ausencia del pool, hubiese sido difícil conseguir;

b) al existir un conocimiento más profundo sobre los riesgos, el diseño del seguro experimenta una mejora, facilitándose, a su vez, una mejor adaptación a las necesidades específicas de la demanda;

c) la existencia del pool simplifica, asimismo, la realización de los trámites vinculados a la liquidación del siniestro puesto que los problemas técnicos y jurídicos, que sólo pueden ser resueltos por especialistas cualificados, se solucionan con mayor facilidad gracias a la puesta en común de los conocimientos y de la experiencia;

d) el pool permite a las compañías más pequeñas acceder a un mercado en el que, *a priori*, solo tienen cabida aquellas de mayor capacidad financiera y experiencia; acceso al mercado que facilita, al menos en potencia, garantizar la presencia de un número mayor de operadores en el mercado. Como resultado, el pool de riesgo permite aumentar la capacidad global del mercado y, asimismo, poner un mayor número de empresas en competencia entre sí, contribuyendo, por consiguiente, a la mejora de la producción del servicio del seguro.

3.2.2 Carácter indispensable

Disponen las Directrices Horizontales que, aquellas restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de producción, no cumplen los criterios del

artículo 101.3 TFUE.¹²⁶⁸ En este contexto, son dos las prácticas que están siempre presentes en los pools de riesgo: el establecimiento en común de las primas y de las condiciones generales que regirán el seguro; ambas prácticas que, sin duda, suponen un grave riesgo desde la lógica antitrust. Ahora bien, pese a que de estos acuerdos entre aseguradoras competidoras puedan surgir restricciones en la libre competencia, se entiende que forman parte del contenido mínimo e indispensable que debe contemplar un pool de riesgo para garantizar un funcionamiento adecuado y que, por tanto, deben ser admitidos.

Por lo que se refiere a la determinación de la prima de seguro, la no imposición de una prima mínima por parte de todos los integrantes del pool podría poner en riesgo tanto al propio pool como a las eficiencias que este pudiera generar. Ello es así debido a que, en el seno de las relaciones internas, existe una tensión entre la competencia y la colaboración que, de no gestionarse adecuadamente, podría conducir a que ciertos miembros del pool, con vistas a captar más clientela, ofreciesen primas muy por debajo de lo técnicamente apropiado, comprometiendo, a la postre, tanto la eficiencia como la viabilidad del pool en su conjunto. Y esa correcta gestión se identifica, en definitiva, con la imposición de ciertas reglas para la determinación de la prima de seguro.

En cuanto a la fijación de condiciones homogéneas, la ausencia de estas impediría tanto a las aseguradoras como a los asegurados el disponer de una base para evaluar la gestión o la calidad del servicio ofrecido por

¹²⁶⁸ Directrices Horizontales, §184.

unos y otros miembros del pool. Igualmente, la no imposición de condiciones homogéneas por parte del pool, además de ser contraria a la lógica de su funcionamiento, exigiría a sus miembros tener que destinar recursos adicionales a tareas que, de realizarse bajo las mismas condiciones, se lograrían ejecutar incurriendo en menores gastos; costes irre recuperables que, por su parte, redundarían en una merma de la eficiencia del mercado en su conjunto.

3.2.3 Beneficios para los consumidores

En términos generales, las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables incluidas en cualquier tipo de acuerdo de producción en común deben beneficiar a los consumidores en forma de precios menores, de mejor calidad o variedad del producto en tal medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.¹²⁶⁹ Por lo que se refiere a los pools de riesgo, estos beneficios se traducen, como norma general, en las siguientes, ventajas:

- a) fruto del mayor conocimiento adquirido a través del pool sobre el riesgo, los clientes pueden encontrar seguros que se adaptan mejor a sus necesidades;
- b) la presencia de pools de riesgo en el mercado de seguros permite a los clientes obtener una cobertura que, de no existir este tipo de estructuras, sería imposible lograr;
- c) la ausencia de pools de riesgo podría coartar el desarrollo

¹²⁶⁹ Directrices Horizontales, §185.

de nuevas actividades de producción por parte de los clientes ante el miedo a sufrir cualquier tipo de siniestro que no fuera posible asegurar;

d) la existencia de condiciones normalizadas en los contratos de seguros facilita la comparación por parte de los usuarios tanto de las primas comerciales como de las condiciones particulares que aplica cada uno de los aseguradores miembros del mismo, permitiéndoles, asimismo, elegir con conocimiento de causa; y

e) en caso de que la cobertura del riesgo a través de un pool lleve aparejada la contratación de un reaseguro con una determinada compañía, los clientes pueden verse beneficiados por obtener condiciones de reaseguro más favorables que de contratar este producto de manera individual.

3.2.4 No eliminación de la competencia

Disponen las Directrices horizontales que, si se ofrece a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado de los productos en cuestión, no es posible que se cumplan los requisitos apuntados en el artículo 101.3 TFUE.¹²⁷⁰ Ahora bien, con vistas a analizar si existe esa posibilidad por parte del acuerdo de producción en común de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado, es requisito previo delimitar la extensión del mismo, esto es, delimitar tanto el mercado de producto como el mercado geográfico de la actividad desarrollada por el pool en cuestión.

¹²⁷⁰ Directrices Horizontales, §186.

En este sentido, toda vez que, como ya se ha hecho mencionado en apartados anteriores, una de las mayores dificultades ante las que se encuentra la aplicación de la defensa de la competencia en el sector asegurador es, precisamente, la delimitación del mercado de referencia, no parece que la justificación de este último requisito exigido por el artículo 101.3 TFUE sea muy sólida en cualquiera de los casos planteados en materia de pools de riesgo. Y es que, si no resulta posible delimitar el mercado de referencia con un grado elevado de certeza, más difícil aún será demostrar con base en argumentos sólidos que, como consecuencia de la existencia del pool de riesgo, una parte sustancial del mismo se puede ver suprimida.

Ahora bien, a fin de permitir la existencia de los pools de riesgo, parece que la acreditación de este requisito se aligera con vistas a facilitar la enervación de la prohibición contenida en el artículo 101.1 TFUE y no desaprovechar, así, los valiosos efectos procompetitivos que estos pools comportan. Lo antedicho se transluce con meridiana claridad de las Decisiones de la Comisión recaídas sobre esta materia, pues, en ellas, resulta fácil apreciar cómo este último requisito del artículo 101.3 TFUE se argumenta, bien de manera sucinta (especialmente en el asunto *TEKO*), bien con base en el mantenimiento de tan solo un elemento competitivo: la determinación de la prima comercial de seguro entre los miembros del pool.

De lo anterior se colige que, a pesar de que exista un acuerdo entre los miembros del pool sobre la determinación de la prima pura, ello no significa que automáticamente desaparezca cualquier tipo de elemento

competitivo en la prima de seguro. Y es que el tramo correspondiente a la prima comercial, este es, el beneficio obtenido por cada uno de los aseguradores de manera individual, en ningún caso viene predeterminado por el pool. Así pues, se garantiza que, al menos en teoría, los precios de la prima finalmente pagados por los clientes no siempre sean los mismos (pues siempre se preserva ese margen competitivo) de modo que la eliminación de la competencia se antoja improbable.

4. Criterios adicionales para la evaluación de los pools de riesgo en clave de red

Los pools de riesgo, tal y como se justificaba en la Parte III, constituyen auténticas redes empresariales de carácter horizontal pues presentan todas las características que han de reunirse para ser identificadas con este fenómeno.

En términos generales, el valor añadido de la red empresarial comporta tanto ventajas para los miembros que la forman como beneficios para la economía en la que esta se desarrolla. Ventajas que a menudo se identifican con un mayor intercambio de información y de experiencias que permiten mejorar los procesos de toma de decisiones informadas, la puesta en común de recursos y de actividades de apoyo para mejorar el rendimiento, la creación de nuevos productos y servicios o el acceso a nuevos mercados geográficos. Esto es, la lógica de red empresarial se construye, fundamentalmente, sobre las eficiencias o ventajas que este tipo de estructuras pueden comportar tanto para los miembros de la propia red como para terceros.

Ahora bien, ante a la puesta en valor de la colaboración en el fenómeno de la red empresarial, la normativa de defensa de la competencia actúa como freno en este tipo de formaciones, máxime, cuando la colaboración en cuestión se entabla entre empresas que compiten en el mismo mercado (colaboración horizontal).

Por su parte, y como se ha venido sosteniendo, el bien jurídico protegido por la normativa antitrust se identifica, esencialmente, con la protección de la competencia efectiva en los mercados. Para ello, en lo que se refiere a las conductas colusorias, el artículo 101.1 TFUE y su homólogo, el artículo 1.1 LDC, prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado europeo o nacional, respectivamente. Solo en aquellos supuestos en los cuales los efectos procompetitivos superen a los efectos negativos que dicha colusión pudiera conllevar, será posible la colaboración empresarial entre distintas compañías competidoras. La colaboración entre competidores se erige, pues, como una excepción a la norma general de prohibición contenida en el artículo 101.1 TFUE y el artículo 1.1 LDC.

Visto cuanto antecede, se colige lo siguiente: mientras que el espíritu de la normativa antitrust parte de la prohibición general de la colaboración entre competidores, la lógica de la red empresarial se construye, precisamente, en torno a esta colaboración. Ante tal afirmación, cabe cuestionarse si estas dos formas de entender la colaboración empresarial

son antitéticas o si, por el contrario, es posible integrar uno y otro enfoque; esto es, adaptar la aplicación de la defensa de la competencia a lógica de la red empresarial.

Desde el punto de vista de la normativa antitrust, tal y como se ha examinado a lo largo del presente Capítulo, los pools de riesgo se imbrican dentro de los denominados “acuerdos de producción en común”, siendo preceptivo realizar su evaluación con arreglo a las pautas establecidas en las Directrices Horizontales y a la Comunicación de 2010. A mayores de estos instrumentos, sigue existiendo un Reglamento de exención – el Reglamento de exención 1218/2010 relativo a determinadas categorías de acuerdos de especialización –, que resulta de aplicación en determinados tipos de pool.

Habida cuenta del acervo normativo que ha de considerarse, parece que, tanto la evaluación del impacto restrictivo de los pools como la enervación de la prohibición general contenida en el artículo 101.1 TFUE y el 1.1 LDC (sea esta en virtud del Reglamento de exención 1218/2010 o a través del artículo 101.3 TFUE) llevan implícitas un enfoque en clave de red toda vez que el espíritu que inspira el diseño de estos instrumentos jurídicos parte de la necesidad de encontrar un cierto equilibrio entre la competencia y la colaboración. Así pues, además de las características del mercado, la naturaleza de la colaboración y de su cobertura, del producto afectado o el poder de mercado del pool, no parece necesario integrar en su análisis antitrust otros datos adicionales relativos al pool de riesgo en cuestión pues estos ya son tenidos en cuenta en su actual marco normativo: bien a través de las Directrices Horizontales, bien mediante el Reglamento de exención

1218/2010 relativo a determinadas categorías de acuerdos de especialización.

Sin perjuicio de lo anterior, la principal dificultad ante la cual seguirán enfrentándose los pools de riesgo es, sin lugar a dudas, la delimitación del mercado de producto; cuestión esta que, por otra parte, no parece tener fácil solución, ya sea desde la óptica de la normativa antitrust o desde la lógica de la red empresarial. De aquí que, lo verdaderamente acuciante sea crear pautas más adecuadas que otorguen una mayor seguridad jurídica en la delimitación del mercado de producto y no tanto valorar la inclusión de criterios adicionales a fin de evaluar los pools en clave de red pues, ya de por sí, la justificación de estas estructuras desde el punto de vista de la normativa antitrust resulta un tanto endeble.

Final conclusions

The research conducted through this dissertation has brought to the fore several issues that have been addressed by means of legal argumentation aiming to procure answers, which, as a concluding section, have been systematized here. Thus, from all the results obtained, below are collected those that either for their doctrinal or practical interest are more significant to that effect.

1. It's an inescapable fact that classic business structures are changing, and that, consequently, traditional boundaries between markets and hierarchies are dissolving.

Empirical evidence proves that often business collaborations are born from contractual structures and that, having emerged in an environment of reciprocal trust, they evolve towards integration. And it's precisely in that in-between phase where hybrid forms that do not answer to the logic of markets or hierarchies materialize, and in which trust operates as a transformation vector for the existing organizational models, often deriving in total integration. In this sense, business networks, understood as "in-between forms" or "hybrid forms", come to be alternatives to markets and hierarchies, thus avoiding the total externalization within the market, as well as the integral internalization of the transaction costs of the company, while reducing the chances of opportunist behaviours from appearing and the usual bounded rationality problems.

Similarly, it is clear and certain by all means that without business networks there wouldn't be market economy, for at this point these structures are the backbone of any value chain. Which is why, in light of the evident existence of the business network phenomenon, it seems necessary to undertake certain changes in applicable laws that respond to this new reality.

2. Antitrust regulation has been one of the legal disciplines where some of the specificities of the business network phenomenon have been acknowledged first.

Concerning restrictive agreements, this adaptation can be observed, though not exclusively, in the approval of certain block exemption regulations referred to some forms of business collaboration that respond to a reticular configuration. Having said that, maybe the biggest trouble stems from the appropriate assessment of those business networks that fall out from the application of these regulations. This holds true as, fitting within the general application framework of sections 1 and 3 of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the specificities that characterise these structures are at risk of being overlooked. This would explain why it seems convenient to nuance certain aspects in the antitrust analysis of these agreements in an attempt to integrate the singularities ascribed to the business network.

3. The new framework resulting from Solvency II and the irruption of the InsurTech phenomenon become the main transformation vectors of the current insurance market;

transformations that have a noticeable impact from the standpoint of antitrust regulation.

Regarding the new European regulatory framework within the Directive Solvency II, it seems appropriate to emphasize that its main goals are focused on mitigating the potential procyclical effects of the economic system and the strengthening of the insurance sector in the face of eventual situations of instability of the markets, finding support to that end in the implementation of new and more demanding stipulations affecting capital requirements and risk management depending on the principle of prudence.

As a result of this risk-based approach, the entities that did not comply with the parameters demanded by the new regulation have been forced to merge or have been absorbed by bigger companies in an attempt to meet these new precepts and continue operating in the market. The consequence of this process becomes inevitable: the insurance market has clustered over the last few years in such a way that, there being less actors, it is easier for some anticompetitive behaviours to arise, which tend to compromise the efficiency and competitiveness of the said sector. In the wake of this conclusion, it seems fitting to consider as well whether guaranteeing the solvency of the insurance sector becomes a priority topic as opposed to the establishment of measures that protect the effective competition, since, in antitrust terms, economic clusters are processes capable of significantly affecting the maintenance of effective competition within the market.

Additionally, this new risk-based approach gives cause for, even though indirectly, the need for elaborating tables and studies on the estimated accident rate for each homogeneous risk category. And that, as it will be discussed in depth later, lead to a clear incentive for insurance companies when it comes to collaborating through the exchange of information on accident rates in order to evaluate the assumed risk with each operation more accurately, as well as to comply with what's been established by the Directive Solvency II.

As for the InsurTech phenomenon, although is true that its potential efficiencies translate into a massive source of competitiveness for the sector, it is necessary to further explore, among other things, which pernicious aspects, following an antitrust logic, the use of these tools may entail. For instance, in restrictive agreements, the potential collusive results that may elicit certain exchanges of information within a blockchain network with participating competitors. Or, within the context of exploiting a dominant position, the market power increase potentially resulting from the implementation of tools based on Big data. This being so, in the coming years, it seems appropriate to pay close attention to these breakthroughs so as to avoid detrimental behaviours towards effective competition within the sector.

4. Certain forms of horizontal collaboration among insurance companies competing in the same market are consubstantial to the existence of the insurance market itself, and thus must be protected.

Dating back to its origins, horizontal collaboration amongst the

different actors in the insurance business has been a basic element allowing for, not only the survival of the sector itself, but its growth and adequate development. A collaboration that is expressed through different business practices (exchange of information, common risk insurance, standardization of clauses, etc.) which bring about an added value both for the insurance industry as well as the customers.

Notwithstanding the foregoing, it is remarkable that, in spite of horizontal collaboration among insurance companies being an indispensable tool in the sector, not all practices are efficient nor are all the goals pursued legitimate. Consequently, clearly defining (i) which forms of collaboration and which goals serve to the effect of promoting efficiency and competitiveness and (ii) which don't become relevant in order to legally safeguard those that promote efficiency, is an absolute necessity for the insurance industry.

5. Exchanging certain information in the insurance sector is a competitive practice that, even though exercised between competitors, must be protected, and even encouraged, by public authorities given the important procompetitive effects involved.

From an economic standpoint, having particular risk-related information becomes fundamental for any insurance company for several reasons: controlling assumed risk, establishing price policies for insurance premiums, creating insurance groups or homogeneous risks or verifying claims. But on top of said purposes, employing certain information is useful for promoting an efficient behaviour that contributes to reducing

risk.

Insurance companies manage a limited amount of data on the accident rate affecting each type of risk by themselves, which exclusively correspond to that obtained from their own experience; limited data that, to a greater or lesser degree, deter the collation of reliable statistics. By virtue thereof, collaboration between insurance companies becomes necessary in order to overcome individual experience and obtain further data that enables the collation of more accurate statistics on the accident rate expected for each type of risk. And that very same collaboration, besides allowing for a better knowledge of risks and a simpler evaluation, can additionally boost the entrance of new operators into the market, benefit policy holders and insured parties, as well as facilitate compliance with the new approach established by the Solvency II framework.

In short, the more data feeding the statistics used by insurance companies, the better accuracy and less margin of error there will be when it comes to calculating the risks they are assuming. However, not all data are relevant to that end: the only accurate information to that effect will be the one capable of revealing the standard or expected accident rate for each type of risk with the ultimate goal of having better control over future accident rates instead of compromising their solvency, thus guaranteeing that the compensations which those insured would eventually receive are in fact paid. Therefore, flows of information of this kind must be protected to a greater extent; in fact, more than protected, they should be promoted by public authorities given that their existence has a direct impact on the efficiency of the sector as a whole without resulting in any anticompetitive

object or effect.

6. The different methods for exchanging information between competitors in the insurance sector are configured as horizontal business networks, generally hegemonic.

Pure exchanges of information in the insurance market take place mainly through information networks, which, additionally, can be structured into three categories depending on their respective purposes: collating common statistics on accident rates, creating shared reports or carrying out market researches on the sector. On the other hand, there are other networks that nurture flows of information with an ancillary nature and, depending on the aim pursued, can be classified into two groups: exchanges of information generated within the context of a risk pool or coinsurance, and those necessary to execute collaboration agreements with other economic sectors linked to the insurance activity.

Besides complying with the so mentioned essential features of the business network, these forms of collaboration show elements characteristic of competitive structures such as the existence of shared funds for the development of a common activity, stipulations on the addition or exit of new members, governance systems, as well as specific measures on how the exchange of information itself should take place.

Regarding the nature of these networks, it's possible to differentiate between those where an operator holds a strategic position and those where all members meet on equal grounds (hegemonic and parity

networks, respectively). The first category integrates flows of information, whether principal or ancillary, where operators different to insurance companies intervene (mainly all the identified scenarios); operators onto whom obligations derived from good faith and loyalty will fall more intensely by virtue of the preeminent position they hold within the network. On the other hand, it seems that only ancillary information networks created to accommodate common insurance to cover certain risks could be identified as parity networks, namely, coinsurance networks and risks pools.

7. Classic problems contemplated by the doctrine when it comes to defining the legal nature of coinsurance could be overcome by categorizing them as “network agreements”.

There’s no doubt that the biggest discrepancy around coinsurance is defining its legal nature: if the coinsurance operation stems from a single agreement (unitarian thesis), several (pluralist thesis) or responds to a hybrid nature structure, to that end, on the contractual colligation doctrine.

The underlying issue with the mentioned stances comes from the impossibility of biding together the collaborative and insuring dimension characteristic of coinsurance under a single positive legal entity. Both dimensions being indivisible, equally preponderant and *conditio sine qua non* for the purpose of defining its legal nature. Which explains the necessity, doctrine-wise, to have to contort the structures and make the boundaries of traditional institutions governed by private law more flexible in order to find a regulatory framework reasonably fitting for coinsurance.

And there is a special emphasis on reasonably fitting for, as we've been pointing out, all these positions are refutable.

This being so, I understand the core of the problem when it comes to subsuming the nature of coinsurance in one or another entity resides, precisely, in the dichotomy (markets and hierarchies) which the current legal systems are born from. Designs that, even though they can explain most legal realities in trade activity, turn out not to be effective for accommodating certain hybrid structures such as coinsurance. However, these structures can be explained without contradiction by means of their configuration as “network contracts”, as justified in the corresponding chapter.

8. In broad terms, coinsurance in the European Union is further developed compared to the Spanish market, though in both cases it is fair to say that it's clearly in decline. However, none of the models seem to pose further issues from the standpoint of antitrust regulation.

In light of the most recent studies, the predominant operational practice in the European Union is defined by the crucial role the insurance brokers hold in the birth of coinsurance, while in the Spanish insurance market there's a clear tendency different to the one identified in other member states. In which case, the general trend responds to the direct negotiation between the insurance companies participating in the coinsurance framework, without the intervention of any broker acting as intermediary (though this option can also be considered).

Now, even though coinsurance has traditionally been a fundamental figure providing coverage to certain risks, nowadays it is being replaced by alternative formulas that grant access to some forms of risk dispersion to the insurees without having to go through coinsurance, with the subsequent cost reduction it entails. More flexible and tailored solutions nowadays controlling the market that was traditionally dominated by coinsurance. In that sense, specialization and experience accumulated by the insurance companies play a fundamental role in the survival of coinsurance as we know it, the future of which will ultimately depend on their capacity to be competitive in a financial environment ever more so globalized and interconnected.

In turn, as highlighted, coinsurance is identified with occasional coverage of specific risks demanded by the customer, in such a way that the nature of the risks covered by this insurance model is also occasional and coinsurance is made effective as long as the client has a definite insurance need. Therefore, coinsurance agreements are not institutionalized clusters destined to cover permanent risks in the insurance market, but rather business structures that emerge situationally and are tailored for each scenario. Consequently, given the lack of a stable and homogenous product market, it doesn't seem like there are many problems associated with it from the prism of antitrust regulation.

9. As opposed to coinsurance, risk pools are a classic form of horizontal collaboration in the insurance market that, by virtue of their purpose (common insurance of homogeneous risks) and their

stable character, may lead to problems from the standpoint of antitrust regulation.

Unlike the case of coinsurance, the evanescence of a particular risk for a specific customer protected by a pool does not encompass the disappearance of said risk structure, for the risk will still exist for other insureds who, at the same time, will benefit from its formation. So, a pool risk could be considered as an “institutionalized coinsurance”, which could facilitate the emergence of certain anticompetitive practices, since they would contribute to coordinating the competitive behaviour amongst competitors within the same market. In fact, as expressed by the European Commission itself, these are the classic agreements in the insurance sector that turn out to be more problematic from the standpoint of antitrust regulation.

The main problem is tied to the fact that the agreements that provide the basic contractual support in risk pools tend to standardize two essential elements in business conduct: on one hand, the premium that will serve as basis for the commercial premium (the price); on the other, the general conditions that must be applied by all the parts of the pool in order to jointly underwrite the insurance. In that sense, some decisions adopted by the Commission in terms of pool risks have served to identify these conducts, which, assessed autonomously without taking into account the context they take place in, constrict competition, and thus should be banned. Now, without prejudice to the aforementioned and as maintained over the course of this thesis, after evaluating these practices in connection to the pool risk as a whole, they would normally be accepted given the

procompetitive effects involved.

10. Since the justification behind certain risk pools, from the standpoint of antitrust regulation, becomes somewhat unstable its immediate reconsideration seems advisable.

We are specifically referring to the agricultural insurance pool in Spain; risk pool that involves a high degree of public intervention and that is configured as a singular model in the standard logic behind the insurance market, the following being the reasons that support these singularities. First of all, payment of the insurance premium is financed by the Spanish government. Second, its exploitation must be necessarily executed by means of a specific risk pool, namely the one stipulated in Article 41 of the *Reglamento de desarrollo de la Ley de Seguros Agrarios Combinados*.

The agricultural insurance market is thus altered both by means of public financing as well as through the establishment of a legal monopoly that hogs the market in its entirety. Both circumstances that, regardless of their lawfulness and underlying defence of public interest, leave room for doubting its compliance with antitrust regulations, all the more given the existence of alternative and more competitive formulas in the market capable of improve its efficiency. In light of all this, maybe it is of interest to review how these risk pools operate, while analysing if using new more competitive formulas could be beneficial towards achieving further efficiency of this market.

11. Actually, the different block exemption regulations of the insurance sector have been justified, not by virtue of the substantive specialties that define said industry, but rather pursuant to procedural matters that could also be found in similar sectors.

Both in the European and North American legal culture, the insurance industry has been observed from the standpoint of antitrust regulation as a singular sector that demands the application of an inherently specific regulation. In Europe, the true motivation behind the implementation of a block exemption system for certain forms of horizontal collaboration was no other than responding to the humongous amount of notifications received by the Commission requesting individual exemption after the publication of the sentence in the case (45/85) *Verband der Sachversicherer*, which claimed that the European regime on competition was fully applicable to the insurance sector.

The block exemption system was nothing more than a legal remedy meant to solve a predicament, more than substantive, with a procedural nature; a legal instrument that allowed the European Commission to free itself from the bureaucratic burden it was subject to in that matter. Hence, with the new Regulation 1/2003 coming into force, sustaining the general exemption system through 2017 becomes more than questionable.

12. The existence of a block exemption regulation in no way weakened the need of evaluating risk pools by insurance companies with a view to verifying if those were within its reach; an auto evaluation that, as acknowledged by the companies themselves, had

not been carried out most of the times or were in fact carried out but only partially.

The fact that insurance companies undervalued the auto evaluation required by risk pools constituted, without a shred of doubt, an incredibly negative aspect with regards to verifying the practical utility of the exemption regulation. However, it does not seem like this extremely serious matter (for the existence of an exemption regulation in no way removed the need for an auto evaluation) was taken into consideration by the Commission in their regulation makeover, especially in reference to Regulation 358/2003.

This being the case, the absence of an auto evaluation, as evidenced by the insurance companies themselves, leads to considering whether, in fact, exemption regulations were necessary and appropriate as long as, at least in the insurance field, these were not properly enforced. How can anyone assert that a legal instrument is effective when in truth it is not applied by its recipients? To what extent are the conclusions drawn from the monitoring reports conducted by the Commission valid if the regulations were not properly applied? There is no doubt, in light of these findings, that the so-called regulation renewal, especially regarding Regulation 267/2010, seems more than questionable.

13. After repealing the block exemption regime in the insurance market, a more economic approach in terms of antitrust affecting exchanges of information consolidates. However, in certain risk pools, its application still shows a noticeable formalist character.

Different block exemption regulations in the insurance sector have evolved over the years towards a more economic application of antitrust regulations; an evolution that becomes evident in the progressive decrease of exempt categories as experienced by exemption regulations. Therefore, from the six categories initially established, though two of them were never fully developed, only two have remained exempt through 2017, namely, certain types of exchanges of information and some risk pools. Likewise, the evolution of the legal technique implemented by the Commission in each regulation indirectly reveals a more economic approach followed in their general antitrust policies.

Concerning exchanges of information, such economic approach is nowadays fully expressed, having to submit any agreement to evaluation under the light of the general rules of competition. Nonetheless, in the case of risk pools, given the fact that they are considered as common production agreements, there are some scenarios where their evaluation must be performed on the basis of Exemption Regulation 1218/2010, which concurs, almost in its entirety, with the conditions gathered in the now repealed Exemption Regulation 257/2010.

Consequently, it cannot be assured that the repeal of the block exemption system in the insurance sector has abolished the application of another type of block exemption regime in that sector or has entirely led to a more economic application of the antitrust regulation. Now, as in practice almost no risk pools fall within the reach of Exemption Regulation 1218/2010 and their evaluation must be carried out in most cases in line

with the Horizontal Directives, the truth is that, without intention, the application of antitrust policies to these forms of collaboration takes on, despite the formalities characteristic of the Exemption Regulation, a more economic approach in accordance with the general principles of antitrust regulations.

14. Whether their object or effect, it doesn't seem feasible that some pure exchanges of information between insurance companies can cause restrictions in the insurance market. What is more, by virtue of their non-existent restrictive impact and their unquestionable procompetitive effects, some sorts of information exchanges should be protected and promoted, not through the exemption contemplated in Article 1.3 of the *Ley 15/2007, de Defensa de la competencia (LDC)*, but via sector regulations.

We're exclusively referring to the agreements on the exchanges of information between competitors, the main aim of which is creating tables, gathering data or collating statistics so as to define the expected average risk for a particular risk category with homogenous features. If that were to be the case, that is, instead of these agreements being justified by the exemption contemplated in Article 1.3 of the LDC, this collaboration in the insurance sector, in compliance with Article 4 of the same act, would be qualified as an exempt conduct and, consequently, would not be subject to antitrust rules. It would no longer be necessary to carry out any sort of evaluation, on the part of insurance companies or competition authorities (which would save a lot of time and money), but rather sector regulations would allow all operators to share, create and spread said information.

If it is all about promoting efficiency, this is undoubtedly the most accurate option. Ultimately, the presence of important market failures in the insurance market justifies its intervention by public authorities; an intervention that materializes both by means of sector regulations as well as antitrust policies.

15. The traditional complications experienced by insurance companies when it comes to defining the limits of the product market, although legitimate, don't seem to be entirely justifiable. They're also not complications exclusive to the insurance sector.

As argued, but for one exception, in the insurance sector delimiting the product market constitutes an exception to the general methodology set out in the Horizontal Directives. This is so given that the special nature of insurance asks for, in most cases, analysing the product market based on the analysis of the supply-side substitutability instead of on the analysis of the demand-side substitutability, the latter being the most common methodology used for that purpose. The explanation is simple: having to cover a specific risk, the policy holder, in the majority of scenarios, can only take out the type of insurance that can cover for that risk and no other. In other words, there's no product that can replace the insurance hired to cover a specific risk, in such a way that there is no room for the demand-side substitutability to exist.

Now, this inversion of the usual methodology does not prevent the consideration of delimiting the product market from being especially

complex in the insurance industry. To put it simply, instead of analysing the parameters linked to the analysis of the demand-side substitutability, it will be required to observe how fast can insurance companies produce and commercialize insurances of the same nature in the short-term and without incurring in significant additional costs and risks as a response to small permanent variations in relative prices.

This being so, even though it's true that when delimiting the product market in the insurance sector there are certain specificities to be considered, it is no trickier task than doing so in other sectors characterised for producing complex goods and services. Which is why it does not seem acceptable that insurance companies are failing to carry out an auto evaluation with regard to risks pool on the basis of such argument (which, as acknowledged by the insurance companies themselves, has been happening over the years).

16. From the standpoint of the business network phenomenon, there's no apparent need for additional criteria in the assessment of antitrust risk pools; although that wouldn't be the case regarding the evaluation of certain exchanges of information.

Concerning the evaluation of risk pools, besides the characteristics of the market, the nature of the collaboration and coverage, the product affected or the market power of the pool, it does not seem necessary to integrate in its antitrust analysis other additional data pertaining to the risk pool in question, as those would already be taken into account within its regulatory framework, either by means of the Horizontal Directives or the

Exemption Regulation 1218/2020 relative to certain specialization agreement categories.

On the contrary, it does seem advisable to integrate additional criteria when assessing exchanges of information. For instance, in the case of pure information networks whose shared interest responds to a need – the mere existence of the insurance market–, the application of a more flexible and indulgent antitrust regulation. Whether its object or effect, this holds true as long as the restrictive result becomes unlikely, while the procompetitive effects come to be evident in view of the experience accumulated by the competition authorities.

On the other hand, regarding the ancillary exchanges occurred within business networks not expressly contemplated in the Horizontal Directives, it seems appropriate to consider whether the network as a whole violated the general ban established in Article 101.1 of the TFEU or, if applicable, Article 1.1 of the LDC. If that were so, assessing whether they meet the requirements of Article 101.3 of the TFEU or Article 1.3 of the LDC seems reasonable; otherwise it becomes necessary to consider to what extent exchanging information constitutes an ancillary restriction.

Bibliografía

1. ABRAMSON, N.R., AI, N. J., “Canadian Companies Doing Business in China: Key Success Factors”, *Management International Review*, Vol. 39, Num. 1, 1999, pp. 7-35.
2. ACKERMAN, S.R., “Efficiency, equity and inalienability”, *Law and Economics & The Economics of Legal Regulation*, Kluwer Academic Publishers, 1986, pp. 11-37.
3. AGUILERA VERDUZCO, M., GONZÁLEZ GARCÍA, R., DE CADENAS SANTIAGO, G., *Elementos para la expansión del seguro en América Latina. Un análisis de los determinantes del nivel de penetración del seguro*, Servicio de Estudios de Mapfre, 2017.
4. AHERN, R., “The role of strategic alliances in the international organization of industry”, *Environment and Planning A: Economy and Space*, vol. 25, 1993, pp. 1.229-1.246.
5. AKERLOF, G.A., “The market for “Lemons”: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, N°3, 1970, pp. 488-500.
6. ALARCÓN FIDALGO, J., “La aportación de Big data y de Blockchain a la cadena de valor del seguro”, *Revista Española de Seguros*, N° 173, 2018, pp. 63-89.
7. ALBERS, S., “Cooperation and Competition Dynamics of Business Networks: Strategic Management Perspective”, *Claves del derecho de redes empresariales*, Publicacions de la Universitat de València, 2017, pp. 109-126.
8. ALBRECHT. J. P., “How the GDPR will change the world?”, *The European Data Protection Law Review (EDPL)*, vol. 3, 2016, pp. 287- 289.
9. ALEJOS GARMENDIA, C., *Los Deberes de Diligencia y de Lealtad de los Administradores de las Empresas*,

Aranzadi, 2017.

10. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, 2004, p.6.

11. ALONSO SOTO, R., “La aplicación de la normativa de la competencia al seguro”, *Revista Española de Seguros*, n° 136, 2008, pp. 579-602.

12. ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia en España”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 1996, pp. 9-16.

13. ÁLVAREZ HERNANDO, J., *Practicum de Protección de datos 2018*, Pamplona, Thomson Reuters, 2017.

14. ÁLVAREZ, J.L., FERREIRA, M.A., “Networks versus bureaucracies: the dilemmas of organizations of the future”, *Research Division IESE*, University of Navarra, 1995.

15. ÁLVAREZ, M., *Security trends in the financial services sector*, IBM Security, 2017.

16. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Insurance Antitrust Handbook*, American Bar Association, 2017.

17. AMSTUTZ, M., “Contract collisions: an evolutionary perspective on contractual networks”, *Law and Contemporary Problems*, Duke Law, Durham, vol. 76:79, 2013 pp. 169-189.

18. ANGELONE, M., “La disciplina italiana del contrato de red entre empresas. Elementos esenciales de contenido”, *Revista bolivariana de derecho*, n° 20, 2015, pp. 346-367.

19. ARENA, M., “Does insurance market activity promote economic growth? A cross-country study for

industrialized and developing countries”, *The Journal of Risk and Insurance*, vol. 75, nº 4, 2008, pp. 921-946.

20. ARNOTT, R.J., “The Welfare Economics of Moral Hazard”, *National Bureau of Economic Research*, Working paper no. 3316, 1990.

21. ARROW, K.J., “Insurance, Risk and Resource Allocation”, *Foundations of Insurance Economics, Hiebner International Series on Risk, Insurance and Economic Security*, vol. 14, Springer, 1992. pp. 220-229.

22. ARROW, K.J., “Uncertainty and the welfare economics of medical care”, *American Economic Review*, Vol. 53, Nº 5, 1963, pp. 941-973.

23. ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 2, 1985, pp. 223-232.

24. AVIÑÓ BELENGUER, D., “El seguro de responsabilidad civil por contaminación. Análisis de la póliza del Pool Español de Riesgos Medioambientales”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº. 123, 2015, pp. 6-17.

25. AVRAHAM, R., “The Law and Economics of Insurance Law - A Primer”, *Connecticut Insurance Law Journal*, Law and Econ Research Paper No. 224., November 25, 2011.

26. AZEVEDO CUNHA, M.V., *Market Integration Through Data Protection an Analysis of the Insurance and Financial Industries in the EU*, Springer, Rio de Janeiro, 2013.

27. BALUCH, F., MUTENGA, S., PARSONS, C., “Insurance, Systemic Risk and the Financial Crisis”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice*, Volume 36, Issue 1, 2011.

28. BAENA BAENA, P.J., “La controvertida exención

por categorías del derecho comunitario de la competencia a conferencias y consorcio marítimos”, *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Editorial Civitas, 2018, pp. 183-212.

29. BARRERO RODRÍGUEZ, E., *El consorcio de compensación de seguros*, Tirant lo Blanch, 2000.

30. BASEDOW, J., “Towards a European Insurance Contract Law? The Commission Expert Group, its Antecedents and Consequences”, *Research Paper Series, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Nº 15/18, 2015.

31. BATALLER GRAU, J., “El régimen jurídico del contrato de seguro”, *Derecho Mercantil. Estudios in Memoriam de Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 509-523.

32. BATALLER GRAU, J., “The harmonization of European contract law: the case of insurance contracts”, *Connecticut Insurance Journal*, Vol. 21.1, 2014 pp. 149-172.

33. BATALLER GRAU, J., “Los rasgos conformadores del derecho de seguro”, *Derecho de los Seguros Privados*, Marcial Pons, 2007, pp. 31-35.

34. BATALLER GRAU, J., “¿Hacia la unificación de la normativa del contrato de seguro en Europa? Tópicos para un debate”, *Derecho patrimonial europeo*, Aranzadi, 2003, pp. 49-66.

35. BATALLER GRAU, J., LATORRE CHINER, N., OLAVARRÍA IGLESIA, J., “El consorcio de compensación de seguros”, *Derecho de los seguros privados*, Marcial Pons, 2007, pp. 115-126.

36. BATALLER GRAU, J., *El seguro múltiple*, Tirant lo Blanch, 1998.

37. BATOR, F.M., “The Anatomy of Market Failure”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 72, No.3, 1958, pp. 351-

379.

38. BELANDO GARÍN, B., “La protección pública del consumidor de servicios financieros (banca, bolsa y seguros). Una perspectiva transversal.”, *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Aranzadi, 2014, pp. 269-305.

39. BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Situación actual de la exención por categorías en materia de seguros y consorcios marítimos”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XX, 1999, pp. 1441-1452.

40. BENEYTO, J.M., MAÍLLO, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, Bosch, 2017.

41. BENEYTO PÉREZ, J.M., TRONCOSO FERRER, M., “Objeto, evolución y perspectivas del Derecho de la Competencia”, *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, Wolters Kluwer, 2017, pp. 33-58.

42. BENGTTSSON, M., KOCK, S., “Cooperation and competition in relationships between competitors in business networks”, *The Journal of Business & Industrial Marketing*, Tomo 14, Nº 3, 1999, pp. 178-194.

43. BENGTTSSON, M., TATBEEQ, R. U., “A systematic review of research on coopetition: Towards a multilevel understanding”, *Industrial Marketing Management*, Vol. 57, 2016, pp. 23-39.

44. BEN-SHAHAR, O., LOGUE, K.D., “Outsourcing regulation: how insurance reduces moral hazard”, *Michigan Law Review*, Vol. 111, No. 2, (November 2012), pp. 197-248.

45. BERNARD MAINAR, R., “A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2010, pp. 1.447-1.484.

46. BERDIN, E., SOTTOCORNOLA, M., “Assessing Systemic Risk of the European Insurance Industry”, *EIOPA*

Financial Stability Report - Thematic Articles 6, EIOPA, Risks and Financial Stability Department, 2015.

47. BIENER, C., ELING, M, JIAB, R., “The structure of the global reinsurance market: An analysis of efficiency, scale, and scope”, *Journal of Banking & Finance*, Volume 77, April 2017, pp. 213-229.

48. BILOTKACH, V., HÜSCHEL RATH, K., “Antitrust immunity for airline alliances”, *Journal of Competition Law & Economics*, Nº 7(2), 2011, pp. 335–380.

49. BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La aplicación del derecho europeo de la competencia a la actividad aseguradora”, *Revista Española de Seguros*, nº 104, 2000, pp. 731-770.

50. BLANCO SÁNCHEZ, M. J., “Digitalización del sector financiero y sus consecuencias. Especial referencia a las FinTech”, *Derecho Mercantil y Tecnología*, Aranzadi, 2018, pp. 379-392.

51. BOJ DEL VAL, E., CLARAMUNT BIELSA, M.M., “Bases de datos y estadísticas del seguro de automóviles en España: influencia en el cálculo de primas”, *Estadística Española*, Vol. 47, Núm. 160, 2005, pp. 539-566.

52. BOTANA AGRA, M.J., “Las reglas de la competencia de la CEE y el transporte aéreo intracomunitario”, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea: estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, 1991, pp. 189-204.

53. BOTANA AGRA, M., “Crisis económica y Derecho de la Competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 10, pp. 1984-1985.

54. BRANDENBURGER, A.M., NALEBUFF, B.J., *Co-opetition*, New York Currency/Doubleday, 1996.

55. BRATTON, W.W., “Enron and the Dark Side of Shareholder Value”, *Public Law and Legal Theory Working Paper N° 035*, The George Washington University Law School, 2002.
56. BROSETA PONT, M., *El contrato de reaseguro*, Editorial Aguilar, 1961.
57. BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil. Vol. II*, Tecnos, 23ª, 2016.
58. BUXBAUM, R.M., “Is network a legal concept?”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149 (4), Alemania, 1993, pp. 698-705.
59. CABALLERO SÁNCHEZ, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Fundación Mapfre, 1997.
60. CABANILLAS ALONSO, P., “La aplicación del Derecho Comunitario de la competencia al Sector Seguros”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 46, 1988, pp. 17-32.
61. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. No 49, N° 1, 1996, pp. 5-74.
62. CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 25-72.
63. CAFAGGI, F., “Introduction”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, Cheltenham, 2011, pp. 1-18.
64. CAFAGGI, F., “Contractual networks and contract theory: a research agenda for European contract law”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, Cheltenham, 2011, pp. 66-107.
65. CAFAGGI, F., “Il nuovo contratto di rete:

“Learning by doing”?”, en *Il Contratti 12/2010*, 2010.

66. CAFAGGI, F., IAMICELI, P., *Inter-firm Networks in the European Wine Industry*, European University Institute Working Paper, 2010.

67. CAFAGGI, F., “Redes contractuales y small business act. ¿Hacia unos principios europeos?”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 21-95.

68. CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *European Review of Contract Law*, Vol. 4, Issue 4, 2008.

69. CAFAGGI, F., “Contractual networks and the small business act: towards European principles?”, *EUI Working Papers*, Law 2008/15, 2008.

70. CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento inter-imprenditoriale”, *Reti di imprese tra reolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Il Mulino, 2004, pp. 57-124.

71. CALONJE CONDE, M., “Novedades en materia de contratación de seguros”, *Comentarios a la Reforma de la Normativa de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Análisis de la Ley 34/2003 y de la Normativa Reglamentaria aprobada por los Reales Decretos 297 a 301/2004*, Aranzadi y Ernst & Young Abogados, 2004, pp. 297-388.

72. CALVO BERNARDINO, A., ALCALDE GUTIÉRREZ, E.E., “El espacio financiero único”, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, (Tomo VII), Aranzadi, 2016, pp. 837-938.

73. CALZADA CONDE, M.A., “La protección del asegurado en la ley de contrato de seguro”, *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Aranzadi, 2014, pp. 107-151.

74. CAPALDO, A., “Network structure and innovation: the leveraging of a dual network as a distinctive relational capability”, *Strategic Management Journal*, vol. 28, John Wiley & Sons, 2007, pp. 585-608.
75. CAPPIELLO, A., “Digital Disruption and InsurTech Start-ups: Risks and Challenges”, *Technology and the Insurance Industry*, Palgrave, 2018, pp. 29-50.
76. CARTER, R.L., *El reaseguro*, Mapfre, 1979.
77. CARRASCO PERERA, Á.; “El Reglamento UE 1286/2014, sobre documentos de datos fundamentales relativos a productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros. Comentario y crítica de una reforma”, *Revista CESCO*, núm. 13, 2015, pp. 203-213.
78. CASTELLANO, G., “Governing Ignorance: Emerging Catastrophic Risks—Industry Responses and Policy Frictions”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 35, No. 3, 2010, pp. 391-415.
79. CASTELLS, M., *The rise of the network society*, Wiley-Blackwell, United Kingdom, 2010.
80. CASTILLO PLAZA, C.A., “La transferencia alternativa de riesgos. Concepto, características y situación actual”, *El contrato de seguro en la encrucijada*, Aranzadi, 2018, pp. 301-344.
81. CASTILLO PLAZA, C.A., “El concepto de entidad cautiva en el ámbito del seguro: evolución y regulación actual”, *Un derecho de seguros más social y transparente*, Aranzadi, 2017, pp. 1.153-1.194
82. CASÉS PALLARÉS, L., *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, 1995.
83. CHAN, A.K.K. et al., “Business Ethics in Greater China: An Introduction”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 88,

Supplement 1: Business Ethics in Greater China, 2009, pp. 1-9.

84. CHIAPPORI, P.A., SALANIÉ, B., “Asymmetric Information in Insurance Markets: Predictions and Tests”, *Handbook of insurance*, Springer, 2013, pp. 397-422.

85. CLAR MOLINER, C., MARTÍN-RETORTILLO, M., PINILLA NAVARRO, V.J., “Agricultura y desarrollo económico en España, 1870-2000”, *Estudios sobre el desarrollo económico español: dedicados al profesor Eloy Fernández Clemente*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2016, pp. 165-209.

86. COASE, R. H., “The problem of social cost”, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, october 1960, pp. 1-44.

87. COASE, R. H., “The nature of the firm”, *Economica, New Series*, Vol. 4, No. 16, 1937, pp. 386-405.

88. COHEN, A., SIEGELMAN, P., “Testing for Adverse Selection in Insurance Markets”, *The Journal of Risk and Insurance*, 2010, Vol. 77, No. 1, 2010, pp. 39-84.

89. COHEN, A., “Asymmetric Information and Learning: Evidence from the Automobile Insurance Market”, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 87, No. 2, 2005, pp. 197-207.

90. COLLINS, H., “Introduction to Networks as Connected Contracts”, *Networks as connected contracts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011, pp. 1-72.

91. CONDIE, S., GANGULI, J.V., “Informational efficiency with ambiguous information”, *Economic Theory*, Vol. 48, No. 2/3, Symposium on the 50th Anniversary of the Ellsberg Paradox (October 2011), pp. 229-242.

92. CONG, L.W., HE, Z., “Blockchain Disruption and Smart Contracts”, *National Bureau of Economic Research*, Working Paper No. 24399, Febrero 2018.

93. CONGDON, W.J., KLING, J.R., MULLAINATHAN, S., *Police and choice. Public finance through lens of behavioural economics*, The Brookings Institution, 2011.

94. COREA F., “How AI Is Changing the Insurance Landscape”, *Applied Artificial Intelligence: Where AI Can Be Used In Business*, Springer, 2018, pp. 5-10.

95. COSTAS COMESAÑA, J., “La especialidad del Derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1055-1074.

96. COSTAS COMESAÑA, J., “El concepto de restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 30, 2009-2010, pp. 167-182.

97. COUILBAULT, F., COUILBAULT-DI TOMMASO, S., HUBERTY, V., *Les grands principes de l'assurance*, L'Argus Editions, 2017.

98. CUBERO MARCOS, J. I., “Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades”, *Revista de Administración Pública*, núm. 184, 2011, pp. 121-156.

99. CUMMINS, J.D., WEISS, M.A., “Systemic risk and the U.S. insurance sector”, *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 81, No. 3, 2014, pp. 489-527.

100. CUÑAT EDO, V., y otros, “Disposiciones generales”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 341-554.

101. DAGNINO, G. B. y PADULA, G., “Coopetition Strategy. A new kind of interfirm dynamics for value creation”,

Paper presented at *EURAM – The European Academy of Management Second Annual Conference - “Innovative Research in Management”*, Stockholm, 2002.

102. D'ASPREMONT, C., et al., “On the Stability of Collusive Price Leadership”, *The Canadian Journal of Economics / Revue Canadienne D'Economique*, vol. 16, no. 1, 1983, pp. 17-25.

103. DAVIS, A., DAY, C., “The New Insurance Block Exemption Regulation”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 1, No. 4, 2010, pp. 313-315.

104. DEAKIN, S., *The return of the guild? Network relations in historical perspective*, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 322, March 2006.

105. DE LUIS GARCÍA, E., *El derecho al medio ambiente. De su tutela penal a la respuesta procesal*, Tirant lo Blanch, 2019.

106. DE LUIS, J.M., “Centro Zaragoza: breve historia de la evolución de un centro de investigación al servicio del sector asegurador español”, *Conorseguros Revista Digital*, nº 8, 2018, pp. 1-19.

107. DEMETRIADES, P.O., HUSSEIN, K., “Does financial development cause economic growth? Time series evidence from sixteen countries”, *Journal of Development Economics*, Vol. 51, 1996, pp. 387-411.

108. DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., “Consideraciones preliminares sobre el reaseguro”, *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, 1997, pp. 21-69.

109. DE LEÓN PONCE, A., “La protección legal de consumidores y usuarios en España”, *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Tirant lo Blanch, Vol. I, 2007, pp. 103-155.

110. DEL VALLE SCHAAN, M., "El reglamento de

exención: herramienta competitiva del sector asegurador europeo", *Revista Española de Seguros*, n.º. 136, 2008, pp. 605-611.

111. DEL VALLE SCHAAN, M., "El coaseguro comunitario", *Revista española de seguros*, N.º. 69, 1992, pp. 29-40.

112. DÍAZ BRAVO, "La responsabilidad civil por contaminación del entorno y su aseguramiento" *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, Fundación Mapfre, 1997, pp. 15-62.

113. DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito: los operadores de banca-seguros*, Aranzadi, 2015.

114. DIÉZ ESTELLA, F., "El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales", *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, Wolters Kluwer, 2017, pp. 505-553.

115. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial Vol. I*, Aranzadi, 6ª edición, 2007.

116. DING, A., "The History of Health Care in the United States Pre- 1965", *An Introduction to Health Policy: A Primer for Physicians and Medical Students*, Springer Science+Business Media, 2013, pp. 3-13.

117. DINLERSOZ, E. M., PEREIRA, P., "Diffusion of electronic commerce", *Industrial organization and the digital economy*, MIT Press, 2014.

118. DOLLINGER, M.J., "Confucian Ethics and Japanese Management Practices", *Journal of Business Ethics*, Vol. 7, No. 8, 1988, pp. 575-584.

119. DOMENECH APARISI, T.A., *Social Aspects of Industrial Symbiosis Networks*, Doctoral thesis, UCL (University College of London), 2010.

120. DOPAZO FRAGUÍO, P., “Coordinación y gerencia de riesgos ambientales (responsabilidad civil por daños ambientales y seguro ambiental)”, *Observatorio Medioambiental*, Vol. 5, 2002, pp. 103-125.

121. DOWLING, M. J., ROERING, W.D., CARLIN, B.A., WISNIESKI, J., “Multifaceted Relationships under Coopetition”, *Journal of Management Inquiry*, Vol. 5, No. 2, 1996, pp. 155-167.

122. DURUSU-CIFTCI, D., SERDAR ISPIR, M., YETKINER, H., “Financial development and economic growth: Some theory and more evidence”, *Journal of Policy Modeling*, vol. 39, 2017, pp. 290-306.

123. DYER, J. H., SINGH, H., “The relational view: Cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage”, *Academy of Management Review*, Vol. 23(4), 1998, pp. 660–679.

124. EK BIA, H.R., y KLING, R., “Network organizations: symmetric cooperation or multivalent negotiations?” *Information Society*, 21 (3), 2005, pp. 155-168.

125. ELGUERO MERINO, J.M., *Lobby y grupos de presión análisis regulatorio y estudio en el sector asegurador*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2018.

126. ELGUERO MERINO, J.M., *El contrato de agencia de seguros*, Fundación Mapfre, 2000.

127. ELING, M., PANKOKE, D.A., “Systemic risk in the insurance sector: a review and directions for future research”, *Risk Management and Insurance Review*, Vol. 19, No. 2, 2016, pp. 249-284

128. EMBID IRUJO, J.M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Comares, 2013.

129. ERNST & YOUNG, *Study on co(re)insurance pools and on ad-hoc co(re)insurance agreements on the subscription market, New Edition July 2014*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014.

130. ESTEPA MONTERO, M., “Las Conferencias Marítimas en el ámbito de la Unión Europea: el final de una exención a la libre competencia”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, N° 43, 2010, pp. 59-82.

131. ESTEVAN DE QUESADA, C., “Información y colaboración empresarial en el derecho de Defensa de la competencia”, *Cooperación empresarial y derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 51-77.

132. ESTEVAN DE QUESADA, C., “Redes empresariales y derecho de la competencia”, *Derecho Mercantil. Estudios in memoriam del Profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 151-169.

133. ESTEVAN DE QUESADA, C., *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución*, Aranzadi, Navarra, 2017.

134. ESTEVAN DE QUESADA, C., “«Shadow banking» y financiación sindicada”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N°. 145, 2017, pp. 205-226.

135. ESTEVAN DE QUESADA, C., *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*, Tirant Lo Blanch, 2013.

136. ESTEVAN DE QUESADA, C., “Intercambios de información en las redes empresariales: problemática antitrust”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 507-530.

137. ESTEVAN DE QUESADA, C., “Prácticas facilitadoras y sistemas de intercambios de información”, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova,

Valladolid, 2011, pp. 851-862.

138. ESTEVAN DE QUESADA, C., “Protección de los consumidores y derecho "antitrust": la participación de las asociaciones de consumidores en el control de las prácticas colusorias”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 28, 2007-2008, pp. 167-190.

139. EUROPE ECONOMICS, *Different forms of cooperation between insurance companies and their respective impact on competition. Studies on issues pertaining to the insurance production process with regard to the application of the Insurance Block Exemption Regulation (IBER)*, Publications Office of the European Union, 2016.

140. FAISAL, B., MUTENGA, S., PARSONS, C., “Insurance, Systemic Risk and the Financial Crisis”, *Geneva Papers*, Vol. 36, 2011, pp. 126-163.

141. FARMER, S., “Competition and regulation in the insurance sector: Reassessing the McCarran-Ferguson Act”, *Oregon Law Review*, N° 89 (3), 2011, pp. 915-950.

142. FAULL & NIKPAY, *The EU Law of competition*, Oxford University Press, 2014.

143. FAURE, M.G., FIORE, K., “The Coverage of the Nuclear Risk in Europe: Which Alternative?”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 33, No. 2, April, 2008, pp. 288-322.

144. FAURE, M., VAN DEN BERGH, R., “Restrictions of competition on insurance markets and the applicability of EC antitrust law”, *Kyklos*, Vol. 48, Issue 1, 1995, pp. 65-85.

145. FERNANDO MÁRQUEZ, J., “Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-2.

146. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J.L., “El sector asegurador y los grupos de interés”, *Los grupos de interés en*

España. La influencia de los lobbies en la política española, Tecnos, 2016.

147. FERNÁNDEZ TORRES, I., “Competencia en el sector aéreo y aeroportuario”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, N.º. 91, 2015.

148. FERRETTI, F., *EU Competition Law, the Consumer Interest and Data Protection. The Exchange of Consumer Information in the Retail Financial Sector*, Springer, 2014.

149. FISHER, T., “A law of large numbers approach to valuation in life insurance”, *Insurance: Mathematics and Economics*, Volume 40, Issue 1, January, 2007, pp. 35-57.

150. FOCARELLI, D., Why Insurance Regulation Is Crucial for Long-Term Investment and Economic Growth?, *Insurance Regulation in the European Union. Solvency II and beyond*, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 339-359.

151. FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales”, *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, 2005, pp. 9-48.

152. FONT GALÁN, J.I., MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*, Marcial Pons, 2005.

153. FUNDACIÓN MAPFRE, *Introducción al reaseguro*, Instituto de Ciencias del Seguro, 2010.

154. FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS, *Manual de introducción al seguro*, Editorial Mapfre, 1990.

155. GALÁN CORONA, E., “Prohibición de prácticas colusorias (I): visión general”, *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, Wolters Kluwer, 2017, pp. 235-283.

156. GALÁN CORONA, E., “Notas sobre el reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del tratado de Roma”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7. Núm. 15, 2003, pp. 499-525.
157. GARCÍA CACHAFEIRO, F., *Los acuerdos de precios en la banca*, Tesis doctoral, Universidad de A Coruña, 2002.
158. GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, Imprenta Aguirre, 1983.
159. GARRIGUES, J., “Estudio sobre el contrato de seguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 109-110, parte Estudios, 1968, pp. 443-512.
160. GEISTFELD, M. A., “Interpreting the rules of insurance contract interpretation”, *New York University Law and Economics Working Papers* (Paper 416), 2015.
161. GEORGIEVA, L., ZIA, I., “Formalisation and Verification of Knowledge Management in Digital Economy and Organisations”, *Agent and Multi-Agent Systems in Distributed Systems - Digital Economy and E-Commerce*, Springer, 2013, pp. 53-66.
162. GIMENO FELIÚ, J.M., “El principio de eficiencia”, *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2010, pp. 1255-1274.
163. GIRGADO PERANDONES, P., *La póliza estimada*, Marcial Pons, 2015.
164. GOLLIER, C., “Some aspects of the economics of catastrophe risk insurance”, *CESifo Working Paper, No. 1409*, Center for Economic Studies and Ifo Institute, Munich, 2005.
165. GÓMEZ ASENSIO, C., *El deber de lealtad en las redes empresariales: los interproveedores*, Aranzadi, 2018.

166. GÓMEZ ASENSIO, C., *La gobernanza de las redes empresariales: los deberes fiduciarios*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

167. GÓMEZ ASENSIO, C., “El concepto de red en la reforma de la Ley de Auditoría”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 319-342.

168. GÓMEZ DEL CAMPO, J., “La necesidad del Seguro de Responsabilidad Civil Nuclear (SRCN)” *Revista de la Sociedad Nuclear española*, N°. 319, 2011, pp. 17-20.

169. GÓMEZ DEL CAMPO, J., “Los Riesgos Nucleares y su Cobertura Aseguradora”, *Financiación y Seguro*, Fundación MAPFRE, Núm. 2, 3er Trimestre, 1986, pp. 31-40.

170. GÓMEZ SANTOS, M., “Intercambios de información en la industria aseguradora ante el fenómeno blockchain”, *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial II*, Comares, Granada, 2019, pp. 33-50.

171. GÓMEZ SANTOS, M., “De la exención a la autoevaluación en el sector asegurador: pasado, presente y lo que está por venir”, *Revista Española de Seguros*, 2019, nº 178, pp. 130-153.

172. GÓMEZ SANTOS, M., “La distribución de los seguros unit-linked tras la directiva de distribución de seguros y su normativa complementaria”, *El contrato de seguro y su distribución en la encrucijada*, Aranzadi, 2018, pp. 275-299.

173. GONDRA ROMERO, J.M., “Las "conferencias " marítimas ante el Derecho de la competencia”, *Revista de derecho mercantil*, N° 113, 1969, pp. 345-378.

174. GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Reflexiones sobre la responsabilidad contractual del cabeza de red respecto de las indemnizaciones por clientela o daños y perjuicios debidas por el concesionario al agente”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 275,

2010, pp. 450-469.

175. GONZÁLEZ CASTILLA, F., “La aplicación del principio de relatividad de los contratos a las redes de distribución”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 97-134.

176. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. M., “La relación entre los modelos de negocio de las entidades FinTech y de la banca tradicional desde la perspectiva del Derecho de la competencia desleal: a propósito del libro blanco de la regulación FinTech en España”, *Derecho Mercantil y Tecnología*, Aranzadi, 2018.

177. GONZÁLEZ MOTA, E., MARQUÉS SEVILLANO, J.M., “Dodd-Frank Wall Street Reform: un cambio profundo en el sistema financiero de Estados Unidos”, *Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 19, 2010.

178. GONZÁLEZ-PÁRAMO, C., “El sector asegurador y el derecho de la competencia - El nuevo Reglamento 267/2010 de exención por categorías del Sector Asegurador”, *Estudio sobre el sector asegurador en España 2010: los aspectos cualitativos de solvencia II*, Fundación de Estudios Financieros, 2010, pp. 275-286.

179. GORRIZ ROYO, E., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2015.

180. GOTTESMAN, A., LEIBROCK, M., *Understanding Systemic Risk in Global Financial Markets*, Wiley, 2017.

181. GREENWOOD, J., SMITH, B., “Financial markets in development and the development of financial market”, *Journal of Economic Dynamics and Control*, vol. 21, 1997, pp. 145-181.

182. GULATI, R., SINGH, H., “The Architecture of Cooperation: Managing Coordination Costs and Appropriation Concerns in Strategic Alliances”, *Administrative Science Quarterly*, Vol. 43, No. 4, 1998, pp. 781-814.

183. GULATI, G.M., KLEIN, W.A., ZOLT, E.M., “Connected contracts”, *47 UCLA Law Review*, vol. 887, 2000 pp. 887-948.

184. GRUNDMANN, S., CAFFAGGI, F., VETTORI, G., “The contractual basis of long-term organization: the overall architecture”, *The organizational contract: from exchange to long-term network cooperation in European contract law*, Abingdon, 2013, pp. 3-38.

185. GRUNDMANN, S., “Redes contractuales. ¿Contratos o Sociedades no personificadas?”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 126-158.

186. GRUSIC, U., “Contractual networks in European private international Law”, *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 65 , Issue 3, 2016, pp. 581-614.

187. GUINÉ, C., *Global Systemically Important Insurers*, Financial Stability Report, EIOPA, May 2014.

188. GUIASOLA PAREDES, A., *Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto: las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil*, Fundación MAPFRE, 1997.

189. HARRIGAN, K. R., “Formulating Vertical Integration Strategies”, *The Academy of Management Review*, Vol. 9, No. 4, 1984, pp. 638-652.

190. HAVENS, C.W., THEISEN, R.M., “The application of United States and ECC antitrust laws to reinsurance and insurance pooling arrangements”, *The Antitrust Bulletin*, 1986, 1301.

191. HEFFRON, R. J., ASHLEY, S. F., NUTTALL, W. J., “The global nuclear liability regime post Fukushima Daiichi”, *Progress in Nuclear Energy*, Vol. 90, 2016, pp. 1–10.

192. HEDGES, B.A., “Pricing and Underwriting Risk in Automobile Insurance: A Probabilistic View: Comment”, *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 42, No. 4, 1975, pp. 647-650.

193. HEISS, H., “Towards a European Insurance Contract Law: Restatement – Common Frame of Reference – Optional Instrument?”, *Internationale Juristenvereinigung Osnabrück*, Jahresheft 2006, pp. 1-17.

194. HERAS HERRÁIZ, J.L., “Las pólizas específicas de responsabilidad civil por contaminación el "pool" español de riesgos medioambientales”, *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, 1997, Mapfre, pp. 257-272.

195. HERREROS VÁZQUEZ, F., “Las fuentes de la confianza social”, *Revista Internacional de Sociología*, nº 35, 2003, pp. 151-175.

196. HEYDEBRAND, W., “The Network Metaphor as Key to the Analysis of Complex Production and Service Relations in a Global Economy”, *Akademie für Technikfolgenabschätzung in Baden-Württemberg*, Nr. 149, 1999.

197. HENNART, J.F., “Explaining the Swollen Middle: Why Most Transactions are a Mix of "Market" and "Hierarchy"”, *Faculty Working Paper No. 91-0120*, University of Illinois at Urbana-Champaign, 1991.

198. HENNART, J.F., “A Transaction Costs Theory of Equity Joint Ventures”, *Strategic Management Journal*, Vol. 9, No. 4, Wiley, 1988, pp. 361-374.

199. HIERRO ANIBARRO, S., CASTILLO PLAZA, C.A., *Las sociedades cautivas de reaseguro*, Fundación Mapfre, 2011.

200. HILL PRADOS, M.C., “Reaseguro y coaseguro”, *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Civitas, 2014, pp. 1277-1315.

201. HILL PRADOS, M.C., *El reaseguro*, Bosch Editor, 1995.
202. HODGSON, G., “The Legal Nature of the Firm and the Myth of the Firm-Market Hybrid”, *International Journal of the Economics of Business*, University of Hertfordshire, 2002, pp. 37-60.
203. HOFERT, M., WÜTHRICH, M.V., “Statistical Review of Nuclear Power Accidents”, *Asia-Pacific Journal of Risk and Insurance*, Vol. 7, Iss. 1, Article 1, 2013.
204. HOLAHAN, W. L., “Cartel Problems: Comment”, *The American Economic Review*, vol. 68, no. 5, 1978, pp. 942-946.
205. HOVENKAMP, H., “The rule of reason”, *Florida Law Review*, 70 (1), 2018, pp. 81-168.
206. HUNG SEOG, S., *The Economics of Risk and Insurance*, Wiley-Blackwell, 2010.
207. HURTADO YELO, J.J., “Responsabilidad e información registrada en el FIVA”, *Tráfico y seguridad vial*, N°. 231, 2018.
208. HUTTER, M., “Transaction Cost and Communication: A Theory of Institutional Change, Applied to the Case of Patent Law”, *Law and Economics & The Economics of Legal Regulation*, 1986, pp. 113-129.
209. IAMICELI, P., “Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento”, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuovo sfide per diritto ed economia*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2004.
210. IGARTUA ARREGUI, I., AMEYE, E., “National nuclear third party insurance pools revisited from an EU antitrust perspective”, *Concurrences Review*, N° 2, Art. N° 45242, 2012.

211. ILLESCAS ORTIZ, R., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El campo de aplicación del Derecho de la Competencia. Los instrumentos jurídicos de la aplicación”, *Tratado de Derecho de la competencia*, Tomo I, Wolters Kluwer, 2017, pp. 101-149.
212. ISIDRO APARICIO, R., “Instrumentos para la transferencia alternativa de riesgos. ART”, *Gerencia de riesgos y seguros*, Año 21, N°. 83, 2003, pp. 18-36.
213. JASPERS, J.D., “Managing Cartels: how Cartel Participants Create Stability in the Absence of law”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, September 2017, Volume 23, Issue 3, pp 319-335.
214. JEPHCOTT, M., *Horizontal agreements and EU competition Law*, Richmond Law & Tax LTD, 2005.
215. JIMENO MUÑOZ, J., *Derecho de daños tecnológicos, ciberseguridad e insurtech*, Dykinson, 2019.
216. JOHNSON, R., LAWRENCE, P., "Beyond Vertical Integration - The Rise of the Value Added Partnership", *Harvard Business Review*, N° 88407, July–August 1988.
217. JONES, A., “Left behind by modernisation restrictions by object under article 101(1)”, *European Competition Journal*, num. 6 (3), 2010, pp. 649-676.
218. JORDE, T.M., TEECE, D.J., “Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 4, n° 3, 1990, pp. 75-96.
219. JULLIEN, B., “Two-sided markets and electronic technologies”, *Industrial organization and the digital economy*, MIT Press, 2014.
220. KEECH, W.R., MUNGER, M.C., SIMON, C., “Market Failure and Government Failure”, *Paper submitted for presentation to Public Choice World Congress*, Miami, Public

Version 2-27-12, 2012.

221. KERJAN, E.M., PEDELL, B., “Terrorism Risk Coverage in the Post-9/11 Era: A Comparison of New Public–Private Partnerships in France, Germany and the U.S”, *The Geneva Papers*, Num. 30, 2005, pp. 144–170.

222. KESSLER, D., “Why (re)insurance is not systemic”, *The Journal of Risk and Insurance*, 2013, Vol. 81, No. 3, pp. 477–487.

223. KIMEL, D., “The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 2 (Summer, 2007), pp. 233-255.

224. KLEIN, R., HILLEBRAND, B., NOOTEBOOM, B., “Trust, Contract and Relationship Development”, *Organization Studies*, vol. 26 (6), 2005, pp. 813-840.

225. KNIGHTS, D., NOBLE, F., T. VURDUBAKIS, WILLMOTT, H., “Chasing Shadows: Control, Virtuality and the Production of Trust”, *Organization Studies*, vol. 22(2), 2001, pp. 311-336.

226. KUMAR N., A., YELLAMPALLI, S., “Disruptive Innovation for Auto Insurance Entrepreneurs: New Paradigm Using Telematics and Machine Learning”, *Competitiveness in Emerging Markets. Contributions to Management Science*, Springer, 2018, pp. 555-568.

227. KUNREUTHER, H., MICHEL-KERJAN, E., “Economics of Natural Catastrophe Risk Insurance”, *Handbook of the Economics of Risk and Uncertainty*, Volume 1, 2014, pp. 651-699.

228. KUNREUTHER, H., MICHEL-KERJAN, E., “Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States”, *Journal of Economic Perspectives*, Num. 18 (4), 2004, pp. 201-214.

229. LAGUNA DE PAZ, J. C., “Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 145, 2010, pp. 87-111.

230. LA ROCCA, A., SNEHOTA, I., HARRISON, D., “Starting Up: Relating to a Context in Motion”, *Starting up in Business Networks. Why Relationships Matter in Entrepreneurship*, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 77-105.

231. LEE, C.C., LEE, C.C., CHIU, Y.B., “The link between life insurance activities and economic growth: Some new evidence”, *Journal of International Money and Finance*, vol. 32, 2013, pp. 405-427.

232. LEE, W., LIGON, J.A., “Moral Hazard in Risk Pooling Arrangements”, *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 68, No. 1 (Mar., 2001), pp. 175-190.

233. LESTER, R., “Insurance and inclusive growth”, *The World Bank*, Working Paper num. 6943, 2014.

234. LEVENSTEIN, M. C., SUSLOW, V.Y., “What Determines Cartel Success?”, *Journal of Economic Literature*, vol. 44, No. 1, 2006, pp. 43-95.

235. LÓPEZ EXPÓSITO, A.J., “Aspectos societario-mercantiles de los grupos de sociedades”, *El control societario en los grupos de sociedades. Un enfoque práctico y multidisciplinar*, Wolters Kluwer España, 2017, pp. 86-133.

236. LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch Editor, 1994.

237. LORCA MORALES, T., “El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 18, Sección Artículos, 2010, pp. 60-74.

238. LOSHIN, J., “Insurance Law's Hapless Busybody: A Case against the Insurable Interest Requirement”, *The Yale Law Journal*, Vol. 117, No. 3 (Dec., 2007), pp. 474-509.

239. LOUBERGÉ, H., “Developments in Risk and Insurance Economics: The Past 40 Years”, *Handbook of insurance*, Springer, 2013, pp. 1-40.

240. LUO, Y., “Toward cooperation in a multinational enterprise: a perspective from foreign subsidiaries”, *Journal of World Business*, Vol. 40, No. 1, 2005, pp. 71-90.

241. MADERO, C., “The notion of restriction of competition in the post-modernisation context”, *The notion of restriction of competition. Revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruylant, Brussels, 2017, pp. 383-388.

242. MAGGIORE, G., “Il valore aggiunto del contratto di rete: quali opportunità per il rilancio delle PMI”, *Profili giuridici ed económico della contrattazione di rete*, Il Mulino, 2017, pp. 192-231.

243. MALDONADO MOLINA, F.J., “Los seguros de vida Unit-linked”, *Derecho de los Negocios*, nº 121, 2000, pp. 1-20.

244. MANKIW, N.G., *Principios de Economía*, Mac Graw Hill (trad. segunda edición), 2002.

245. MARANO, P., “Sources and Tools of the Insurance Regulation in the European Union”, *Insurance Regulation in the European Union. Solvency II and beyond*, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 5-29.

246. MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Lecciones de la revisión judicial del cartel del seguro decenal”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Nº 36 (2015-2016), pp. 173-196.

247. MARCOS FERNÁNDEZ, F., SÁNCHEZ

GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, Fundación Mapfre, 2011.

248. MARCOS FERNÁNDEZ, F., “The Spanish property insurance cartel”, *Connecticut Insurance Law Journal*, 18 (2), 2011, pp. 509-532.

249. MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Registros de morosos y defensa de la competencia”, *Anuario de derecho concursal*, N.º. 12, 2007, pp. 283-307.

250. MARQUIS, M., MA, J., “Business culture in East Asia and implications for competition law”, *Texas international law journal*, 2016, Vol. 51, No. 1, pp. 1-43.

251. MARIMÓN DURÁ, R., “Redes financieras y protección del cliente”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 161-190.

252. MARÍN VIGUERAS, J.M., RUBIO IRIGOYEN, G., *Economía Financiera*, Antoni Bosch Editor, 2011.

253. MARITI, P., SMILEY, R. H., “Co-Operative Agreements and the Organization of Industry”, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 31, No. 4, Wiley, 1983, pp. 437-451.

254. MARTÍ MIRAVALLS, J., “En defensa de la nulidad parcial de un acuerdo vertical que infringe el Derecho de la competencia por fijación de precios de reventa”, *La Ley mercantil*, N.º 62, octubre 2019, p.4.

255. MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de master franquicia”, *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, 2018, pp. 231-262.

256. MARTÍ MIRAVALLS, J., “Redes de distribución: régimen jurídico de las inversiones”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012,

pp. 191-227.

257. MARTÍ MIRAVALLS, J., *El Contrato de Master Franquicia*, Aranzadi, 2009.

258. MARTÍ MIRAVALLS, J., “Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 28, 2007-2008, pp. 341-370.

259. MARTÍNEZ SANZ, F., “Reaseguro”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 941 a 963.

260. MAS BADÍA, M.D., “El contrato de seguro y la protección de datos de carácter personal: análisis prospectivo ante la próxima aplicación del Reglamento (UE) 2016/679”, *Un derecho del seguro más social y transparente*, Aranzadi, 2017, pp. 191-266.

261. MAUDES GUTIÉRREZ, A., SILOS RIBAS, M., “El proyecto europeo y la regulación económica eficiente como esencias de la Ley de garantía de unidad de mercado”, *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, Nº 3089, 2017.

262. MEHR, R.I., CAMMACK, E., *Principles of Insurance*, Irwin Series in Insurance and Economic Security, 1980.

263. MELE, S., “Il contratto di rete: profili giuridici connessi alla costituzione di un autonomo centro di imputazione d’interessi in assenza di soggettività”, *Profili giuridici ed económico della contrattazione di rete*, Il Mulino, 2017, pp. 31-62.

264. MÉNARD, C., “The Economics of Hybrid Organizations”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 160, Mohr Siebeck, 2004, pp. 345-376.

265. MENÉNDEZ, Á., GORRIS, A., DEJUÁN, D., “La evolución económica y financiera de las empresas no financieras españolas durante la crisis económica y primeros años de la

recuperación. Un análisis comparado con la UEM”, *Boletín Económico del Banco de España*, nº 2/2017, Banco de España, 2017.

266. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1988.

267. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 66, parte Estudios, 1959, pp. 217-242.

268. MENÉNDEZ-MORÁN ÁLVAREZ, E., “Revisión de la legislación relativa a la responsabilidad civil por daños nucleares”, *Revista de la Sociedad Nuclear española*, Nº. 319, 2011, pp. 11-14.

269. MILES, R. E., SNOW, C. C., “The new network firm: A spherical structure built on a human investment philosophy”, *Organizational Dynamics* 23(4), 1995, pp. 5-18.

270. MILES, R. E., SNOW, C. C., “Causes of failure in networks organizations”, *California Management Review*, Vol. 34, issue 4, 1992, pp. 53-72.

271. MILES, R. E., SNOW, C. C., “Fit, Failure and the Hall of Fame,” *California Management Review*, Vol. 26, Nº 3, 1984, pp. 10-28.

272. MONTERO AROCA, J., “Las partes: Capacidad”, *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, 24ª edición, 2016, pp. 58-122.

273. MONTIJANO GUARDIA, F., “Un análisis del grado de concentración y la demanda de seguros en la década de los noventa”, *Boletín Económico de ICE*, Nº 2694, 2001, pp. 33-43.

274. MORALEJO MENÉNDEZ, I., “El concurso del cabeza de red”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 343-374.

275. MORILLAS JARILLO, M.J., “Fundamentos de la ordenación del mercado de seguros privados y derechos fundamentales”, *Supervisión en seguros privados. Hacia Solvencia II*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 33-88.

276. MOSSALAM, A., ARAFA, M., “Governance model for integrating organizational project management (OPM) with corporate practices”, *Housing and Building National Research Center Journal*, nº13, 2017, pp- 302-314.

277. MÜLBERT, P., SAJNOVITS, A., “The element of trust in financial markets law”, *German Law Journal*, vol. 18, 2017, pp. 1-38.

278. MUÑOZ MACHADO, S., ESTEVE PARDO, J., *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, 2009.

279. MUÑOZ, E., PADILLA, J., “El diseño de normas para la defensa de la competencia en sectores regulados”, *Economistas*, nº 120, 2009, pp. 6-10.

280. MUÑOZ PAREDES, J.M., “Artículo 26. Coaseguradores”, *Revista española de seguros*, Nº. 143-144, 2010, pp. 647-652.

281. MUÑOZ PAREDES, J.M., “La representación procesal de la abridora en el coaseguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 235, 2000, pp. 179-200.

282. MUÑOZ PAREDES, J.M., “A vueltas con la representación procesal de la abridora en el coaseguro (Comentario a la STS de 3 de marzo de 2000)”, *Revista española de seguros*, Núm. 105, 2001, pp. 119-135.

283. MUÑOZ PAREDES, J.M., *El coaseguro*, Civitas, 1996.

284. MURIS, J.T., “Opportunistic Behaviour and the Law of Contract”, *Minnesota Law Review*, January, 1981, pp. 521-

590.

285. NAHAPIET, J., GHOSHAL, S., “Social Capital, Intellectual Capital, and the Organizational Advantage” *The Academy of Management Review*, Vol. 23, No. 2, 1998, pp. 242-266.

286. NARVÁEZ BONET, J.E., “El coaseguro”, *RIS*, Vol. 37 (21), 2012, pp. 117-147.

287. NICOLETI, B., *The future of Fintech. Integrating finance and technology in Financial Services*, Palgrave Macmillan, Rome, 2017.

288. NOOTEBOOM, B., *A cognitive theory of the firm: learning, governance and dynamic capabilities*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

289. NOOTEBOOM, B., “Learning and Innovation in Inter-Organizational Relationships and Network”, *Center Discussion Paper*, Tilburg University, Vol. 39, 2006.

290. NÚÑEZ NICKEL, M., CANO RODRÍGUEZ, M., “Las tres caras del riesgo estratégico: riesgo sistemático, riesgo táctico y riesgo idiosincrásico”, *DEE - Documentos de Trabajo, Economía de la Empresa. DB db021508*, Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Economía de la Empresa, 2002.

291. NÚÑEZ LOZANO, M.C., *Ordenación y supervisión de los seguros privados*, Marcial Pons, 1998.

292. OLAVARRÍA IGLESIA, J., “La exención por categorías de la prohibición de prácticas en el sector de los seguros: el nuevo reglamento de la Comisión Europea”, *Revista Española de Seguros*, nº 145, 2011, pp. 29-62.

293. OLSEN, G., SCHWARZ, D., “Insurance services and competition law: An overview of EU and national case law”, *National Competition Laws Bulletin*, N° 78289, 17 February 2016.

294. ORTEGA GIMÉNEZ, A., *El nuevo régimen jurídico de la Unión Europea para las empresas en materia de protección de datos*, Aranzadi, 2017.

295. ORTIZ BLANCO, L., *Las conferencias marítimas frente al derecho antitrust de la Comunidad Europea: crítica de una paradoja jurídica*, Marcial Pons, 2007.

296. ORTIZ BLANCO, L., “Liberación y política comunitaria de defensa de la competencia en el sector del transporte aéreo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, 1993-1994, vol. 3, pp.189-200.

297. OSBORNE, D. K., “Cartel Problems”, *The American Economic Review*, vol. 66, no. 5, 1976, pp. 835-844.

298. OZMAN, M., “Networks and Innovation. A survey of empirical literature”, *Working Papers of BETA 2006-07, Bureau d’Economie Théorique et Appliquée*, Strasbourg, 2007.

299. PAUDEL, Y., “A Comparative Study of Public—Private Catastrophe Insurance Systems: Lessons from Current Practices”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 37, No. 2, Special issue on climate risk and insurance, 2012, pp. 257-285.

300. PAVELEK ZAMORA, E., “La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de responsabilidad civil general”, *Gerencia de riesgos y seguros*, Año 15, N°. 61, 1998, pp. 19-40.

301. PAVELEK ZAMORA, E., “Seguro y riesgos medioambientales”, *Revista española de seguros*, Núm. 63, 1990, pp. 31-54.

302. PAVELEK ZAMORA, E., “Seguro y riesgos medioambientales (segunda parte)”, *Revista española de seguros*, Núm. 64, 1990, pp. 7-36.

303. PAZ ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 39, 2015, pp. 43-65.

304. PAULUZZO, R., SHEN, B., “Chinese Cultural Roots and Their Influence on Managerial Issues”, *Impact of Culture on Management of Foreign SMEs in China*, Springer, 2018, pp.139-163.

305. PEÑAS MOYANO, M.J., “Relaciones entre la normativa contractual y de supervisión para la protección del asegurado: El deber de información previa al tomador del seguro”, *Supervisión en seguros privados*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 669-695.

306. PEÑAS MOYANO, M.J., “La eliminación de exenciones en el sector asegurador: más autoevaluación”, *Revista Española de Seguros*, nº 145, 2011, pp. 99-118.

307. PEÑAS MOYANO, M.J., “Las nuevas reglas de la competencia en el sector asegurador: acerca del Reglamento 358/2003, de 27 de febrero de 2003, 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 seguros”, *Revista Española de Seguros*, nº 120, 2004, pp. 551-590.

308. PEÑAS MOYANO, M.J., “Acuerdos en materia de seguros”, *Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones públicas)*, 2005, pp. 225-260.

309. PÉREZ MOLINA, M.A., *La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la unión europea*, Tesis doctoral dirigida por Luis María Miranda Serrano, Universidad de Córdoba, 2015.

310. PERITZ, R. J., “The rule of reason in antitrust law: Property logic in restraint of competition”, *Hastings Law Journal*, 40 (2), 1989, pp. 285-342.

311. PETIT LAVALL, M.V., “Las cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo en el seguro de transporte de mercancías por carretera”, *Seguros de transporte terrestre de mercancías: situación jurídica actual y perspectivas de futuro*, Marcial Pons, 2013, pp. 89-106.

312. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transparencia en el Contrato de Seguro”, *Revista española de seguros*, N°. 123-124, 2005, pp. 529-546.
313. POMPELLA, M., “Reinsurance, insurability and the new paradigms of unconventional risk transfer”, *The Palgrave Handbook of Unconventional Risk Transfer*, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 57-107.
314. PONCE SOLÉ, J., *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa. Un análisis empírico de la informalidad*, Tirant lo Blanch, 2019.
315. PONS PONS, J., “Compañías de seguro marítimo en España (1650-1800)”, *Hispania: Revista española de historia*, Vol. 67, N° 225, 2007, págs. 271-294.
316. PORTELLANO, P., “Fundaciones y agrupaciones de interés económico. A vueltas con la actividad económica de las fundaciones”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 305, 2017, pp. 13-36.
317. PORTELLANO DÍEZ, P., *El reaseguro: nuevos pactos*, Thomson Civitas, 2007.
318. PORTELLANO DÍEZ, P., *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Cívitas, 1995.
319. PORTER, R.H. “A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee, 1880-1886.” *The Bell Journal of Economics*, vol. 14, no. 2, 1983, pp. 301-314.
320. POWELL, W., “Neither market nor hierarchy: network forms of organization”. *Research in organizational behaviour*, n°12, 1990.
321. PRADHAN, S., ZENG, Z., DAVE, A., *Seguros: añadiendo valor al desarrollo en los mercados emergentes*, Sigma, Swiss Re Institute, n° 4, 2017.

322. PRIETO PÉREZ, E., *El reaseguro: función económica*, Ediciones ICE, 1973.

323. QUIJANO GONZÁLEZ, J., VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La cesión de cartera entre entidades aseguradoras”, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado, Colegio Universitario de Estudios Financieros*, Madrid, 1988.

324. QUINTÁNS-EIRAS, M.R., “Revisión del coaseguro y del reaseguro desde el derecho de la competencia”, *Revista Española de Seguros*, Nº. 136, 2008, pp. 627-641.

325. RALUCA STROIE, I., *Análisis del Reglamento Europeo 2016/679, de Protección de Datos*, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla La-Mancha, Sección de Publicaciones jurídicas, julio 2018.

326. RARICK, C.A., “The historical roots of Chinese cultural values and managerial practices”, *Journal of International Business Research*, Vol. 8, Num. 2, 2009, pp. 59-65.

327. RECIO GAYO, M., *Protección de datos personales e innovación: ¿(in)compatibles?*, Editorial Reus, 2016.

328. REGLERO CAMPOS, L.F., “Cláusulas limitativas y cláusulas delimitativas del riesgo en los seguros de responsabilidad civil: sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 1, 2008, pp. 165-210.

329. RETORTILLO ATIENZA, M.O., “Intercambios de información entre competidores”, *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Lex Nova, 2014, pp. 61-79.

330. RICCIARDI, F., *Innovation processes in business networks. Managing the Inter-organizational Relationships for Innovational Excellence*, Springer Gabler, 2014.

331. RIVERO NIETO, P., *Redes empresariales y estrategia empresarial de la PYME. Análisis de la oferta y demanda de servicios de las Agrupaciones Empresariales Innovadoras (AEI) en España*, Tesis doctoral, Universidad de Extremadura, 2013.

332. ROBINSON, C., ZHENG, B., “Moral hazard, insurance claims, and repeated insurance contracts”, *The Canadian Journal of Economics*, Vol. 43, No. 3, 2010, pp. 967-993.

333. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Los intereses protegidos por el Derecho comunitario de la competencia. Algunas reflexiones sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, 2013, pp. 827-840.

334. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre competencia y competencia desleal*, La Ley, 2001.

335. ROCHET, J.C., TIROLE, J., “Platform competition in two-sided markets”, *Journal of European Economic Association*, Vol. 1, Issue 4, 2003, pp. 990-1.029.

336. RODRIGO LAVILLA, J., SANCHO, MARTÍNEZ-PARDO, L., “Acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas”, *Tratado de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, 2013, pp. 87-170.

337. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Aspectos jurídicos de las redes empresariales en internet”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 393-436.

338. ROMERO MATUTE, B., “Instrumentos de transferencia de riesgos en la práctica aseguradora: distinción de figuras afines”, *Revista Española del Seguro*, nº 168, 2016, pp. 507-548.

339. ROMERO MATUTE, B., *El reaseguro, tomo I*,

Pontificia Universidad Javeriana y AIDA-CILA, 2001.

340. ROTHSCHILD, M., STIGLITZ, J.E., “Equilibrium in competitive insurance markets: the economics of markets with imperfect information”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 90, No. 4, 1976, pp. 629-650.

341. ROWELL, D., CONNELLY, L.B., “A history of the term moral hazard”, *The Journal of Risk and Insurance*, vol. 79, nº 4, 2012, pp. 1.051-1.075.

342. RUBIO, M., “Fintech & Insurtech: supervisión en la era Blockchain”, *Sociedad Digital y Derecho*, Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 683-698.

343. RUIZ PERIS, J.I., “Cooperación empresarial y Derecho de la competencia”, *Cooperación empresarial y derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 17-50.

344. RUIZ PERIS, J.I., “Mercado relevante”, *Derecho Europeo de la Competencia. Proyecto Europeo “Training of National Judges in EU Competition Law”*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 37-55.

345. RUIZ PERIS, J.I., “El abuso de dependencia económica en el Derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas”, *Derecho de la competencia y gran distribución*, Aranzadi, 2016, pp. 31-56.

346. RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 73-125.

347. RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August, 2010*, Vol.2. De Gruyter, pp. 2.901-2.917.

348. RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*,

Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 9-20.

349. RUIZ PERIS, J.I., *Intrusión en la clientela ajena y redes de distribución (Encroachment)*, Aranzadi, 2007.

350. RUIZ SÁNCHEZ, J.L., *Principios de la mediación en seguros privados*, Centro de Estudios del Seguro, Madrid, 1993.

351. RYAN, S., “Commission publishes for comments a draft block exemption regulation for the insurance sector”, *Competition policy newsletter*, Nº. 3, 2002, pp. 36-38.

352. SABEL, C.F., “Studied Trust: Building New Forms of Cooperation in a Volatile Economy”, *Human Relations*, Vol. 46, Num. 9, 1993, pp. 1.133- 1.170.

353. SAMPSON, R. A., “The cost of Misaligned Governance in R&D Alliances”, *The Journal of Law and Economic Organization*, Vol. 20, nº2, New York University, 2004, pp. 484-526.

354. SÁNCHEZ CALERO, F.J., “El coaseguro comunitario en la Ley del Contrato de Seguro”, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 150, 1997, pp. 109-112.

355. SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 33. Coaseguro”, *Ley de contrato de seguro: comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, 2010, pp. 715-743.

356. SÁNCHEZ CALERO, F., “Concepto y elementos del contrato de reaseguro”, *Estudios sobre el contrato de reaseguro*, 1997, pp. 75-121.

357. SÁNCHEZ CALERO, F., *Curso de Derecho del Seguro Privado*, Volumen I, Ediciones Nauta, Barcelona, 1961.

358. SÁNCHEZ CALERO, F., “La regulación de la competencia en la actividad aseguradora”, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, Nº 3, 2ª época, 1963, pp. 271-298.

359. SÁNCHEZ LORENZO, S., “¿Hacia un Código civil europeo?”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, 2003, pp. 381-405.
360. SCALERA, D., ZAZZARO, A., “Do inter-firm networks make access to finance easier? Issues and empirical evidence”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, Cheltenham, 2011, pp. 39-66.
361. SCHWARCZ, D., SCHWARCZ, S.L., “Anticipating New Sources of Systemic Risk in Insurance”, *Systemic Risk and the Future of Insurance Regulation*, Informa Law from Routledge, 2016, pp. 51-64.
362. SCHWARCZ, D., SCHWARCZ, S.L., “Regulating Systemic Risk in Insurance”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 81 (4), 2014, pp. 1570 -1640.
363. SCHWARTZ, A., SCOTT, R.E., “Third-Party Beneficiaries and Contractual Networks”, *Journal of Legal Analysis*, Volume 7, Issue 2, 1 December 2015, pp. 325-361.
364. SHARFMAN, M.P., DEAN, J.W., “Flexibility in strategic decision making: informational and ideological perspectives”, *Journal of management studies*, Blackwell Publishers, vol. 34 (2), 1997, pp. 191-217.
365. SHIRAEV, E.B., ZUBOK, V.M., *International relations*, Oxford University Press, 2016.
366. SIEGELMAN, P., “Information & Equilibrium in Insurance Markets with Big Data”, *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 21 (1), 2014, pp. 317-338.
367. SIX, F., “The dynamics of trust and trouble”, *The trust process in organizations*, Edward Elgar, 2003, pp. 196-222.
368. SMITH, W.K. y LEWIS M.W., “Toward a theory

of paradox: a dynamic equilibrium model of organizing”, *Academy of Management Review*, vol. 36, n°. 2, 2011, pp. 381-403.

369. SMULDERS, B., “The bifurcated approach and its practical impact on the establishment of harm to competition”, *The notion of restriction of competition. Revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruylant, Brussels, 2017, pp. 51-63.

370. SPANIKOVA, V., BIRKMAN, L., BESSELING, C., *Business Networks. Final Report*, ECORYS Nederland BV, Rotterdam, 2014.

371. SPENCE, J., “L’immagine della Cina agli occhi degli occidentali dalla fine del secolo XVI a oggi”, *L’eredità della Cina*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1994, pp. 17-33.

372. SPINDLER, M., WINTER, J., HAGMAYER, S., “Asymmetric Information in the Market for Automobile Insurance: Evidence From Germany”, *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 81, No. 4, 2014, pp. 781-801.

373. STABER, U., “The Structure of Networks in Industrial Districts”, *International Journal of Urban and Regional Research*, Vol. 25.3, 2001, pp-537-552.

374. STANCKE, F., “EU Competition rules in the insurance sector: be assured that it is a different world”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, N° 9, pp. 656-665.

375. STIGLITZ, J., “Regulation and failure”, *New Perspectives on Regulation*, Cambridge (The Tobin Project), 2009, pp. 11-23.

376. STIGLITZ, J.E., “Risk, incentives and insurance: the pure theory of moral hazard”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 8, n° 26, 1983, pp. 4-33.

377. TAPIA HERMIDA, A.J., “El seguro de vida como instrumento de ahorro y previsión”, *Revista Española de Seguros*,

nº 106, 2006, pp. 229-264.

378. TAPIA HERMIDA, A.J., “Aspectos polémicos y novedosos del seguro de vida”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense, 2006.

379. TEECE, D.J., “Competition, cooperation and innovation: Organizational arrangements for regimes of rapid technological progress”, *Journal of Economic Behavior and Organization*, Vol. 18, Issue 1, 1992, pp.1-25.

380. TEUBNER, G., *Networks as connected contracts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011.

381. TEUBNER, G., “Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization”, *Festschrift in honour of Lawrence Friedman, Robert Gordon and Mort Horwitz*, eds., Stanford University Press, 2006.

382. THOMPSON, E. H., “The making of the English working class”, ed. Penguin, London, 1963.

383. THOMPSON, J.D., *Organizations in Action: Social Science Bases of Administrative Theory*, Transaction Publishers, 2007.

384. TIRADO SUÁREZ, F.J., SARTI MARTÍNEZ, M.A., “Comentario al art. 3.1 de la LMSRP”, *Ley de mediación en seguros y reaseguros privados. Comentarios a la Ley 26/2006 de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. Legislación, doctrina y formularios*, Aranzadi, 2007.

385. TOBÍO RIVAS, A.M., GINER PARREÑO, C.A., “Legislación comunitaria: Reglamento de exención en bloque de acuerdos verticales”, *Derecho de los Negocios*, junio, Nº 237, 2010, versión digital.

386. TODEVA, E., “Business Networks”, *International Encyclopedia of Organization Studies*, Sage Publications, 2007.

387. TORTELLA CASARES, G. y otros, *Historia del seguro en España*, Fundación Mapfre, 2014.

388. TSAI, W., “Social Structure of ‘Coopetition’ within a Multiunit Organization: Coordination, Competition, and Intra-organizational Knowledge Sharing”, *Organization Science*, Vol. 13, No. 2, 2002, pp. 179-190.

389. VĀDUVA, S. et al., *Moral Leadership in Business. Towards a Business Culture of Integrity*, Springer Briefs in Business, 2016.

390. VALDÉS BURGUI, Á., “La actividad de las empresas en el seno de las asociaciones empresariales a la luz de la jurisprudencia sobre defensa de la competencia”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 7, 2009, pp. 39-53.

391. VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, septiembre-diciembre, 2011, pp. 91-135.

392. VAUGHAN, E.J., VAUGHAN, T., *Fundamentals of risk and insurance*, Wiley, 2003.

393. VEIGA COPO, A.B., *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*, Civitas-Thomson Reuters, 2018.

394. VEIGA COPO, A.B., “Caracteres del contrato de seguro”, *Tratado del contrato de seguro*, Aranzadi, (versión electrónica), 2017.

395. VEIGA COPO, A.B., “Contrato de seguro”, *Tratado del contrato de seguro*, Aranzadi, (versión electrónica), 2017.

396. VEIGA COPO, A.B., “Elementos del contrato (III)”, *Tratado del contrato de seguro*, Aranzadi, (versión

electrónica), 2017.

397. VEIGA COPO, A.B., *Tratado del contrato de seguro*, Tomo I, Aranzadi, 2014.

398. VEIGA COPO, A.B., *Los principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro*, Colección Prospectivas del Derecho, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

399. VEIGA COPO, A., “El derecho de seguros en la Unión Europea”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº 14, 2007, pp. 163-190.

400. VERCHER MOLL, J., “El coaseguro marítimo”, *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Thomson Reuters-Civitas, 2018, pp. 1.333-1.343.

401. VERCHER MOLL, J., *Las condiciones de acceso al mercado de las entidades aseguradoras*, Marcial Pons, 2016.

402. VERCHER MOLL, J., “La regulación de las entidades de seguros en los Estados Unidos de América”, *La reforma del derecho del seguro*, Aranzadi, 2015, pp. 437-452.

403. VERNIMMEN, G., “Reconciling cooperation and competition in the insurance sector”, *NFT 2/1993*, 1993, pp. 136-143.

404. VICIANO PASTOR, J., “La tutela de intereses públicos y las redes contractuales. Especial referencia al control de concentraciones y las redes empresariales”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 223-240.

405. VIZCARRA CIFUENTES, J.L., *Diccionario de Economía. Términos, ideas y fenómenos económicos*, Grupo Editorial Patria, 2014.

406. WALTER, J., *Collaboration within and between firms: Network structures, decision processes, and their impact on alliance performance*, Dissertation to obtain the title of Doctor of Business Administration, University of St. Gallen, Switzerland,

2005.

407. WARD, A., LAVANDEIRA SUÁREZ, P., “Los intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y su calificación como infracciones "por objeto"”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Nº 95, 2015, pp. 37-68.

408. WARD, D., ZURBRUEGG, R., “Does insurance promote economic growth? Evidence from OECD countries”, *The Journal of Risk and Insurance*, vol. 67, nº 4, 2000, pp. 489-506.

409. WELLMAN, B., BERKOWITZ, S., *Social Structures: A Network Approach*, Cambridge, 1988.

410. WERDEN, GREGORY J. "Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters", *Antitrust Law Journal*, vol. 79, no. 2, 2014, pp. 713-760.

411. WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, 2015.

412. WILLIAMS, P. L., *The emergence of the theory of the firm. From Adam Smith to Alfred Marshall*, Macmillan Press Ltd., 1978.

413. WILLIAMSON, O.E., *The economic institutions of capitalism. Firms, markets, relational contracting*, The Free Press, New York, 1985.

414. WILLIAMSON, O.E., “Markets and hierarchies. Analysis and antitrust implications. A study in the Economics of internal organization”, The Free Press, New York, 1975.

415. WILLIAMSON, O.E., “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2, 1979, pp. 233-261.

416. WILKINSON, I., YOUNG, L., “On cooperating

Firms, relations and networks”, *Journal of Business Research*, nº 55, 2002, pp. 123-132.

417. WINTER, R.A., “Moral hazard and insurance contracts”, *Contributions to insurance economics*, Kluwer Academic Publishers, 1992, pp. 61-96.

418. YAKOVLEVA, E., GRIGORYEVA, N. y GRIGORYEVA, O., “Opportunistic behaviour as behaviour manipulations”, *American Journal of Applied Sciences*, vol. 13 (9), 2016, pp. 996-1.005.

419. YANG, S., STENING, B.W., “Mao Meets the Market: Reconciling Ideology and Pragmatism in China”, *Management International Review*, Vol. 53, No. 3, 2013, pp. 419-448.

420. ZABALETA DÍAZ, M., “Derecho de la competencia y gran distribución”, *Derecho de la competencia y gran distribución*, Aranzadi, 2016, pp. 57-92.

421. ZHANG, C. X., “Business Negotiation Between Westerners and Chinese State-Owned Enterprises”, *The International Lawyer*, Vol. 42, Num. 4, Winter 2008, pp. 1303-1316.

422. ZHU, N., BAUER, D., “Coherent Pricing of Life Settlements Under Asymmetric Information”, *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 80, No. 3, 2013, pp. 827-851.

423. ZORNOZA SOMOLINOS, A., “Peer to peer insurance: primera aproximación a los seguros entre pares”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Nº. 9, 2016, pp. 107-113.