



UNIVERSIDAD DE MURCIA
ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

Vinculación de Seguros con Productos Bancarios
y Libre Competencia

D. Juan Pablo Soria Bastida

2018

UNIVERSIDAD DE MURCIA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



**VINCULACIÓN DE SEGUROS CON
PRODUCTOS BANCARIOS Y LIBRE
COMPETENCIA**

TESIS DOCTORAL

Doctorando: D. Juan Pablo Soria Bastida

Director: Prof. Dr. D. Fernando Luis de la Vega García

2018

SUMARIO

Abreviaturas	XIII
Preliminar	XVII

Primera Parte

DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS POR ENTIDADES DE CRÉDITO Y SU VINCULACIÓN

CAPÍTULO I

La distribución de seguros privados por entidades de crédito	3
I. Introducción	5
II. Antecedentes históricos de la “bancassurance” en España	6
1. Breve referencia a los orígenes del seguro moderno	6
2. Relaciones banca-seguros en España.....	10
III. El proceso de liberalización de la distribución de seguros por entidades de crédito. La mediación de seguros por el operador de banca-seguros	12
1. La “parabancariedad” y el nacimiento de la banca-seguros	12
2. Evolución del sistema normativo de la mediación de seguros	16
3. Crítica y revisión del marco general legislativo vigente.....	19
4. Concepto y desarrollo legislativo del operador de banca-seguros	23
A) <i>Definición de operador de banca-seguros</i>	23
B) <i>Régimen legal aplicable</i>	25
C) <i>Particularidades y limitaciones en la mediación</i>	32
5. Ámbito subjetivo del art. 25 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados: entidades de crédito y sociedades mercantiles.....	38
6. Requisitos necesarios para la constitución-inscripción de un operador de banca-seguros.....	41
7. La cesión de la red de distribución de las entidades de crédito al operador de banca-seguros	45

IV.	Cambios en los modelos tradicionales de distribución de seguros	47
	1. Evolución de los distintos canales de distribución	47
	2. La entrada al negocio asegurador de las entidades de crédito	50
	3. Eficacia comercial y ventaja competitiva de la banca-seguros frente al resto de canales de distribución.....	51
	4. Situación actual de las relaciones banca-seguros	54
V.	Caracterización jurídica actual de la distribución de seguros a través de las redes bancarias	56
	1. Introducción.....	56
	2. La distribución de seguros por entidades de crédito. Funcionamiento y límites.....	60
	3. Comercialización de seguros mediante operadores de banca-seguros	67
VI.	Modelos estratégicos más comunes para el desarrollo del negocio de banca-seguros	68
	1. <i>Joint-ventures</i>	68
	2. Filiales aseguradoras de las entidades de crédito	71
	3. Acuerdos de distribución generales y exclusivos.....	73
	4. Alianzas estratégicas	74

CAPÍTULO II

Venta cruzada de productos en el mercado banco-asegurador español 77

I.	Introducción	79
II.	Vinculación de contratos de seguros con productos financieros	83
	1. La venta cruzada por entidades de crédito. Caracterización típica	83
	A) <i>Sistema de captación del cliente</i>	84
	B) <i>Sistema para la segmentación de clientes y productos bancarios asociados</i>	87
	C) <i>Especialidades en el asesoramiento e información al cliente</i>	89
	D) <i>Celebración y ejecución de los contratos vinculados</i>	90
	E) <i>Transparencia de las operaciones y costes asociados a la cancelación del seguro</i>	93
	2. Elementos propios de la vinculación de seguros asociados	95
	A) <i>Separabilidad de los productos combinados en la operación financiera</i>	95
	B) <i>Consentimiento del consumidor en la contratación del seguro</i>	97
	C) <i>La accesoriadad del contrato de seguro en la venta conjunta</i>	98

3. Modalidades de vinculación	104
A) Vinculación explícita	105
B) Vinculación por coerción.....	106
C) Vinculación por inducción.....	108
D) Bundling y Tying en la comercialización conjunta de productos bancarios y aseguradores.....	109
III. Marco normativo aplicable a la vinculación de seguros	113
1. Consideraciones iniciales.....	113
2. Las ventas cruzadas desde el ámbito de la distribución de seguros...	115
3. Límites en la legislación comunitaria a las ventas cruzadas de seguros con créditos hipotecarios	117
4. Las ventas cruzadas e información contractual en los contratos de crédito	123
5. Normativa sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.....	124
6. Transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos	130
7. Valoración de los criterios legales relativos a la práctica de vinculación de seguros en las redes bancarias.....	132
IV. Prácticas generalizadas de vinculación en el mercado banco-asegurador	135
1. Consideraciones iniciales.....	135
2. Subordinación de productos bancarios a la suscripción de seguros ..	137
3..Designación unilateral de entidad aseguradora vinculada con la entidad de crédito con la que suscribir el contrato de seguro.....	140
4. Bonificaciones y descuentos ofrecidos al cliente a través de la vinculación.....	142
V. Seguros típicamente vinculados por entidades de crédito	143
1. Seguros de daños. Especialidades para los préstamos hipotecarios ..	143
2. Seguros de protección de pagos	146
3. Seguros de amortización.....	149
4. Seguros vinculados a tarjetas de crédito.	152
5. Productos financieros relacionados con el aseguramiento.....	154

Segunda Parte

PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA ANTE LA VINCULACIÓN DE SEGUROS CON PRODUCTOS BANCARIOS

CAPÍTULO III

Aplicación del derecho de defensa de la competencia al mercado de seguros privados 159

I.	Introducción	161
II.	El sector del seguro como mercado de referencia	164
	1. Consideraciones iniciales sobre el mercado de referencia	164
	2. Mercado del producto.....	167
	3. Mercado geográfico.....	170
	4. El mercado del producto vinculado.....	170
III.	Aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE a las prácticas de vinculación de seguros por entidades de crédito. Aspectos generales	173
	1. Prohibición de prácticas colusorias	173
	2. Explotación abusiva de posición dominante a través de las prácticas vinculadas.....	176
	3. Reglamentos de exención por categorías	180
	4. Referencia al falseamiento de la libre competencia por actos desleales	187
IV.	Aplicación de la normativa nacional de defensa de la competencia en materia de seguros	189
	1. Referencia a su evolución.....	189
	2. Exenciones legales en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.....	191
	3. Aplicación de los Reglamentos de exención comunitarios por categorías al sistema de defensa de la competencia español.....	192
V.	Conductas y prácticas prohibidas y su aplicación en el sector asegurador	194
	1. Acuerdos horizontales	194
	2. Acuerdos verticales	198
	3. Abuso de posición dominante de empresas en el mercado asegurador	203
	4. Las exenciones legales en materia de competencia.....	204

VI. Especialidades en la aplicación del Derecho de la Competencia a la vinculación de productos	206
1. Concepto de contrato vinculado y tratamiento legislativo.....	206
2. Separabilidad entre productos financieros y aseguradores	209
3. Modalidades de vinculación	216
A) Vinculación contractual.....	219
B) Vinculación técnica	220
C) Vinculación económica o comercial	220
4. Tests para la evaluación de las prácticas de vinculación.....	221
5. Valoración de la autoridad nacional de competencia	223

CAPÍTULO IV

La prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia en la venta cruzada de productos bancarios y contratos de seguros 227

I. Introducción	229
II. Elementos constitutivos de las conductas colusorias (Aspectos generales)	232
1. Introducción.....	232
2. Acuerdos entre empresas	234
3. Decisiones y recomendaciones colectivas.....	235
4. Prácticas concertadas o conscientemente paralelas	237
A) Prácticas concertadas	238
B) Prácticas conscientemente paralelas	241
III. Conductas colusorias y subordinación de productos financieros a la suscripción de seguros	243
1. Pactos entre entidades de crédito y entidades aseguradoras separadas.....	243
A) Falta de examen por la autoridad nacional de competencia	243
B) Subordinación con seguros producidos por aseguradoras separadas.....	246
2. Pactos entre entidades de crédito y aseguradoras del mismo grupo ..	254
3. Acuerdos formales para la distribución de seguros privados entre entidades del mismo grupo	260
A) Contrato de agencia con la filial aseguradora de la entidad de crédito	261
B) Contrato de prestación de servicios entre la entidad de crédito y la sociedad mercantil controlada o participada por ésta	266
4. Políticas de distribución entre entidades de crédito y filiales aseguradoras	268
5. Acuerdos sobre bonificaciones en los productos financieros	274
6. Posición de la autoridad nacional de competencia	279

IV.	La autoridad española de competencia ante la práctica generalizada de vinculación por entidades de crédito	285
	1. Investigación y resultados obtenidos de la autoridad nacional de Competencia.....	285
	2. Prueba valorada por la CNC sobre el paralelismo entre las políticas de vinculación de las entidades de crédito	288
	3. Conclusiones alcanzadas por la autoridad de la competencia.....	293
	4. Presupuestos para la existencia de prácticas generalizadas de vinculación contrarias al art. 1.1 LDC	294
	5. Restricciones en la competencia por supuestos paralelismos entre entidades de crédito.....	301

CAPÍTULO V

Abuso de posición dominante a través de prácticas vinculadas en el canal banca-seguros	307
---	------------

I.	Introducción	309
II.	Abuso de posición dominante (Aspectos generales)	310
	1. Tipicidad de la infracción antitrust.....	310
	2. Noción de posición dominante	314
	3. Noción de explotación abusiva.....	318
III.	Constitución de posibles abusos de explotación abusiva a través de la vinculación de seguros	321
	1. Subida de precios y costes económicos por cancelación del seguro vinculado.....	321
	2. Subordinación de productos en el canal bancario	328
	<i>A) Jurisprudencia comunitaria sobre la práctica de subordinación</i>	<i>328</i>
	<i>B) Sistema de vinculación de productos bancarios a la suscripción de seguros</i>	<i>331</i>
	3. Concesión de descuentos en la venta vinculada.....	333
	4. Imposición de condiciones no equitativas a los clientes en los seguros vinculados a operaciones de activo	343
IV.	Posición dominante colectiva en la vinculación de seguros	350
	1. Rasgos generales de la figura	350
	2. Posibles abusos en el mercado de banca minorista desde un abuso de posición dominante conjunta.....	357
	3. Situación actual de la dominancia conjunta del mercado de créditos hipotecarios y alternativas de elección del consumidor.....	362

CAPÍTULO VI

Efectos anticompetitivos en la distribución de seguros vinculados por entidades de crédito	367
I. Introducción	369
II. Características generales de la antijuridicidad en el Derecho de la Competencia	372
1. Restricciones en la competencia «por el objeto» y «por el efecto»...	372
2. Concepto de efecto sobre el comercio entre Estados miembros.....	375
3. Prácticas restrictivas de menor importancia	379
4. Doctrina de los mercados conexos.....	385
III. Efectos en el mercado del contrato de seguro	390
1. Apalancamiento sobre el mercado de seguros bancarios.....	390
2. Falseamiento y exclusión de la competencia en el mercado del producto vinculado	398
IV. Efectos sobre el mercado de banca minorista	407
1. Vinculación de productos como manifestación del poder económico en el mercado de banca minorista.....	407
2. Creación de barreras de entrada a través de la vinculación y preservación de poder económico	411
3. Discriminación de precios en la banca minorista	413
V. Limitaciones en los derechos de elección del consumidor	422
1. Percepción del consumidor ante las ventas vinculadas y Combinadas	422
2. Cláusulas de mantenimiento del seguro y de cancelación anticipada del producto financiero.....	426
3. Obligación de suscribir la póliza con la entidad aseguradora designada por la entidad de crédito	428

CAPÍTULO VII

Eficiencias en la vinculación de seguros con productos bancarios	441
I. Introducción	443
II. Compensación de eficiencias en la vinculación de productos	444
1. Abuso de posición dominante y generación de eficiencias	444
2. Acuerdos colusorios y prácticas concertadas	450
III. Ahorro de costes a través de la vinculación de productos bancarios a la suscripción de seguros	455
1. Costes de transacción y de distribución de las ventas vinculadas.....	455
2. Costes en el seguro vinculado	461
3. Costes del producto bancario: vinculación y descuentos	464
IV. Existencia de economías de escala y/o de alcance	472
V. Intensidad de la competencia a favor de los competidores del mercado asegurador	480
VI. Cierre anticompetitivo del mercado Vs. transmisión de eficiencias	485
VII. Eficiencias en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario	492
Conclusiones	495
Bibliografía	503

Abreviaturas

AA.VV.	Autores Varios.
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos.
AN	Audiencia Nacional.
AP	Audiencia Provincial.
apdo.	apartado.
art./arts.	artículo (s).
AUSBANC	Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
cap.	capítulo.
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
CCo	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
CE	Constitución Española.
CECA	Comunidad Económica del Carbón y del Acero.
CEE	Comunidad Económica Europea.
Cfr.	Confróntese.
cit.	citado.
CNC	Comisión Nacional de la Competencia.
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
consid.	considerando.
Coord.	Coordinadores.
DCC	Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CE del Consejo.
DCCC	Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010.
DDS	Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros.

DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.
DI	Dirección de Investigación.
Dir. (Dir.)	Director/es.
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
Ed.	Editorial.
EEE	Espacio Económico Europeo.
FAAF	Fondo para la Adquisición de Activos Financieros.
FIPER	Ficha de Información Personalizada.
FIPRE	Ficha de Información Precontractual.
FJ	Fundamento Jurídico.
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.
ibídem	en el mismo lugar.
ICEA	Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones.
LCA	Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre contrato de agencia.
LCCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro.
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
LDICE	Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
LECiv	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
LGP	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LMSP	Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados.
LMSRP	Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.
LMV	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LOSSEAR	Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.
LOSSEC	Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
LOSSP	Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
MiFID II	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.
OBS	Operador de banca-seguros.
op. cit.	obra citada.
pg./pgs.	página (s).
RD	Real Decreto.
RDC	Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
RES	Revista Española de Seguros.
RH	Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.
SA	Sociedad Anónima.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial.
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia.
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada.
SS.	Sentencias.
ss.	siguientes.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TCE	Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Europea, según versión modificada por el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997.
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia.
TDJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TPI	Tribunal de Primera Instancia.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.

UNESPA	Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.
vid.	véase.
Vol.	volumen.

PRELIMINAR

La política de competencia está basada en principios jurídicos y económicos, y persigue que los mercados se mantengan eficientes y abiertos de manera que todos los ciudadanos y empresas puedan disfrutar de los beneficios del crecimiento¹. Por un lado, para los consumidores, se traduce en la posibilidad de que puedan elegir productos y servicios de mayor calidad y acceder a ellos a un menor coste, y por otro, para las empresas, se permite que puedan competir entre ellas en igualdad de condiciones, incentivando la innovación y el progreso técnico². Así, la política de competencia garantiza que las empresas compitan en beneficio del consumidor, y con el fin de mantener el buen funcionamiento de los mercados de productos, las autoridades nacionales de competencia como la Comisión deben impedir la constitución de abusos y comportamientos contrarios a la libre competencia.

En este sentido, cuando las empresas compiten lealmente por sus propios méritos, tanto éstas como los consumidores se benefician de una amplia gama de productos y servicios innovadores y de calidad a precios competitivos³. La protección de los consumidores se constituye como uno de los objetivos primordiales en los Tratados de la UE, de manera que en el art. 12 TFUE se establece que «al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores». Esta protección también se pone de manifiesto en nuestra Constitución en su art. 51.1, que dispone que «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos».

¹ Informe de la Comisión sobre la política de competencia 2016, pg. 3. COM (2017) 285 final. Si bien, hasta el momento, la apreciación de los elementos jurídicos ha predominado en el examen de las conductas, el análisis económico se convertirá en el futuro en un pilar fundamental para la aplicación del Derecho de la Competencia. Vid. PETITBÓ JUAN, A., “La relevancia del Análisis Económico en los procedimientos relacionados con el Derecho de la Competencia”, en VALERA CARID, F. (Coord.), *Economía y Defensa de la Competencia*, Galicia, Tribunal Galego de Defensa da Competencia, 2010, pgs. 7 y 8.

² Vid. MIER HERNÁNDEZ, J.A., *El control de las prácticas restrictivas de la competencia en el comercio internacional (Una perspectiva latinoamericana)*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. José Carlos Fernández Rojas, Universidad Complutense de Madrid, 2013, pg. 22.

³ Informe de la Comisión sobre la política de competencia 2015, pg. 2. COM (2016) 393 final.

La existencia de una competencia efectiva entre las empresas, conforme se refiere en el preámbulo de la vigente LDC, constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado. El resultado de dicha competencia es la eficiencia productiva, y «se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad».

De esta manera, en relación al art. 101 TFUE (art. 1 LDC) se establece que podrá declararse inaplicable la prohibición general de las conductas colusorias cuando, entre otros requisitos recogidos en el artículo, reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Con respecto al art. 102 TFUE (art. 2 LDC), sobre la prohibición de la explotación abusiva de una posición dominante por una o varias empresas, la Comisión considera que cuando aplique el art. 102 TFUE a la conducta excluyente de las empresas dominantes, se centrará en las conductas más lesivas para los consumidores con el fin último de que se beneficien de la eficiencia y productividad resultantes de la competencia efectiva entre las empresas⁴.

La creación de un auténtico mercado único se convierte para la UE en un objetivo inexcusable y en constante desarrollo, que «implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados»⁵. El mercado interior y sus cuatro libertades ofrecen grandes oportunidades a los ciudadanos de la UE que pueden, en determinados sectores, beneficiarse de una amplia competencia que les brinda mejores productos y servicios y precios más reducidos. Sin embargo, en el sector financiero al por menor, que presta una serie de servicios que resultan indispensables para los ciudadanos, el desarrollo del mercado único parece encontrarse frente a importantes obstáculos que impiden a las empresas que hagan pleno uso de estas libertades y a los consumidores tener debidamente satisfechas sus demandas de productos y servicios financieros⁶.

⁴ Vid. «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», apdo. 5. DOUE núm. C45/7, de 24 de febrero de 2009.

⁵ Art. 26.2 TFUE (antiguo art. 14 TCE).

⁶ Vid. «Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor. Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas». COM (2015) 630 final.

Estos problemas de competitividad en el sector financiero se derivan de una concentración relativamente elevada y una competencia insuficiente, que se traduce en unas posibilidades de elección limitadas y un nivel bajo de rentabilidad, existiendo diferencias significativas entre los Estados miembros. Particularmente, en el sector del seguro español, fuertemente influenciado por la participación bancaria en la producción y mediación, se aprecia la posible constitución de ilícitos *antitrust* consistentes, por un lado, en la creación de sólidas barreras de entrada que no permiten a los demás operadores del mercado asegurador acceder al negocio de banca-seguros (en particular, a la comercialización de los seguros que son mediados en el espacio bancario) y, por otro, en la constitución de abusos contra los derechos de los consumidores que no pueden beneficiarse, en definitiva, de los productos de seguros distribuidos por otros proveedores en condiciones normales de competencia.

Con el objetivo de alcanzar una visión global acerca del problema de la falta de competitividad en el mercado banco-asegurador español y sus repercusiones sobre los consumidores, esta tesis presenta dos partes bien diferenciadas:

La primera de ellas (“*Distribución de seguros por entidades de crédito y su vinculación*”) engloba los Capítulos I y II; la labor investigadora se ha enfocado en el estudio de la liberalización de la distribución a través de las redes bancarias así como en el régimen legal de la mediación de seguros por entidades de crédito, con especial mención a los modelos de negocios más comunes para el desarrollo del negocio de banca-seguros. Posteriormente, se ha tratado el proceso de la comercialización de los seguros típicamente vinculados con productos y servicios bancarios desde el marco normativo aplicable a la vinculación de seguros, finalizando con una referencia a los seguros que son usualmente vinculados por entidades de crédito.

La segunda parte (“*Protección de la libre competencia ante la vinculación de seguros con productos bancarios*”, Capítulos III, IV, V, VI y VII) analiza la práctica de vinculación desde el ámbito de aplicación del sistema nacional y comunitario de defensa de la competencia por actos contrarios a la libre competencia, y, en concreto, en sede de los arts. 101 TFUE (1 LDC) y 102 TFUE (art. 2 LDC). Para concluir este examen, se han valorado las distintas eficiencias que, a través de las ventas vinculadas y combinadas en el canal banca-seguros, pudieran haberse trasladado a las entidades de crédito en forma de productos bancarios más rentables, competitivos, dotando al sistema financiero de más estabilidad gracias al

aseguramiento, como, por supuesto, a los consumidores mediante productos bancarios menos costosos y pólizas de seguros de mejor calidad.

El objetivo de la presente Tesis ha sido evaluar, analizar y determinar, desde la aplicación de las normas de competencia, el grado de competitividad de las prácticas de vinculación de productos llevadas a cabo tanto por entidades de crédito como por aseguradoras propias o ajenas de los grupos bancarios en el mercado de banca minorista. En particular, se ha tratado de determinar la existencia de una competencia efectiva en el mercado de seguros privados, para, en última instancia, concluir si las eficiencias productivas generadas en el canal banca-seguros se han trasladado al consumidor en la forma de productos de seguros de mayor calidad y más competitivos, respetando su derecho a la elección de entidad aseguradora con la que suscribir el seguro exigido por la entidad de crédito con motivo de la concesión y mantenimiento de la operación bancaria.

El análisis jurídico parte de la situación actual del Derecho de la Competencia en el mercado de seguros asociados principalmente a operaciones de activo, especialmente en relación a préstamos hipotecarios, soslayando la necesidad de definir, en términos de defensa de la competencia, la vinculación de productos que se desarrolla en el marco de la promoción, negociación y formalización de dichas operaciones. En el desarrollo de esta tarea, no sólo hemos tratado la banca-seguros desde una dimensión legal y económica, sino, además, se ha profundizado, partiendo de la regulación actual, tanto en los modelos estratégicos usualmente adoptados por las empresas de banca-seguros como en las prácticas de vinculación con determinados contratos de seguros.

Por último, de forma destacada, el trabajo se ha enfocado en dos circunstancias relevantes. Por una parte, en la generalización de las conductas de vinculación, entorno comercial muy presente a lo largo de la investigación, y, por otra, en el ejercicio de poder de mercado de las entidades de crédito, que tienen la capacidad de afectar y debilitar la competencia funcional o practicable en otros mercados conexos como son la producción y mediación de seguros privados. La estructura del mercado revela, en última instancia, que existen muchas posibilidades de producir no sólo un debilitamiento de la competencia efectiva en el mercado de seguros sino la generación de multitud perjuicios para los consumidores.

Primera Parte

**DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS
POR ENTIDADES DE CRÉDITO
Y SU VINCULACIÓN**

Capítulo I

La distribución de seguros privados por entidades de crédito

I. Introducción

La participación del sector bancario en el mercado asegurador, tanto en la producción como en la distribución, ha sido una constante a lo largo de la historia del seguro español. Las relaciones entre entidades de crédito y entidades aseguradoras se han caracterizado, históricamente, por el dominio que siempre han ostentado las primeras sobre las segundas, así como por la complementariedad e integración del seguro en el ámbito financiero.

Partiendo de un sólido posicionamiento de las entidades de crédito en el mercado asegurador español, el impulso de esta correlación de objetivos se produjo como consecuencia de importantes cambios legislativos que favorecieron la distribución de seguros a través de las redes bancarias, y, con ello, el aprovechamiento de importantes recursos financieros para la captación masiva de primas de seguros. No obstante, si bien se permitía a las entidades aseguradoras que pudieran escoger de entre diversos canales de distribución existentes aquéllos que fueran los más idóneos a la naturaleza comercial de sus productos aseguradores, la separación legal de actividades interviene en este sistema limitando, particularmente, que las entidades de crédito puedan producir seguros.

Sin embargo, gracias a los procesos de desregularización y desintermediación financiera, las entidades de crédito, con el fin de explotar sus redes bancarias y maximizar sus cuentas de resultados (especialmente a través de la reducción de costes externos), constituyeron sus propias filiales aseguradoras, compitiendo eficazmente con el resto de proveedores de seguros tradicionales que operaban en el mercado. Estas filiales aseguradoras se posicionaron súbitamente en sus redes de distribución como únicos proveedores de los seguros mediados en el ámbito bancario, obteniendo un espectacular éxito, de forma destaca frente a los demás ramos, en la comercialización de seguros de vida por su condición de productos de ahorro e inversión.

A lo largo de este capítulo se estudian, en primer lugar, el nacimiento y el alcance de las relaciones banca-seguros existentes en nuestro país; en segundo lugar, se abordará tanto el proceso de liberalización del canal banca-seguros como el régimen legal de la mediación de seguros privados que se recoge en el Derecho interno y comunitario; y por último, se hace referencia a

los distintos modelos de negocio más usuales en la práctica comercial para la explotación del canal.

II. Antecedentes históricos de la “*bancassurance*” en España

1. Breve referencia a los orígenes del seguro moderno

El aseguramiento, como sistema para redistribuir la incidencia del riesgo, esto es, para minimizar sus efectos ya sea sobre la sociedad en su conjunto (seguros sociales)⁷ o sobre una determinada colectividad de personas a cambio de una compensación económica (seguros privados), ha sido una práctica constante a lo largo de la historia de la humanidad.

Existe cierto consenso que establece el nacimiento del seguro moderno, tal y como lo conocemos hoy en día, en la Europa de la Edad Media. Así, el primer sistema de aseguramiento contractual documentado se desarrolló en torno al tráfico comercial marítimo en el Mediterráneo, y más concretamente en la Serenísima República de Génova en el año 1347⁸. Este seguro, principalmente marítimo, cuyas pólizas no sólo aseguraban barcos y mercancías sino, igualmente, la vida de los

⁷ En relación al nacimiento de la previsión social en nuestro país, desde el punto de vista político, puede consultarse MARTÍNEZ QUINTERO, M.E., “El nacimiento de los seguros sociales en el contexto del reformismo y la respuesta del movimiento obrero”, *Studia histórica*, nº. 2, 1984, pgs. 61-83. Por otra parte, de acuerdo a GARCÍA MURCIA, J., “Un nuevo centenario para la Seguridad Social española”, en GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.A. (Dir.), *La previsión social en España: Del Instituto Nacional de Previsión al Instituto Nacional de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2008, pg. 5: «Es un dato incontrovertible que el sistema español de seguridad social se crea en el año 1963 y se articula en el año 1966, para iniciar su andadura con efectos de 1 de enero de 1967. Pero también está fuera de toda duda que se trata de un sistema anclado de manera muy profunda en sus antecedentes, entre los que cobra un protagonismo especial la Ley de 27 de febrero de 1908 (Gaceta 29 de febrero), de Organización por el Estado de un Instituto Nacional de Previsión (INP). Con este acontecimiento normativo se pone en marcha en España, de modo efectivo, lo que con el paso del tiempo se ha venido conociendo como sistema público de previsión social».

⁸ Entre otros, MANZANO MARTOS, A., *Claves del Seguro Español: Una aproximación a la Historia del Seguro en España*, Madrid, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 2012, pg. 2; y TORDELLA CASARES, G., MANZANO MARTOS, A. y GARCÍA RUIZ, J.L., “Breve historia del seguro en España”, *Dossier Fundación Mapfre*, nº. 37, 2015, pg. 33; y, especialmente, TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España*, Madrid, Fundación Mapfre, 2014, pg. 29.

pasajeros (seguros de vida incipientes), se constituían como verdaderos seguros privados motivados, precisamente, por el ánimo de lucro de los aseguradores⁹.

La construcción jurídica del seguro de vida, que fue, sin duda alguna, un progreso significativo para la evolución del seguro, puede remontarse a la aprobación en Inglaterra de la *Life Assurance Act 1774*¹⁰, también conocida como *Gambling Act* o Ley del Juego. La norma condicionó el aseguramiento de la vida ajena a la concurrencia de un interés asegurable, es decir, para otorgar de validez y eficacia al contrato de seguro sería imprescindible que existiera algún tipo de relación previa con el asegurado, lo que separó de forma definitiva la caracterización jurídica del seguro del juego o de la apuesta. No obstante, diversos autores confirman una configuración anterior de los citados elementos esenciales del seguro de vida a partir de lo recogido en la *Ordenanza de seguros marítimos de los cónsules de la nación de España residentes en la ciudad en Brujas* de 1569, que, siendo una importante ordenanza de seguros, regularía en su título XX y último los seguros de vida; posteriormente prohibidos, de manera extraordinaria, por una ordenanza real de 1570 al haberse propiciado copiosos fraudes y abusos¹¹.

Junto con el seguro de vida aparecieron también otras fórmulas de aseguramiento para los riesgos de enfermedad, robo, entierro y accidente. De esta forma, surgió el seguro de incendios, originado inicialmente en Inglaterra, por cuanto entre los siglos XVI y XVII los incendios eran muy frecuentes atendiendo al elevado número de edificios de madera¹². Si bien su difusión fue relativamente lenta al existir serias diferencias con el seguro marítimo pues se trataba de un contrato de largo plazo por lo que había que extender la duración de las pólizas, el

⁹ Resulta de interés acerca del seguro marítimo URÍA GONZÁLEZ, R., *El seguro marítimo*, Barcelona, Editorial Bosch, 1940.

¹⁰ 1774 c. 48 (Regnal. 14 Geo 3).

¹¹ Vid. CORONAS GONZÁLEZ, S.M., “La ordenanza de seguros marítimos de la nación de España en Brujas”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Libro IV, 1984, pgs. 403 y 406. No obstante, CASADO ALONSO, H., “El mercado internacional de seguros de Burgos en el siglo XVI”, *Boletín de la Institución Fernán González*, n.º. 219, 1978, refiere que: «va a ser la Declaración de la póliza de seguros de 26 de enero de 1514 la que inicia verdaderamente la normativa burgalesa sobre seguros marítimos. En ella se establece cómo se han de hacer a partir de entonces los documentos asegurativos y todas las cláusulas que deben de contener. Se establecen condiciones de las mercancías prohibidas o no, las responsabilidades de las partes, los desembolsos, el pago de las primas, las notificaciones de siniestros, etc. Es, pues, el auténtico inicio de la regulación burgalesa».

¹² Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 37.

impulso definitivo para su producción y comercialización en masa se produjo, trágicamente, gracias al Gran Incendio de Londres acaecido en el año 1666¹³.

En nuestro país, a través de la promulgación de las Ordenanzas sobre seguros, en primer lugar, la de Barcelona en el año 1432, y después las de Palma de Mallorca (1492), Burgos (1538), Sevilla (1556) y Bilbao (1560), se estableció un sólido marco jurídico para el desarrollo del sector del seguro que mantuvo su vigencia durante largo tiempo¹⁴. De esta forma, en los principales puertos españoles se desarrolló un auténtico mercado de seguros, relacionado, particularmente, con operaciones comerciales de índole internacional¹⁵.

Acerca del desarrollo histórico del seguro moderno, merecen especial atención los siguientes factores tradicionalmente vinculados a su exponencial crecimiento¹⁶:

(1) Si bien existían compañías en la época medieval, la organización del sector del seguro se encontraba bajo dominio de aseguradores individuales que eran coordinados por corredores y notarios. Este sistema cambió radicalmente en la segunda mitad del s. XVII con la aparición de las compañías de seguros por

¹³ A raíz de Gran Incendio de Londres de 1666 se funda la compañía de responsabilidad limitada *Fire Office*. Vid. LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., “La importancia del seguro y de la actualización de su regulación”, *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº. 49, 2014, pg. 4; y PALACIOS, L.A. y VALERA, C., “El seguro de Incendio y Terremoto”, *Revista Fasecolda*, 2011, pg. 453

¹⁴ Vid. MANZANO MARTOS, A., *Claves del Seguro Español...*, op. cit., pg. 2.

¹⁵ Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 49.

¹⁶ Conforme expone DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito: los Operadores de Banca-Seguros*, Pamplona, Editorial Civitas-Thomson Reuters [ProView], 2015. Publicación que constituye la Tesis Doctoral que presentó y defendió en la Universidad de Oviedo dirigida por los Profesores D. José María Muñoz Paredes y D^a. María Luisa Muñoz Paredes, apdo. 3, cap. 1: «a) En primer lugar, ha de tenerse en cuenta la legislación existente, más o menos permisiva con las nuevas fórmulas de distribución [...]. b) No obstante, deben tenerse en cuenta también otros factores tales como el fiscal, clave en el éxito inicial de la banca-seguros en Italia, España o Francia, donde hasta mediados de los años 90 existían previsiones normativas que favorecían el ahorro individual canalizado a través de productos de seguro de vida y previsión social. c) Incluso cabe hablar de un factor social o cultural en relación a la buena imagen de la banca, las relaciones de confianza con los clientes) o la extensa red de oficinas que caracteriza a mercados bancarios como el francés, el español o el italiano, frente a otros como el anglosajón en el que además, no puede ignorarse el práctico monopolio de los brokers en la contratación de operaciones de seguro. d) En aquellos países en que el desarrollo banco-asegurador ha sido mayor, destaca otro hecho relevante como es el del carácter sencillo y estandarizado de los productos ofrecidos a los clientes [...]. e) Por último, es posible hacer referencia a otro elemento determinante para la mayor o menor difusión de la actividad bancoaseguradora como es el grado de madurez de los respectivos mercados de seguros».

acciones (sociedades de capital), lo que facilitó la constitución de entidades específicamente dedicadas al negocio asegurador que incorporaban una gestión técnica en materia de seguros (eliminación de intermediarios, agilidad en la contratación de seguros...);

(2) El desarrollo de la tecnificación del seguro (cálculo de las estimaciones para fijación de primas, provisiones técnicas...), iniciado en el s. XVIII, dio lugar, no sólo a la creación de una nueva carrera profesional (actuario de seguros), sino a la aplicación de métodos científicos que fueron decisivos para el desarrollo de todos los ramos, especialmente del seguro de vida¹⁷;

(3) Otro factor importante a tener en cuenta fue el desarrollo del reaseguro (denominado en el s. XVII como «reseguro»), por el que los aseguradores buscaban a otra persona que los cubriese frente a los riesgos que habrían contraído anteriormente¹⁸. El reaseguro, que ya era bien conocido, alcanzó su mayor evolución en el s. XX con el aseguramiento de riesgos catastróficos y de terrorismo¹⁹, e implantó, asimismo, un mayor grado de estabilidad en las operaciones así como un valioso canal de transferencia de conocimientos entre los operadores²⁰;

(4) En último lugar, los cambios legislativos que sometieron al negocio asegurador a regulación y supervisión por parte de las autoridades españolas. La regulación de las sociedades anónimas por mor de la nueva Ley de Sociedades por Acciones aprobada el 19 de octubre de 1869²¹, que liberalizó la creación de todo tipo de sociedades de dicha clase, entre las que se incluyen las entidades aseguradoras, permitió la constitución de entidades aseguradoras más estables, lo que incentivó la llegada de delegaciones de multinacionales extranjeras. Esta

¹⁷ Antes de la introducción del seguro de vida científico, la *tontina* (empréstito amortizable con tipo de interés fijo y suscripciones nominativas por el que el Estado abonaría a los supervivientes una misma cantidad por intereses, o, en su modalidad ulterior, al vencer el plazo, normalmente de diez años, el capital y los intereses acumulados se repartían entre los supervivientes) alcanzó gran éxito en España. Vid. AA.VV., *Investigaciones históricas de Seguro español* (Coords. PONS PONS, J., y PONS BRÍAS, M.A.), Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, Madrid, 2010, pg. 13; y TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 93.

¹⁸ Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 32.

¹⁹ *Ibidem. cit.*, pg. 42.

²⁰ Vid. MANZANO MARTOS, A., *Claves del Seguro Español...*, op. cit., pg. 9.

²¹ Al respecto, puede consultarse MATILLA QUIZA, M.J., “Debates parlamentarios y leyes sobre la asociación de capitales (1810-1874)”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º. 93, 1996, pgs. 379-399.

profusión en el número de competidores en el mercado asegurador obligaría a una regulación más específica, que llegó, posteriormente, con la promulgación de la Ley de Registro e Inspección de Seguros de 14 de mayo de 1908, inspirada en las legislaciones inglesa, suiza, alemana y francesa²².

2. Relaciones banca-seguros en España

La presencia de las entidades de crédito en el negocio asegurador ha sido una tradición insoslayable en nuestro país. En este sentido, pueden destacarse, por un lado, la creación de la entidad aseguradora “*La Estrella*”, que fue la primera entidad importante fundada directamente por la banca moderna en 1901, en concreto por el Banco de Cartagena²³; y por otro, la entidad “*Aurora*”, que nace como una entidad de crédito en 1900, para después fusionarse con la entidad de seguros “*La Polar*”, siendo el *Banco Bilbao Vizcaya* el principal accionista superando en el año 1984 el 95% de participación.

Si bien las entidades de crédito han dominado tradicionalmente a las entidades aseguradoras, el negocio entre ambas seguía gestionándose de forma separada, por lo que se mantenía, por parte de las primeras sobre las segundas, un dominio de carácter financiero/industrial²⁴. Esta separación se reforzó, asimismo, en la legislación (no era posible consolidar las entidades de seguros con las entidades de crédito, prohibición de interrelacionar actividades...) hasta que se produjo la efectiva liberalización de las redes agenciales de las entidades aseguradoras, traducándose en la posibilidad de que, a través de las redes de las entidades de crédito, se pudieran mediar seguros.

La legislación, en este sentido, limitó de forma determinante la posibilidad de llevar a cabo importantes políticas de distribución entre entidades de crédito y

²² Mencionada en la exposición de motivos de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado, por cuanto: «constituyó un instrumento muy eficaz en los casi cincuenta años que tuvo de vida».

²³ Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 153. Los datos y fechas relativos a la creación de la sociedad anónima La Estrella, dedicada a los seguros, pueden encontrarse en ARRIBAS ÁLVAREZ, J.F., “La Estrella. El origen murciano de la filial española de Generali”, *Revista Murgetana*, año LXVII, nº. 134, 2016, pgs. 13-24.

²⁴ Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., “La actividad de bancaseguros en el mercado asegurador español: modelos y nivel de implantación”, *Boletín ICE Económico: Información Comercial Española*, 2003, pgs. 3 y 4. El citado autor ha publicado numerosas obras y artículos relacionados con el negocio de banca-seguros, que serán citados, por su importancia, a lo largo de este estudio.

aseguradoras. Este hecho tuvo una mayor repercusión en España puesto que existían numerosas entidades aseguradoras pertenecientes a grupos bancarios²⁵. Los cambios normativos sucedidos posteriormente conllevaron a la creación de un nuevo canal de distribución de seguros, el de banca-seguros, con gran trascendencia e impacto en el negocio asegurador. En todo caso, la liberalización no causó quebranto alguno a las limitaciones tradicionales de producción de seguros para las entidades aseguradoras, participando las entidades de crédito en el negocio como mediadores percibiendo por la distribución las correspondientes comisiones de venta.

Conforme antecede, puede concluirse que las relaciones entre entidades de crédito y aseguradoras han estado sujetas a la dominación que ostentaban las primeras sobre las segundas²⁶. Al respecto, antes de la liberalización del canal las mayores aseguradoras de nuestro país ya pertenecían a grupos bancarios (*Banco Vitalicio* era filial del *Banco Central*, *La Estrella* del *Banco Hispano Americano*...). En última instancia, quien tomaba las decisiones y se encargaba de la gestión del grupo era, evidentemente, la entidad de crédito²⁷.

Estas relaciones de banca-seguros han sido, bajo el contexto histórico español, estratégicamente muy fructíferas. En primer lugar, porque existe un ámbito o espacio de complementariedad tradicional que se deriva de las actividades principales de ambas entidades (créditos o préstamos junto con productos de seguros que los garantizan); en segundo lugar, entre ambas actividades no existe competencia, sino todo lo contrario, aparece de nuevo el citado elemento de complementariedad, especialmente entre productos, puesto que la entidad de crédito pretende con el seguro eliminar el riesgo de incumplimiento, y la entidad aseguradora la existencia del riesgo para obtener la correspondiente prima; en tercer lugar, mediante los acuerdos de distribución, las entidades aseguradoras disponen de una red más amplia de comercialización, alcanzando nuevos segmentos de clientes, y aumentando, con ello, la confianza en su propia marca; y por último, sobre el modelo de grupos de servicios financieros, con la creación o adquisición de filiales aseguradoras, las entidades de crédito introducen a las entidades

²⁵ *Ibidem.* cit., pg. 6.

²⁶ A pesar de esta situación de preponderancia, en los años sesenta, con escaso éxito, las entidades aseguradoras iniciaron la explotación de las redes bancarias.

²⁷ Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España*..., op. cit., pg. 306.

aseguradoras dentro de su misma organización bancaria, lo que reduce enormemente los costes externos²⁸.

III. El proceso de liberalización de la distribución de seguros por entidades de crédito. La mediación de seguros por el operador de banca-seguros

1. La “parabancariedad” y el nacimiento de la banca-seguros

La evolución del mercado de consumidores y la demanda de nuevos productos y servicios bancarios ha ampliado la gama de productos ofertados por las entidades de crédito en los países económicamente desarrollados. De este modo, la mediación de seguros a través del personal y medios de las entidades de crédito se incluiría dentro de las actividades denominadas «*parabancarias*»²⁹; expresión que actualiza terminológicamente los tradicionales servicios bancarios accesorios referidos en la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 (art. 37)³⁰, esto es, la oferta de productos no englobados en los tradicionalmente comercializados por las entidades financieras.

²⁸ Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 13.

²⁹ De acuerdo a VARGAS VASSEROT, C., “La comercialización de seguros por entidades de crédito y los seguros vinculados a operaciones de préstamos”, en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Dirs.). *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2017, pg. 696: «desde un punto de vista negativo se define la actividad parabancaria como aquella que desarrollan las entidades de crédito, directamente o a través de filiales, próximas pero diferentes a las actividades típicas bancarias. [...] Si consideramos que el elemento clave de la parabancariedad es la actividad de intermediación financiera, en la medida que esto es lo que hacen las aseguradoras en cuanto que captan y acumulan recursos financieros, siendo a la vez instrumentos canalizadores de ahorro y de inversión, podríamos integrar la actividad aseguradora en el marco de las actividades parabancarias». Conforme a DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 1.1.1.a), cap. 6: «con carácter más específico, cabe emplear parabancariedad para aludir a los actos llevados a cabo por una entidad dentro uno de los tres sectores en que se halla dividido el sistema financiero, que impliquen la entrada en alguno de los otros dos, circunstancia que se produce en el caso de la distribución de seguros por parte de las entidades de crédito [...]».

³⁰ BOE núm. 1, de 1 de enero de 1947. Vid. DÍAZ LLAVONA, C., “Los Operadores de Bancaseguros en España”, *RES: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, nº. 148, 2011, pg. 737.

El término «*banca-seguros*» (expresión que procede, a su vez, del término francés «*bancassurance*»)³¹ ha sido utilizado indistintamente por la doctrina para definir, por un lado, el control o dominio financiero que las entidades de crédito tradicionalmente han ostentado sobre las entidades de seguros, y, por otro, más específico, relativo a la actividad de mediación de seguros que se desarrolla e incorpora en el espacio de las redes de distribución bancarias. Sin embargo, en la práctica, la aplicación del término resulta ampliamente heterogénea, dependiendo de las condiciones legislativas así como de factores culturales y socioeconómicos de cada país.

Respecto a esta segunda modalidad de negocio de banca-seguros (distribución de seguros en las redes bancarias), históricamente se ha asociado la banca-seguros: (1) a la creación de *Barclays Life* en 1965³²; (2) a la creación por parte de los grupos bancarios de las primeras filiales aseguradoras que distribuían sus productos a través de las redes bancarias; y (3) a la promulgación de la Ley 84-86 de 24 de enero de 1984 relativa a la actividad y control de las entidades de crédito³³, conocida como la «Ley Bancaria francesa», y en particular su art. 5, que establece la posibilidad de que las entidades de crédito puedan ampliar legalmente

³¹ La actividad de mediación de seguros a través del canal bancario ha sido denominada tradicionalmente «*banca-seguros*». En este sentido, el término empleado por el legislador en la LMSRP para desarrollar una nueva figura de agente de seguros, los Operadores de banca-seguros, proviene de la expresión francesa «*bancassurance*». Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., “Las relaciones banca-seguros: consideraciones históricas y actuales”, en PONS PONS, J. y PONS BRÍAS, M.A. (Coords.), *Investigaciones históricas del Seguro español*, Madrid, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 2010, pg. 260. La primera manifestación legislativa del término «*bancassurance*» nace de la publicación de la Ley Bancaria Francesa de 24 de enero de 1984, que posibilitó, a través de su art. 5, la comercialización de seguros por medio del canal bancario. Señala DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 2, cap. 1: «Sin perjuicio de que ya en otros países como Estados Unidos puedan encontrarse manifestaciones anteriores de la suscripción de seguros por parte de entidades bancarias, es generalmente admitido que el origen de la banca-seguros y la propia acuñación del término «*bancassurance*» se sitúa en Francia. Ya en los años 70 se constituyen por grupos bancarios las primeras filiales dedicadas a los seguros de vida y capitalización, cuyos productos se distribuyen a través de la red bancaria correspondiente. Es no obstante en los años 80, a raíz de la Ley Bancaria francesa de 24 de enero de 1984, cuando la actividad banco-aseguradora de las entidades de crédito despegaba con fuerza en base a la posibilidad recogida en el artículo 5 del texto legal mencionado, que permite a los establecimientos de crédito desarrollar actividades conexas con su actividad principal».

³² Vid. CARTER, R.L. y FALUSH, P., “The British Insurance Industry Since 1900: The Era of Transformation”, *Palgrave Macmillan*, 2009, pg. 70.

³³ Vid. LISO, J.M., BALAGUER, T. y SOLER, M., *El sector bancario europeo: panorama y tendencias*, Barcelona, Colección Estudios e Informes, Servicio de Estudios de “La Caixa”, nº. 6, 1996, pg. 52.

la oferta de sus servicios y productos comercializados en sus redes de oficinas y sucursales.

A finales de los años sesenta, la distribución de seguros se realizaba principalmente a través de agentes, que se completaba gracias a la actuación de corredores y de una naciente actividad de banca-seguros. Si bien las entidades de crédito operaban con sus filiales aseguradoras, no existía una actividad sistemática y masiva de distribución de seguros dirigida, particularmente, a personas físicas³⁴.

Posteriormente, en la década de los años ochenta (cambio de modelo), las entidades de crédito (fundamentalmente, bancos y cajas de ahorro) comenzaron a ofertar a sus clientes seguros junto con sus productos y servicios financieros. De esta forma, como era previsible, adquirieron especial relevancia tanto los seguros de vida-ahorro, por su particular condición económica de producto financiero, como los seguros asociados a operaciones crediticias (seguros de hogar y de amortización de créditos).

Las entidades aseguradoras más reconocidas (entre ellas, *Mapfre* o *Catalana Occidente*) transformaron sus redes tradicionales ampliándolas a otros canales de distribución para captar clientes que procedían de diversas áreas de negocio (centros comerciales, concesionarios de automóviles, entidades de crédito...).

En el mismo sentido, los modelos del negocio banco-asegurador utilizados por entidades de crédito han sido variados y, de nuevo, han venido transformándose con el tiempo en otros más eficientes y rentables. Las entidades que poseían filiales aseguradoras las vendieron a importantes aseguradoras europeas, y celebraron con éstas acuerdos de distribución, aunque sin poco éxito. Otras entidades de crédito, esencialmente cajas de ahorro, que no disponían de filiales aseguradoras, constituyeron agencias o corredurías para distribuir seguros producidos por otras entidades de seguros³⁵.

Así las cosas, la definitiva eliminación de las barreras legales al acceso de las entidades de crédito al mercado de seguros³⁶ se llevó a cabo en la Unión Europea a

³⁴ Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 371.

³⁵ *Ibidem.* cit., pg. 372.

³⁶ Puede consultarse en relación a los requisitos de acceso de las entidades aseguradoras al mercado asegurador, VERCHER MOLL, F.J., *Las condiciones de acceso al mercado de seguros en el ordenamiento jurídico español*, Tesis Doctoral dirigida por los Profesores D. Juan Bataller Grau y D. Jesús Olavarría Iglesia, Universidad de Valencia, 2014. El autor en el apartado de conclusiones (pg. 614) manifiesta que: «la autorización administrativa se configura de este modo como el acto

través de la Segunda Directiva del Consejo de 15 de diciembre de 1989 para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio³⁷. Esta norma comunitaria, transpuesta a nuestro Derecho interno por medio de la Ley 3/1994, de 14 de abril³⁸, permitió una mayor convergencia entre las entidades de crédito y el sector del seguro³⁹. No obstante, en los países europeos (Francia a mediados de los años ochenta, Grecia mediante la venta de seguros a través de bancos estatales...), incluida España, ya existían importantes lazos de cooperación entre entidades de crédito y aseguradoras, lo que sirvió para crear una banca-seguros fuerte y con gran proyección comercial.

El auge de la banca-seguros, tanto en nuestro país como en el resto de Estados, tuvo su causa en un proceso natural de convergencia y de cooperación relacionado directamente con el aprovechamiento de la existencia de economías de escala y de alcance⁴⁰. Por un lado, las entidades de crédito operan en el mercado de consumidores ofertando una amplia gama de productos interrelacionados, y, por otro, las entidades aseguradoras, a través de la suscripción de estos acuerdos de banca-seguros, reducen sus costes operativos aumentando su oferta y distribución de productos en un mercado más extenso por medio de la utilización de las redes bancarias⁴¹.

Los modelos surgidos de la propia viabilidad del negocio de banca-seguros fueron cambiantes, adaptándose a factores legales, a los hábitos de los consumidores, así como al tamaño de las redes bancarias. Esto mismo se produjo a

administrativo que otorga capacidad para desarrollar el objeto social, limitándose la entidad, en el ínterin entre la obtención de la personalidad jurídica y la concesión de la autorización, a realizar actos que no revistan las características propias de un contrato de seguro, sino solamente aquellos de carácter instrumental a la actividad aseguradora como, realizar sondeos o estudios estadísticos que puedan resultar útiles para un posterior desarrollo del negocio asegurador una vez obtenida la autorización. Esta es la razón por la que las entidades de seguros se consideran sociedades mercantiles con capacidad especial, pues solamente pueden ejercer la actividad aseguradora las sociedades que hayan obtenido la autorización y, las que lo hayan hecho, solamente podrán realizar las operaciones de seguros delimitadas en su autorización administrativa».

³⁷ DOCE núm. 386, de 30 de diciembre de 1989.

³⁸ BOE núm. 90, de 15 de abril de 1994.

³⁹ Vid. SCHNEIDER, M.C., *Bancassurance in the Italian life insurance Industry*, Tesis Doctoral presentada en la Università degli Studi di Udine, 2014, pg. 11.

⁴⁰ La concurrencia de economías de escala y de alcance en relación a la vinculación de productos será objeto de estudio en el Capítulo VII.

⁴¹ Vid. SCHNEIDER, M.C., *Bancassurance in the Italian life...*, op. cit., pg. 14.

finales de los años noventa, surgiendo un nuevo modelo enfocado en la rentabilidad de la distribución para las entidades de crédito. El modelo de negocio consistía en vender a una entidad aseguradora una participación de control sobre una o varias filiales aseguradoras de la entidad de crédito con acceso a las redes bancarias para ofertar sus seguros. La entidad de crédito recibía a cambio de esta operación una cantidad económica elevada tanto por la participación de la entidad aseguradora en sus redes como por el derecho de distribución con carácter exclusivo, además de las correspondientes comisiones de venta⁴².

Ya a finales de los años ochenta, el nivel de satisfacción de los consumidores era superior para los bancos y cajas de ahorro que el que obtenido por las entidades aseguradoras tradicionales, que quedaban muy por debajo⁴³. Esta satisfacción del consumidor radicaba en la idea de que las entidades de crédito (especialmente las cajas de ahorro) estaban más capacitadas para satisfacer la demanda de seguros, lo que incentivó el surgimiento de nuevas sinergias entre ambos sectores⁴⁴. El resultado de este éxito comercial fue la suscripción de acuerdos de banca-seguros con entidades aseguradoras separadas, así como la creación de otras entidades más reducidas para la distribución en las redes bancarias, lo que provocó una reducción de las filiales aseguradoras tradicionales⁴⁵.

2. Evolución del sistema normativo de la mediación de seguros

El proceso de desregularización y de desintermediación financiera abocó a las entidades de crédito a buscar negocios alternativos a los tradicionales aprovechando las ventajas comerciales que disfrutaban en el mercado de banca minorista. Por su parte, las entidades de seguros buscaban nuevas vías de

⁴² Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 372.

⁴³ Sobre la perspectiva comercial de las entidades de crédito, Vid. SANTIAGO MERINO, J., *La Calidad de Servicio Bancario: Entre la Fidelidad y la Ruptura*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. José Ramón Sánchez Guzmán, Universidad Complutense de Madrid, 1999.

⁴⁴ Al respecto, puede consultarse MARTÍNEZ VILCHES, R., “Mercado potencial de Banca-Seguros: naturaleza y gama de productos a comercializar”, *Cuadernos de Información Económica*, nº. 113-114, 1996, pgs. 57-66.

⁴⁵ *Ibidem. cit.*, pg. 374.

comercialización de sus productos, constituyendo los fondos de pensiones y de jubilación un importante comienzo de las relaciones banca-seguro.

La aparición de estas relaciones entre entidades de crédito y aseguradoras, fortalecidas por la complementariedad financiera de los productos de seguros, supuso, en la práctica, la creación de un nuevo canal de distribución de seguros, si bien limitado dado que las personas jurídicas no podían ejercer labores de mediación de seguros. Este sistema legal logró su desarrollo en virtud de la Ley de Producción de Seguros Privados de 1969⁴⁶, que supuso un *status quo* en relación a los privilegios que disfrutaban los agentes de seguros tradicionales (colegiación obligatoria, medidas contra intrusismo...)⁴⁷. El esquema de privilegios fue, poco a poco, diluyéndose gracias al Real Decreto 1347/1985, de 1 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de la producción de seguros privados⁴⁸, puesto que, en contra de continuar manteniendo estos privilegios, el legislador introdujo excepciones a la regla de colegiación y a la posibilidad de que una persona jurídica pudiera ejercer la actividad de mediación de seguros.

Con anterioridad a la liberalización de las redes agenciales de las entidades aseguradoras, que se produjo con gran polémica, el Derecho comunitario influenció al legislador español para alcanzar esta nueva tarea de manera decisiva. Por un lado, se publicó la Directiva 77/92/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976⁴⁹, cuya finalidad fue la de homogeneizar las legislaciones de los Estados miembros (coordinación y ejercicio de las condiciones de acceso de los agentes y corredores, requisitos comunes para el ejercicio de la actividad...)⁵⁰. Por otro lado, y de forma más destacada, aunque careciendo de carácter vinculante, estuvo muy presente en esta futura liberalización la Recomendación 92/48/CEE de la Comisión, de 18 de diciembre de 1991, sobre los mediadores de seguros⁵¹. Esta Recomendación tuvo gran repercusión en las modificaciones legislativas de los Estados miembros,

⁴⁶ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1969.

⁴⁷ Vid. DÍAZ DE DIEGO, P., *La mediación de seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio*. Madrid, Instituto de Ciencia del Seguro, Fundación Mapfre, 2008, pg. 68.

⁴⁸ BOE núm. 185, de 3 de agosto de 1985.

⁴⁹ DOUE núm. L009, de 15 de enero de 2003.

⁵⁰ Acerca del régimen comunitario de acceso a la actividad aseguradora, Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., "Acceso y ejercicio de la actividad aseguradora en la Unión Europea. La licencia única", *Estudios y comentarios sobre la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, 1997, pgs. 333-348.

⁵¹ DOCE núm. L019, de 28 de enero de 1992.

especialmente para España dado que los trabajos preparatorios tanto de la mencionada Recomendación como de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados (LMSP)⁵², se desarrollaron al mismo tiempo y las influencias de ambas resultaron muy significativas⁵³.

Las razones más relevantes que desembocaron en la aprobación de la Recomendación 92/48/CEE fue la de impulsar la creación del *mercado único de seguros*, promoviendo la libre prestación de servicios de los mediadores entre los Estados miembros. A pesar de adolecer de fuerza vinculante (no obstante, se vio reflejada en la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros⁵⁴), la Comisión marcó pautas importantes en relación a las competencias profesionales que debían adquirir los mediadores de seguros, así como a la creación de un registro de mediadores por los que cada Estado miembro debía designar un organismo competente para su llevanza⁵⁵. Estas previsiones contenidas en la Recomendación fueron recogidas oportunamente en la LMSP, promoviéndose todas ellas por el legislador español con cierta satisfacción temporal. Por ello, la publicación de la citada Recomendación fue verdaderamente importante, por cuanto su contenido y objetivos se desarrollaron tanto en la Directiva de mediación de seguros de 2002 como en la norma española de mediación de 2006⁵⁶.

Así las cosas, con motivo de la promulgación de la LMSP, el legislador español modificó el régimen de privilegios de los agentes, fomentando, en síntesis, la actividad en el sector, así como la diversificación en los sistemas de comercialización de seguros. Este nuevo esquema facilitó el nivel competitivo que ya existía, dotándolo de un sistema regulatorio más eficaz y orientativo tanto para las entidades aseguradoras como para los mediadores de seguros. Las claves principales a considerar en la LMSP recaen: (1) en la separación de los mediadores de seguros (agentes y corredores de seguros), regulándose cada categoría de acuerdo a sus actividades; y (2) en la liberalización de la red agencial de las

⁵² BOE núm. 106, de 2 de mayo de 1992.

⁵³ Vid. DÍAZ DE DIEGO, P., *La mediación de seguros privados...*, op. cit., pg. 10.

⁵⁴ DOUE núm. L 009, de 15 de enero de 2003. En el mismo sentido, VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 701.

⁵⁵ Art. 5.2 de la Recomendación 92/48/CEE de la Comisión, de 18 de diciembre de 1991, sobre los mediadores de seguros.

⁵⁶ Vid. DÍAZ DE DIEGO, P., *La mediación de seguros privados...*, op. cit., pg. 2.

entidades aseguradoras, eliminándose, igualmente, las tradicionales barreras de entrada para ejercer la actividad de agente de seguros (colegiación, superación de exámenes...).

La próxima evolución del sistema legal de mediación de seguros surgió a raíz de la aprobación de la citada Directiva 2002/92/CE. En su Considerando 9º se permitía la posibilidad de que pudieran distribuir seguros los operadores de banca-seguros (OBS). Existía, por ello, en nuestro país, la necesidad de que se adaptara a la legislación española, esta nueva Directiva de 2002 sobre mediación de seguros⁵⁷. La norma comunitaria regularía la evolución de nuevas prácticas de mediación que ya formaban parte de la práctica aseguradora.

La armonización española del texto comunitario llegó con la promulgación de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (LMSRP)⁵⁸. La nueva norma de mediación de seguros debía su existencia a cuatro factores primordiales: (1) la necesidad de transposición de la normativa comunitaria, particularmente de la Directiva 2002/92/CE; (2) actualizar la LMSP atendiendo a las novedades y nuevas figuras surgidas en el mercado de seguros, en particular el OBS; (2) se establecen mayores exigencias de independencia de los corredores de seguros sobre las entidades aseguradoras; (3) todos los agentes de seguros quedan obligados a inscribirse, antes del comienzo de la actividad, en un registro público controlado por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP); y (4) se introducen nuevos criterios de transparencia y protección de los consumidores, obligando a los mediadores a poner a disposición de éstos un departamento o servicio de atención al cliente, incluido un defensor del asegurado⁵⁹.

3. Crítica y revisión del marco general legislativo vigente

No puede achacarse que tanto el legislador comunitario como el español no hayan aceptado el desafío de pretender un mercado de seguros más dinámico y transparente. Al respecto, tal y como consta en las Directivas de mediación, el

⁵⁷ Puede consultarse, de forma más amplia, acerca de la mediación de seguros, AA.VV., *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, CUNAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (Dir.), Pamplona, Thomson Reuters-Civitas, 2007.

⁵⁸ BOE núm. 170, de 18 de julio de 2006.

⁵⁹ *Ibidem. cit.*, pg. 46.

objetivo de la regulación no ha sido otro que alcanzar un mercado único de seguros, facilitando, fundamentalmente, la actividad transfronteriza de las aseguradoras y de los mediadores de seguros⁶⁰.

No obstante, la LMSRP, a pesar de contener una regulación más compleja en relación a los esquemas contenidos en la derogada LMSP, parte de cierta consolidación de las cuestiones más polémicas que se suscitaron en la anterior norma de mediación. Este hecho, por otro lado, se enfrenta a problemas surgidos a raíz de la armonización y transposición de la Directiva de mediación de seguros de 2002 a nuestro acervo legislativo, como ocurre precisamente con los OBS, que adquieren de forma inmediata la condición de agente de seguros, y de los que se derivan diversas cuestiones y problemas prácticos importantes, como por ejemplo los relativos a la titularidad de la cartera de clientes.

El marco de regulación español de los OBS ha supuesto una introducción novedosa en relación al Derecho comparado, dado que su mención en la Directiva se circunscribía exclusivamente al apartado de consideraciones iniciales⁶¹. Esta situación de falta de regulación fue suplida por el legislador español a partir de una perspectiva facilitadora y simplificada, a nuestro juicio, muy a favor de la distribución de seguros por entidades de crédito. En este sentido, con anterioridad a la LMSRP (recordemos, norma promulgada en el año 2006), las entidades de crédito se enfrentaban continuamente a la constitución de esquemas complejos para alcanzar sus objetivos de mediación en sus redes de distribución (v.gr. la creación de entramados mercantiles para participar en las agencias o corredurías que intervenían como colaboradores mercantiles). Este sistema cambió radicalmente facultando a las entidades de crédito la posibilidad de constituirse como agentes de seguros ya sea a través de la misma entidad de crédito o mediante sociedades mercantiles controladas o participadas por aquéllas⁶², lo que facilitaría

⁶⁰ De acuerdo a ALBARRÁN LOZANO, I., "Mercado de seguros: oferta y demanda ¿Cómo operan y se caracterizan?", *Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º. 21, 2000, pg. 16, la presencia de las entidades de crédito en el ámbito asegurador ha sido positiva para las aseguradoras nacionales. Precisa el autor que con la introducción del mercado único de seguros, las aseguradoras españolas están compitiendo con empresas exteriores.

⁶¹ Vid. DÍAZ LLAVONA, C., *Los Operadores de Bancaseguros en España...*, op. cit., pg. 746.

⁶² Art. 25.1 párr. 1º LMSRP: «Tendrán la consideración de operadores de banca-seguros las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito y las sociedades mercantiles controladas o participadas por estas conforme a lo indicado en el artículo 28 de esta Ley que, mediante la celebración de un contrato de agencia de seguros con una o varias entidades aseguradoras y la inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, realicen la actividad de mediación de seguros como agente de seguros utilizando sus redes de distribución. La entidad de crédito o el establecimiento

enormemente la actividad de mediación, que ya se encontraba liberalizada años atrás, como hemos dicho, en virtud de la derogada LMSP de 1992⁶³.

El nuevo esquema de banca-seguros contenido en la LMSRP establece que una entidad de crédito o una sociedad mercantil controlada por ésta, actuando en su condición de agente de seguros (OBS)⁶⁴, puede distribuir seguros producidos por su filial aseguradora a través de sus redes (oficinas, sucursales, Internet...); distribución no prohibida, incluyéndose, obviamente, la de los seguros producidos por aseguradoras separadas con las que mantuvieron vínculos comerciales. Esta situación, realmente propicia para las entidades de crédito, podría ocasionar, ciertamente, problemas de independencia entre asegurador y mediador, especialmente en relación a los problemas surgidos a raíz, por ejemplo, de la información que con carácter previo a la suscripción del seguro el mediador (en este caso, personal de la entidad de crédito) pudiera proporcionar al cliente.

Al respecto, el art. 6.1 LMSRP recoge la obligación de los mediadores de seguros (entre los que se incluyen los OBS) de ofrecer información veraz y suficiente en la promoción, oferta y suscripción de los contratos de seguros, y, en general, en toda su actividad de asesoramiento. No resultaría extraño, por tanto, que esta falta de independencia pudiera provocar perjuicios significativos en los

financiero de crédito sólo podrá poner su red de distribución a disposición de un único operador de banca-seguros».

⁶³ Soslaya DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 2.3, cap. 6, que: «en el caso de los operadores de banca-seguros la situación fue diferente, pues se trataba de una figura inexistente antes de la entrada en vigor de la Ley de 2006. Hasta entonces, las entidades de crédito ya venían desarrollando actividades de mediación de seguros por distintas vías, siendo la más común la de configurar sus redes de distribución como colaboradoras mercantiles de corredurías íntegramente participadas por ellas. Como ya hemos puesto de manifiesto en otro momento, aunque la Disposición Transitoria 2ª de la Ley parecía dejar libertad a las entidades a la hora de transformarse en operadores de banca-seguros, se trataba de una posibilidad puramente teórica pues, por un lado, las escasas facultades que se atribuían a los nuevos auxiliares externos limitaban enormemente la actuación de las redes de distribución como colaboradoras o subagentes de agencias o corredurías participadas y, por otro, la misma disposición concedía a las entidades el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley para adaptarse al régimen previsto en el artículo 25, sin presentar alternativa alguna para el caso de que no lo hicieran. De acuerdo con esta previsión, entre la segunda mitad de 2006 y los primeros meses de 2007, tuvo lugar la transformación en operadores de banca-seguros vinculados de 8 entidades de crédito que venían ejerciendo como agentes de seguros, y de 25 corredurías participadas o controladas por entidades de crédito».

⁶⁴ Acerca de la aplicación del régimen de los agentes de seguros a los OBS, Vid. GONZÁLEZ CASTILLA, F., “El agente de seguros y el operador de banca-seguros”, en CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, Pamplona, Editorial Thomson Reuters-Civitas, 2007, pgs. 135-194.

derechos de los clientes y asegurados⁶⁵, lo que cuestiona, en consecuencia, la equiparación legal y naturaleza jurídica del OBS como agente de seguros en comparación con los mediadores de seguros tradicionales⁶⁶.

En este sentido, no cabe duda de que la regulación específica de la actividad mediadora de las entidades de crédito les ha supuesto una importante ventaja frente al resto de mediadores tradicionales. Por este motivo, a juicio de diversos autores, la banca-seguros presenta determinadas particularidades que reclaman legislar la figura desde una regulación aparte, separándose de su sometimiento al régimen legal de los agentes de seguros conforme dispone el art. 25.1 párr. 4º LMSRP⁶⁷, y resolviendo los aspectos más polémicos como pueden ser la supeditación de la concesión de un producto o servicio financiero a la celebración de un contrato de seguro, o la bonificación del seguro en el precio del producto bancario, prácticas que serán objeto de estudio en el presente trabajo.

⁶⁵ No obstante, además de las obligaciones generales para todos los mediadores de seguros, el art. 42.2 LMSRP en sus apartados a) y b), establece la obligación de los operadores de banca-seguros de informar al cliente, por una parte, del significado y alcance en el asesoramiento de la naturaleza exclusiva o vinculada del operador, lo que indica que no facilitarán al cliente su asesoramiento desde un punto de vista objetivo; y por otro, deberán comunicar a su clientela que la finalidad del asesoramiento prestado se facilita con el propósito de contratar un seguro y no cualquier otro producto que pudiera comercializar la entidad de crédito (art. 42.2 b). Vid. ALONSO SOTO, R., "La nueva Regulación de los mediadores de seguros", *ICADE: Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº. 71, 2007, pg. 45. Asimismo, VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 701 manifiesta que: «es innegable que los vínculos empresariales entre la entidad aseguradora y la entidad de crédito mediadora no ayudan al cliente ni a la hora de contratar el seguro (incumplimiento de obligaciones formales, imposición del seguro, etc.), ni a la hora de exigir el pago de la indemnización o satisfacción del capital o renta pactado si acontece el evento previsto en el contrato, ya que cualquier pago que hace la aseguradora repercute directamente en las cuentas globales del grupo».

⁶⁶ Vid. DÍAZ LLAVONA, C., *Los Operadores de Bancaseguros en España...*, op. cit., pg. 754.

⁶⁷ Vid. CASADO GARCÍA, R., *Análisis de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, Madrid, Instituto de Ciencia del Seguro, Fundación Mapfre, 2007, pg. 148. Así, la literalidad del art. 25.1 párr. 4º LMSRP dispone: «El operador de banca-seguros en el ejercicio de la actividad de mediación de seguros se someterá al régimen general de los agentes de seguros que se regula en la subsección 1.ª y se ajustará a lo regulado, respectivamente, en la subsección 2.ª o en la subsección 3.ª de esta sección 2.ª, según ejerza como operador de banca-seguros exclusivo o como operador de banca-seguros vinculado».

4. Concepto y desarrollo legislativo del operador de banca-seguros

A) Definición de operador de banca-seguros

La definición de Operador de Banca-Seguros se recoge en el art. 25 párr. 1º LMSRP⁶⁸: «Tendrán la consideración de operadores de banca-seguros las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito⁶⁹ y las sociedades mercantiles controladas o participadas por estas conforme a lo indicado en el artículo 28 de esta Ley que, mediante la celebración de un contrato de agencia de seguros con una o varias entidades aseguradoras y la inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, realicen la actividad de mediación de seguros como agente de seguros utilizando sus redes de distribución. La entidad de crédito o el establecimiento financiero de crédito sólo podrá poner su red de distribución a disposición de un único operador de banca-seguros».

Estamos ante una nueva configuración de mediador que ejerce la actividad de agente de seguros conforme al apartado 2 del art. 7 LMSRP⁷⁰, siendo, asimismo, aplicable a los OBS el régimen legal de los agentes de seguros contenido en la norma⁷¹. El concepto comprendido en la vigente norma de mediación supone el

⁶⁸ Conforme última modificación operada por la Disposición final cuarta de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

⁶⁹ De acuerdo a DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 1.1.1. b).3, cap. 6: «se configuran, al igual que los bancos, bajo la forma de sociedades anónimas especiales. En cuanto a su régimen jurídico, presentan ciertas particularidades. Así, no podrán captar fondos reembolsables del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos cualquiera que sea su destino. Su actividad principal consiste en la concesión de préstamos y créditos, operaciones de factoring, arrendamiento financiero, emisión y gestión de tarjetas de crédito, concesión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares, además de los restantes servicios de pago a que se refiere el artículo 1 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago».

⁷⁰ Conforme al párrafo 2º del art. 7 LMSRP, las entidades de crédito, o las sociedades mercantiles controladas o participadas por estas, adoptarán la denominación de «Operador de banca-seguros exclusivo», o en su caso, «Operador de banca-seguros vinculado».

⁷¹ El art. 25.1 LMSRP dispone que «el operador de banca-seguros en el ejercicio de la actividad de mediación de seguros se someterá al régimen general de los agentes de seguros que se regula en la Subsección 1.ª y se ajustará a lo regulado, respectivamente, en la Subsección 2.ª o en la Subsección 3.ª de esta Sección 2.ª, según ejerza como operador de banca-seguros exclusivo o como operador de banca-seguros vinculado».

primer reconocimiento de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico⁷². Por este motivo, el legislador hizo un verdadero esfuerzo en desarrollar no sólo su definición sino sus caracteres más importantes y limitaciones, todo ello atendiendo a la falta de concreción del canal banca-seguros en la derogada LMSP.

Bajo esta definición, la personalidad jurídica se configura como el requisito esencial para constituirse como OBS. En este sentido, únicamente podrán ser OBS las propias entidades de crédito, así como las sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas. En el supuesto de que el OBS no se constituya por la misma entidad de crédito sino por una sociedad mercantil controlada o participada, las relaciones entre esta sociedad y la entidad de crédito o grupo se regirán mediante un contrato de prestación de servicios consistente en la cesión de la red o redes de cada entidad de crédito a un OBS (art. 25.1 2º párr. LMSRP).

La definición del OBS, igualmente, contiene el elemento contractual exigible para operar en el mercado como agente como es el contrato de agencia de seguros. En virtud del art. 25.1 párr. 1º LMSRP, los OBS actúan como agentes de seguros mediante la celebración de un contrato de agencia con una o varias entidades aseguradoras. Esta condición contractual se articula de conformidad con el art. 9 de dicha norma relativo al concepto y clases de agentes de seguros, que también clasifica aquéllos ya sean exclusivos o vinculados. El contrato de agencia determina la condición de agente de seguros (persona física o jurídica) de la aseguradora con la que se formalice (art. 10.1 LMSRP). A su vez, el contrato de agencia de seguros tendrá carácter mercantil y se consignará por escrito. Asimismo, en cuanto al contenido del contrato, las partes podrán acordar libremente sus límites, derechos y obligaciones (apartados 2 y 3 del art. 10.1 LMSRP)

Otra de las cuestiones de la definición que encontramos en el art. 25.1 LMSRP es la obligatoriedad de la inscripción de los OBS en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos⁷³. Los cuatro requisitos para la validez de la inscripción se recogen en el art. 25.2 de la Ley. En efecto, el primer y fundamental requisito para la

⁷² Vid. RUIZ ECHAURI, J. y FERNANDEZ BENITO, R., “El Operador de banca-seguros en los criterios de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”, *RES: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, nº. 148, 2011, pg. 758.

⁷³ La inscripción en el Registro es impuesta por el art. 3 de la Directiva 2002/92/CE, si bien en algunos países de nuestro entorno el tratamiento y clasificación de la entidad de crédito como mediador de seguros puede resultar diferenciada. Para más información sobre la calificación de las entidades de crédito en Alemania, Francia o Italia, Vid. DÍAZ LLAVONA, C., *Los Operadores de Bancaseguros en España...*, op. cit., pgs. 754-755.

inscripción del OBS supone ser entidad de crédito o sociedad mercantil controlada o participada por ésta; en este último caso, en el objeto social de la sociedad mercantil deberá constar la realización de la actividad de agente como OBS exclusivo o vinculado.

B) Régimen legal aplicable

A la figura del OBS le son aplicables las disposiciones contenidas en la vigente LMSRP, en particular, los artículos que comprenden la Subsección 4ª de la Sección 2ª en relación a los operadores de banca-seguros. Con carácter general, será aplicable el régimen general de los agentes de seguros contenido en la Subsección 1ª de la misma Sección, el régimen de los agentes de seguros exclusivos recogido en la Subsección 2ª, así como el de los agentes de seguros vinculados dispuesto en la Subsección 3ª⁷⁴.

Este régimen general que circunscribe a los OBS resulta crucial para delimitar la figura del OBS como mediador de seguros. De este modo, su actuación como mediador nace en virtud de la celebración de un contrato de agencia de seguros que cumpla con los requisitos del art. 10.3 LMSRP, y, de forma supletoria, con la Ley 12/1992, 27 de mayo, sobre contrato de agencia (LCA)⁷⁵.

Asimismo, los arts. 11 y 12 LMSRP establecen el contenido económico y extinción del contrato de agencia, así como las obligaciones del agente frente a terceros. No obstante, el régimen general de los agentes de seguros entra en conflicto con la cuestión relativa a la titularidad de la cartera de clientes, dado que la clientela de tomadores/asegurados puede originarse, en su gran mayoría, bajo la prestación de servicios bancarios por parte de la entidad de crédito con anterioridad a la suscripción del contrato de agencia⁷⁶.

Otro punto a destacar sobre este régimen es el de la publicidad emitida por los OBS ya sea con carácter general o telemáticamente. En esta información deberá constar de forma expresa la categoría de agente de seguros (OBS) exclusivo o

⁷⁴ Acerca de este régimen, puede consultarse ALONSO SOTO, R., *La nueva regulación de los mediadores de seguros...*, op. cit., pgs. 35-57; así como ISERN SALVAT, M.R., “La intervención de los mediadores en la contratación del seguro”, en QUINTÁNS EIRAS, M.R. (Dir.), *Estudios sobre Mediación de Seguros*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pgs. 207-229.

⁷⁵ BOE núm. 129, de 29 de mayo de 1992.

⁷⁶ Vid. DÍAZ LLAVONA, C., *Los Operadores de Bancaseguros en España...*, op. cit., pg. 753. La autora indica que debería establecerse, en relación a los derechos relativos a la pertenencia de una cartera de clientes, un régimen diferenciado entre los OBS y las entidades aseguradoras.

vinculado. No obstante, para el caso de los OBS vinculados, además, la entidad deberá hacer mención a las entidades de seguros con las que haya celebrado un contrato de seguro (art. 25.3 LMSRP). Esta obligación publicitaria no se exige a los OBS exclusivos, al contrario de lo que ocurre en relación a los agentes de seguros exclusivos, que están obligados a indicar la denominación social de la entidad aseguradora por la que estén actuando en virtud del art. 17.1 LMSRP.

Entre estas referencias al régimen general, hay que destacar que los agentes de seguros exclusivos (OBS exclusivos) sólo podrán operar con otra aseguradora en ramos, riesgos o contratos diferentes y separados si la entidad aseguradora parte en el contrato de agencia inicial les autoriza (art. 14.1 LMSRP).

Las particularidades que se derivan de esta clasificación en los OBS, específicamente frente al régimen legal general de los agentes de seguros, son las siguientes:

(1) Para la inscripción de las sociedades mercantiles controladas o participadas por entidades de crédito en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, de corredores de seguros y de sus altos cargos, deberá constar en el objeto social de aquéllas la realización de la actividad de agente de seguros como OBS exclusivo o vinculado;

(2) En la memoria descrita en el art. 21.3 d) LMSRP, las entidades de crédito o las sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas deberán indicar la red o redes de las entidades de crédito en las que el OBS mediará los seguros;

(3) La cesión de la red de una entidad de crédito a un OBS no podrá fragmentarse para que en ella participe otro OBS o como auxiliar externo de otro mediador de seguros (art. 25.1 párr. 4º LMSRP).

A pesar de estas singularidades, por el legislador se impuso la diferenciación, que resulta imprescindible, entre OBS exclusivos y vinculados⁷⁷. La

⁷⁷ De acuerdo a MUÑOZ PAREDES, J.M., “Principales novedades para los operadores de Banca Seguros en las propuestas de reforma de la legislación aseguradora”, *RES: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, nº. 148, 2011, pg. 784: «No todos los mediadores pueden incluirse, sin más, en esas dos categorías. El caso más notorio es precisamente el de los OBS, equiparados a los agentes de seguros por imperio de la ley, aunque poco tienen que ver con ellos. Junto a lo anterior, que es lo básico, se hace necesario regular adecuadamente el régimen de los agentes vinculados, pues el hecho de que trabajen para varias compañías no es irrelevante. Al margen de las ya mencionadas facultades representativas, esta necesidad resulta especialmente acuciante en sede de responsabilidad de las compañías por los actos de estos mediadores. Si el régimen actual plantea problemas de delimitación para los agentes exclusivos, qué decir de los vinculados, cuyo ámbito de actuación, muchas veces, no puede imputarse a ninguna de las

primera referencia en la norma sobre la clasificación dual en relación a los OBS aparece en el art. 7.2 párr. 2º LMSRP. En los artículos relativos al OBS no se realiza mención expresa a la diferencia entre ambos, sino que se acude al régimen general de los agentes de seguros (art. 9 LMSRP relativo al concepto y clases de agentes de seguros). Por tanto, esta denominación se aplicará dependiendo de la celebración de un contrato de agencia entre un OBS con una o varias entidades aseguradoras (art. 25.1 LMSRP).

Además de este régimen jurídico particular contenido en la LMSRP, resultan también aplicables al OBS, y a su actividad de mediación de seguros, distintas normas que atañen al ámbito financiero y asegurador que convergen en esta figura. La actividad ejercida por las entidades de crédito distinta a la típica relativa a la prestación de servicios financieros se denomina «*parabancaria*»⁷⁸. Esta actividad atípica se desarrolla a través de la intermediación financiera de las entidades y genera sinergias entre ambos sectores como podría ser la práctica de vinculación de productos en el ámbito banco-asegurador, esto es, contratos entre productos bancarios y un seguro. Por este motivo, resulta necesario determinar la separación de actividades y el régimen legal que ampara los límites a la intervención de las entidades de crédito (como OBS) en el sector asegurador, y viceversa⁷⁹.

Debemos tener presente que la producción de seguros queda reservada exclusivamente a las entidades aseguradoras autorizadas de conformidad con los arts. 4 y 7 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se

compañías con las que colaboran. Además, si se mantiene la idea de que todo mediador asesora al tomador en la contratación, debería revisarse en profundidad esta categoría de mediadores».

⁷⁸ Según VARGAS VASSEROT, C., “La contratación de seguro a través de la banca”, *RES: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, n.º. 148, 2011, pg. 713, estaríamos ante una práctica parabancaria debido al tipo de actividad ejercida por el sector asegurador, es decir, separada de la actividad típicamente bancaria, pero, que a su vez, se encuentra aproximada a la aseguradora por la intermediación financiera en la canalización de ahorro e inversión.

⁷⁹ De acuerdo a MONTIJANO GUARDIA, F., y RUIZ FUENTES, N., “La naturaleza competitiva de la empresa banco-aseguradora”, *Anales de Economía Aplicada*, Vol. 22, n.º. 2, 2004, pg. 16: «los resultados empíricos nos refuerzan la idea de que el seguro con su incorporación a la organización bancaria se integra en una etapa continua de su cadena de valor que tiene más de poder de mercado, lo que justifica el considerable volumen de transacciones u operaciones realizadas en el canal bancario. En este sentido, las entidades bancarias se constituyen en la oferta dominante en los servicios financieros dirigidos a los segmentos domésticos, por lo que asume un papel más activo como canal financiero y asegurador». Concluyen los autores que: «la entidad banco-aseguradora realiza y simplifica el proceso de producción y comercialización del seguro hacia el cliente, apoyado en su tecnología, comercialización y personal bancario con lo que logra, en este ámbito, modificar la naturaleza de las transacciones» (pg. 17).

aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (LOSSP). La actividad de las entidades aseguradoras se limitará al seguro de vida, al seguro distinto de vida y de reaseguro, a las operaciones de capitalización y preparatorias o complementarias de las de seguro, y a las actividades de prevención de daños vinculados a la actividad aseguradora (art. 3.1 LOSSP relativo al ámbito objetivo y territorial). En este mismo sentido, el art. 11.1 LOSSP dispone que el objeto social de las entidades aseguradoras se circunscribirá, exclusivamente, a la práctica de las operaciones de seguro, las demás definidas en el art. 3 y las permitidas por el art. 4 de dicha Ley⁸⁰.

Por su parte, las entidades de seguros, además de cumplir con los criterios de solvencia establecidos en la LOSSP⁸¹, únicamente pondrán actuar de acuerdo con el ramo por el que hubieren requerido autorización al Ministerio de Economía y Hacienda. Al respecto, el objeto social de las entidades aseguradoras que pretendan operar en cualquier modalidad de los ramos del seguro de vida determinará la realización de operadores exclusivamente en dicho ramo, y, al contrario. No obstante, las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo vida podrán también operar en los ramos de accidentes y enfermedad sin más limitaciones y requisitos; asimismo, para las entidades que estén autorizadas para realizar operaciones en los ramos de accidentes y enfermedad, podrán operar en el ramo vida (apartados 2 y 3 del art. 11 LOSSP).

Los requisitos para la obtención y conservación de la autorización administrativa se extienden al capital social que deberá constituir la entidad aseguradora. De este modo, conforme al art. 5.1 e) LOSSP se requiere, para obtener la autorización, indicar las aportaciones y participaciones de capital social o fondo mutual de todos los socios, expresando qué socios tienen la condición de entidad de seguros, entidad de crédito o empresa de servicios. Además, este examen de las entidades aseguradoras deberá ampliarse en el supuesto de la constitución de una aseguradora que vaya a estar controlada por una entidad de crédito, que su control vaya a ejercerse por la empresa dominante de una entidad de crédito, o por las

⁸⁰ Asimismo, como requisito de acceso, como entidad autorizada administrativamente, se requiere que el objeto social se limite a la actividad aseguradora y a las operaciones ya comentadas conforme al art. 5.2 b) LOSSP.

⁸¹ Fundamentalmente se requiere la disposición de un capital social mínimo correspondiente a los ramos en los que pretenda operar (art. 13 LOSSP).

mismas personas físicas o jurídicas que controlen una entidad de crédito⁸². Esta circunstancia deberá ser objeto de consulta previa a la autoridad supervisora competente (art. 5.4 bis LOSSP).

En el Derecho de Seguros español, debemos atender a lo que se establece en la norma de ordenación del sector para determinar la existencia de vínculos estrechos⁸³. En este sentido, el apartado 1 del art. 8 LOSSP define el vínculo estrecho como «toda relación entre dos o más personas físicas o jurídicas al estar unidas a través de una participación o mediante un vínculo de control». Por un lado, se entenderá que existe participación en el hecho de disponer, de manera directa o indirecta, el 20% o más de los derechos de voto o del capital de una entidad de seguros; y por otro, existirá un vínculo estrecho entre dos o varias personas físicas o jurídicas entre las que se encuentre una entidad aseguradora, de modo que tales personas estén vinculadas, de forma duradera, a una misma persona física o jurídica mediante un vínculo de control.

Estos vínculos estrechos entre una aseguradora y otras personas físicas o jurídicas no pondrán obstaculizar la aplicación de la norma de ordenación en la entidad aseguradora, debiendo aquéllas proporcionar sobre esta cuestión información precisa a la DGSFP para garantizar su cumplimiento⁸⁴.

La consecuencia más directa para las entidades aseguradoras que no cumplan con las disposiciones y requisitos para la obtención y conservación de la autorización, será la declaración de nulidad de pleno derecho de los contratos y demás operaciones realizadas. De conformidad con el art. 4.2 LOSSP, la responsabilidad de indemnizar por daños y perjuicios será solidaria entre la entidad y de aquéllos que hayan desempeñado en la misma cargos de administración o

⁸² Esta cautela se amplía considerablemente a los efectos de la evaluación por parte de la DGSFP en relación a evaluación de la adquisición de participaciones significativas cuando éstas sean realizadas por entidades de crédito, una sociedad matriz de aquélla, o por sus mismas personas físicas o jurídicas (art. 22 quáter LOSSP en relación al art. 22 ter). Obsérvese que, en relación a la definición de grupo, el art. 5 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores dispone que: «A los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio». Dicho art. 42 Cco establece que: «existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras».

⁸³ Vid. VARGAS VASSEROT, C., *La contratación de seguro...*, op. cit., pg. 1328.

⁸⁴ Art. 8.3 LOSSP que obliga a las entidades aseguradoras a informar permanentemente a la DGSFP sobre los citados vínculos estrechos: «Las condiciones que impone el apartado 2 son de cumplimiento permanente durante el ejercicio de la actividad aseguradora. Y, a estos efectos, las entidades aseguradoras suministrarán a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones la información precisa para garantizar dicho cumplimiento».

dirección que hubieren autorizado o permitido la celebración de dichos contratos u operaciones⁸⁵. En cuanto a los propios fines en materia aseguradora, por el art. 4 b) LOSSP se prohíbe a las entidades de seguros el ejercicio de cualquier actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora.

Por otra parte, las entidades de crédito o las sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas deben cumplir con las disposiciones que regulan el sector financiero. Principalmente, en términos de responsabilidad y del régimen sancionador, resultan aplicables a las entidades de crédito las disposiciones contenidas en la LOSSEC, norma que derogó la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito⁸⁶.

El Banco de España, como supervisor, es el encargado de ejercer las competencias atribuidas en las normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito. Entre otras competencias, al Banco de España le corresponde autorizar la creación de entidades de crédito, así como ejercer la función supervisora y sancionadora de estas entidades⁸⁷.

Un elemento importante dentro de esta función supervisora es la revisión y examen de las participaciones significativas y vínculos estrechos en una entidad de crédito ya existente. De acuerdo al art. 16 LOSSEC, se entenderá por participación significativa en una entidad de crédito aquélla que alcance al menos un 10% del capital o de los derechos de voto de la entidad, así como aquélla que, sin llegar a dicho porcentaje, permita ejercer una influencia notable en la entidad. Estas participaciones significativas deberán ser objeto de comunicación al Banco de España por toda persona física o jurídica que haya adquirido (también por incremento) en una entidad de crédito un porcentaje superior al 20%, 30% o 50%.

⁸⁵ En relación a la responsabilidad del gobierno corporativo de las sociedades de capital, OLMEDO PERALTA, E., *I doveri e le responsabilità contabili nella corporate governance delle società di capitali*, Tesis Doctoral presentada en la Università di Bologna, 2013, pg. 689, refiere que: «a nivel interno, el modo en que han de responder los diversos sujetos y órganos intervinientes debe considerarse en función del grado de contribución efectiva que hayan tenido en la producción del resultado lesivo. Así, en el caso de que hayan incumplido –dolosa o culpablemente– dos o más órganos o sujetos, la responsabilidad concreta de cada uno de ellos –a nivel interno, pues, a nivel externo la responsabilidad debe ser solidaria– se debería modular en función del grado de contribución efectiva de cada uno a la producción del resultado dañoso».

⁸⁶ BOE núm. 182, de 30 de julio de 1988.

⁸⁷ Art. 4 LOSSEC relativo a las competencias del Banco de España.

Al respecto, en cuanto a los grupos de sociedades, el art. 16 LOSSEC remite al art. 4 LMV, y dicha Ley al art. 42 CCo⁸⁸. La norma de ordenación bancaria recoge, a su vez, en su Título IV (arts. 89 a 118), el régimen sancionador que es aplicable a las entidades de crédito. El legislador siguió el esquema contemplado en la derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, salvo por las modificaciones introducidas bajo la transposición de la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio, en relación a nuevos tipos sancionadores, las cuantías y forma de cálculo de las infracciones y de su publicidad⁸⁹.

El art. 89 relativo a las disposiciones generales del régimen sancionador, amplía la responsabilidad de las infracciones, de forma independiente, hacia los cargos de administración o dirección de las mismas. Por ello, aunque se declare el sobreseimiento o concurra falta de incoación de expediente sancionador, ello no afectará a la responsabilidad que pudiere haber incurrido dichos cargos de administración o dirección.

Esta responsabilidad se extenderá igualmente a las personas físicas o jurídicas⁹⁰ que posean una participación significativa en la entidad de crédito, así

⁸⁸ En virtud de lo dispuesto en el apartado primero del art. 42 CCo existirá un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Asimismo, en dicho artículo se establecen cuatro situaciones por las que se presumirá la existencia de control entre una sociedad dominante en relación a una sociedad dependiente: 1º. Cuando la sociedad dominante posea la mayoría de derechos de voto; 2º. En virtud de la facultad de nombrar y destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dependiente; 3º. Cuando pueda disponer a través de acuerdos con terceros de la mayoría de votos de la sociedad dependiente; y 4º, una vez que haya designado con sus votos a la totalidad de los miembros del órgano de administración, desempeñando su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante dos ejercicios inmediatamente anteriores. Los grupos de sociedades de crédito se definen en el apartado 1 de la norma primera de la Circular nº. 4/2004, de 22 de diciembre (BOE» núm. 314, de 30 de diciembre de 2004). como «son todos los grupos cuya entidad dominante sea una entidad de crédito o tiene como actividad principal la tenencia de participaciones en una o más entidades de crédito que sean dependientes y aquellos grupos en los que, incluyendo a una o más entidades de crédito, la actividad de estas sea la más importante dentro del grupo». Asimismo, existirá un grupo consolidable de entidades de crédito, de conformidad con la norma tercera de la Circular nº. 4/2004, cuando una entidad de crédito ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras entidades, siempre que alguna de aquéllas sea una entidad de crédito española, así como cumplan con lo preceptuado en el apartado primero de la norma primera de dicha Circular. En dicho apartado se establece la obligación de estos grupos consolidables de cumplir con los requerimientos, consolidados o subconsolidados, de recursos propios contenidos en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros [derogada por la letra c) de la disposición derogatoria de la LOSSEC].

⁸⁹ Vid. Apdo. 2 del Preámbulo de la LOSSEC. DOUE núm. L176/338, de 27 de junio de 2013.

⁹⁰ Así como a los cargos de administración o dirección de las sociedades que dispongan de una participación significativa.

como los nacionales españoles que controlen una entidad de crédito de otro Estado de la Unión Europea, o hacia aquéllas sujetas al deber de notificación previsto en el art. 17.

En cuanto a la tipología de infracciones que contienen los arts. 92 a 95 LOSSEC, se clasifican en muy graves, graves y leves. Al respecto, en relación a la labor de los OBS en la mediación de seguros con la clientela bancaria, se sancionarán a las entidades de crédito como infracción muy grave ejercer actos u operaciones incumpliendo las normas dictadas bajo el art. 5 (relativo a la protección de la clientela), siempre que se estimen especialmente relevantes atendiendo al número de afectados, la reiteración de la conducta o los efectos sobre la confianza de la clientela y la estabilidad del sistema financiero [art. 92 x) LOSSEC].

C) Particularidades y limitaciones en la mediación

Considerando la aplicación del régimen legal de los agentes de seguros a los OBS, el legislador ha impuesto ciertas obligaciones a esta figura de mediador. De esta forma, la LMSRP presta especial atención a la formación de las personas que integran el órgano de dirección responsable de la mediación, así como a las personas que actúan directamente en la misma [letras b) y c) del art. 25.2 LMSRP].

El desarrollo de las líneas generales y los principios básicos del programa de formación que dispone el art. 21.2 b) LMSRP tuvo su cumplimiento con la Resolución de la DGSFP de 28 de julio de 2006⁹¹. Ahora bien, en relación al programa de formación, se dispone en el art. 21.2 c) de dicha Ley que serán las entidades de crédito (OBS) aquéllas que impartan el citado programa a las personas que integren su red de distribución y que participen directamente en la mediación de seguros.

Además de este requisito de formación, conforme al art. 6.2 LMSRP, el OBS se considerará depositario de las cantidades percibidas de sus clientes en concepto de primas de seguro, así como de las indemnizaciones o reembolso de

⁹¹ BOE núm. 194, de 15 de agosto de 2006. Dicha Resolución fue derogada por la Resolución de 18 de febrero de 2011, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se establecen los requisitos y principios básicos de los programas de formación para los mediadores de seguros, corredores de reaseguros y demás personas que participen directamente en la mediación de los seguros y reaseguros privados.

primas entregadas por las entidades aseguradoras⁹². No obstante, de acuerdo al art. 5, les son aplicables dos prohibiciones: no podrán imponer directa o indirectamente la celebración de un contrato de seguro, así como celebrar en nombre de un cliente un contrato de seguro sin su consentimiento⁹³. Al respecto, conforme al art. 42.1 b), los OBS «deberán comunicar a su clientela que el asesoramiento prestado se facilita con la finalidad de contratar un seguro y no cualquier otro producto que pudiera comercializar la entidad de crédito»⁹⁴.

En segundo lugar, tampoco podrán utilizar los OBS denominaciones reservadas a las entidades aseguradoras y reaseguradoras [art. 5.2 d) LMSRP]. La denominación de los OBS ya sean exclusivos o vinculados deberá reflejarse en la documentación y publicidad mercantil en los términos del apartado 3 del art. 25 LMSRP. Asimismo, también deberá constar en la documentación y publicidad mercantil la denominación social de la entidad aseguradora que el OBS esté realizando labores de mediación.

En este sentido, en el Criterio de 17 de febrero de 2009, la DGSPF ha señalado las limitaciones en la publicidad de los OBS vinculados. Por un lado, se limita la información emitida por un Establecimiento Financiero de Crédito a sus clientes en relación a su mediación como OBS vinculados y como accionariado de una correduría de seguros. En concreto, sobre la disposición de las sucursales para

⁹² Esta condición de vínculo entre entidades se extiende, también, en aplicación de protección de datos de carácter personal de los asegurados, cuyo responsable de su tratamiento corresponde a los OBS exclusivos o vinculados de conformidad con el art. 62 LMSRP. Además, esta responsabilidad se amplía en el caso de los OBS vinculados, en el sentido de que únicamente pondrán ser conocidos por la aseguradora que sea parte en el contrato de agencia, prohibiendo la difusión de dichos datos a las aseguradoras que también hayan celebrado contratos con el OBS. Asimismo, las comunicaciones realizadas por el tomador al OBS tendrán los mismos efectos que las efectuadas a la aseguradora.

⁹³ Desde el punto de vista de la aplicación del Derecho de la Competencia, conforme recuerda GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., “Artículo 2. Abuso de posición dominante”, en MASSAGUER FUENTES, J. y otros (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Madrid, Editorial Civitas, 2015, pg. 210, «por regla general, resulta irrelevante que la conducta sea “impuesta” por la entidad dominante o aceptada voluntariamente por terceros. De hecho, no resulta extraño que algunos de los llamados abusos de exclusión (p.ej. descuentos de fidelidad, precios predatorios, venta vinculada de productos o servicios o precios especialmente favorables) vayan en beneficio directo de los clientes de la empresa en posición dominante».

⁹⁴ Según dispone el art. 55.1 j) LMSRP, «la coacción en la mediación de seguros o de reaseguros, así como la información inexacta o inadecuada a los tomadores de seguro, a los asegurados, a los beneficiarios de las pólizas de seguro o a los aseguradores, siempre que por el número de afectados o por la importancia de la información tal incumplimiento pueda estimarse especialmente relevante». Cita legal recogida en RUIZ ECHAURI, J. y FERNANDEZ BENITO, R., en *Operador de banca-seguros en los criterios...*, op. cit., pg. 761.

la actividad de mediación como OBS vinculados y las delegaciones de la sociedad de correduría de seguros. Dichas comunicaciones a los clientes deberán ser genéricas sin alusión a servicios o clientes determinados; no podrá existir un contrato de auxiliar entre la correduría y la entidad de crédito; y la actividad no será sistemática ni resulte retribuida ni directa o indirectamente. El Centro Director establece dichos requisitos con el fin de no considerar la información como parte de una estrategia de captación de clientela para otro mediador, realizando funciones de auxiliar para el mismo.

Por otro lado, se consulta en el citado Criterio sobre la procedencia de colocar soportes publicitarios de la correduría en las oficinas de un OBS vinculado, y si dicha actuación es auxiliar. La respuesta de la DGSFP nos remite directamente al art. 25.3 LMSRP sobre el respeto de las normas de transparencia en la publicidad del OBS. Por lo que deberá figurar, de forma destacada en dichos soportes, la expresión «operador de banca-seguros exclusivo», o en su caso, «operador de banca-seguros vinculado». Además, deberá hacerse mención a las entidades aseguradoras con las que haya celebrado un contrato de agencia en la publicidad que realice con carácter general o por medios telemáticos. Todo ello con el propósito de que el cliente tenga suficientemente claro si accede a una oficina de un OBS o, por el contrario, a la oficina de un corredor de seguros⁹⁵.

Otra de las particularidades presentes en la mediación de los OBS se deriva de la mediación de un seguro de crédito. El motivo de la consulta contenido en la Resolución de la DGSFP de 18 de enero de 2008 fue la propuesta de validez de un modelo de suscripción de un contrato de agencia entre una aseguradora y un OBS vinculado para la mediación de seguros de crédito hipotecario especialmente diseñados para la coberturas de riesgos hipotecarios de entidades de crédito y financiación.

La DGSFP, confiriendo respuesta a la cuestión, se remite expresamente al art. 2.1 LMSRP: «Las actividades a que se refiere el artículo 1 comprenderán la mediación entre los tomadores de seguros o de reaseguros y asegurados, de una parte, y las entidades aseguradoras o reaseguradoras autorizadas para ejercer la actividad aseguradora o reaseguradora privadas, de otra [...]». Por ello, el asegurado, si bien es una entidad de crédito accionista del OBS, resulta ser una entidad jurídicamente separada de éste, lo que permite la operación. Además, en

⁹⁵ Vid. RUIZ ECHAURI, J. y FERNANDEZ BENITO, R., en *Operador de banca-seguros en los criterios.....*, op. cit., pg. 768.

todo caso, y sin que conste problema alguno, estos contratos de seguros se formalizarán con entidades de crédito accionistas o no de los OBS constituidos.

No obstante, indica el Centro Director, con respecto a la información que se debe proporcionar al deudor hipotecario y portador del riesgo, que el OBS deberá tener especial cuidado a no inducir en confusión al deudor hipotecario con información relativa a un seguro del que no es elemento personal de ningún tipo, sino parte de una estrategia de gestión del riesgo para la entidad de crédito asegurada.

La vigente norma de regulación de los seguros privados establece en su exposición de motivos la necesidad de no olvidar nunca la protección de los consumidores y usuarios⁹⁶. A pesar de esta advertencia, la liberalización del mercado de la mediación, particularmente el de la banca-seguros, ha derivado en concurrentes faltas de transparencia no sólo en la mediación de seguros sino en las estructuras creadas a tal efecto⁹⁷. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico se disponen numerosas normas para advertir y resolver estas vulneraciones, ya sean singulares o colectivas, cometidas contra este sistema de protección de la clientela.

En este sentido, el Capítulo V del Título II de la LMSRP (arts. 42 a 46) desarrolla el deber de información de los mediadores de seguros, así como la protección del cliente de los servicios de mediación de seguros. En el apartado b) del art. 42.2 de dicha Ley se obliga a los OBS a comunicar al cliente que el

⁹⁶ El Tribunal Constitucional ha defendido la conexión directa entre las políticas de los poderes públicos que garantizan y protegen la libertad de empresa con la protección de los consumidores, por cuanto estos últimos participan en el mercado en su condición de agentes. Así, en su Sentencia de 30 de noviembre de 1982 (Recurso de inconstitucionalidad nº. 86/1982, FJ 15º) el Tribunal Constitucional declaró que «la colusión o el abuso de dominio en el mercado puede crear, ciertamente, restricciones en perjuicio de los consumidores, y desde esta perspectiva, se inserta en tal legislación también en el área de la defensa del consumidor, aparte su objetivo de defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia». En este sentido, el apartado 1 del Preámbulo de la LDC enmarca la aplicación del art. 38 CE (economía de mercado, libertad de empresa...) para la existencia de una eficiencia productiva que se traslade al consumidor en forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.

⁹⁷ En este sentido, en el preámbulo de la LMSRP se dispone que: «La Ley 9/1992, de 30 de abril, supuso el reconocimiento a la importancia económica y social de la actividad de mediación de seguros. Ello llevó al legislador a incrementar las exigencias requeridas para actuar como mediador de seguros con el propósito de mejorar la calidad del servicio y de proteger a los tomadores de seguros y asegurados. Estas medidas de protección fueron acompañadas de otras destinadas a conseguir una mayor liberalización en este sector; sin embargo, la realidad del mercado ha demostrado que tal liberalización ha llevado aparejada, en ciertos supuestos, una falta de transparencia en la mediación de seguros».

asesoramiento prestado va encaminado a contratar un seguro y no cualquier otro producto que pudiera comercializar la entidad de crédito. La norma establece un límite a la actividad del OBS desde el ámbito estrictamente asegurador. Sin embargo, la actuación usual de las entidades de crédito no ha sido otra que la de obligar al cliente bancario a la suscripción de un seguro como condición para la aprobación de la operación financiera, o para bonificar la misma.

No cabe duda que este crecimiento exponencial experimentado por la banca-seguros ha venido determinado por la instrumentalización de su ámbito financiero, particularmente de servicios financieros minoristas prestados a los consumidores. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico son aplicables normas que velan por el cumplimiento de la separación legal de actividades (normas ordenadoras de cada ámbito), así como de la actividad de los mediadores de seguros⁹⁸.

Asimismo, resulta conveniente resaltar el régimen de prohibiciones para los mediadores de seguros dispuesto en el art. 5 LMSRP. Al respecto, entre estas prescripciones legales destaca la prohibición para el OBS de asumir, directa o indirectamente, la cobertura de ninguna clase de riesgos ni tomar a su cargo, de cualquier forma, la siniestralidad objeto del seguro; tampoco podrán imponer directa o indirectamente la celebración de un contrato de seguro, o celebrar en nombre del cliente un contrato de seguro sin el consentimiento de éste⁹⁹. En este sentido, la prohibición más importante contenida en el art. 5 LMSRP, relativa a la actuación discrecional de las entidades de crédito, se contiene en la letra e) de dicha disposición, que prohíbe la imposición directa o indirecta de un contrato de seguro por parte del OBS. Por tanto, cualquier elemento de coerción contrario a esta prohibición, ya sea desde el propio contenido legal del contrato bancario, o, asimismo, desde una intervención extracontractual de la entidad (negociación precontractual con el cliente), supondría la infracción de este apartado.

⁹⁸ Al respecto, indica MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M, *El Crédito por Intereses en el Concurso*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Emilio Jesús Lázaro Sánchez, Universidad de Murcia, 2014, pg. 54: «Como bien es sabido, el negocio bancario viene constituido, básicamente, por la intermediación en el crédito, de modo que las entidades de crédito acometen las operaciones activas con los fondos obtenidos del público a través de las operaciones pasivas, y en la diferencia entre el interés satisfecho por los depósitos y el interés cobrado por los préstamos, se encuentra, entre otros, el beneficio del negocio bancario. Por ello, el interés en el caso del préstamo bancario no representa íntegramente ganancia, sino que, en la parte que viene a compensar el interés satisfecho por el dinero recibido de los depositantes, supone, simplemente, la recuperación de un coste de la actividad».

⁹⁹ Puede consultarse al respecto MIRANDA SERRANO, L.M., “Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año n.º. 93, n.º. 761, 2017, pgs. 1151-1196.

Con el fin de mejorar la transparencia en la contratación, el art. 6.1 LMSRP obliga a los OBS a ofrecer información veraz y suficiente en la promoción, oferta y suscripción de los contratos de seguros, y, en general, en toda su actividad de asesoramiento. Nos referimos, por tanto, a la independencia en la mediación que tendría de ejercer el OBS a pesar de posibles vinculaciones de actividad con la entidad de crédito, y que parecen inevitables en razón a que la mediación se realiza en las mismas redes bancarias. Esta independencia deberá constatar, económicamente, bajo lo dispuesto en el art. 6.2 de dicha norma, esto es, los OBS se considerarán, en todo caso, depositarios de las cantidades recibidas de sus clientes en concepto de pago de las primas, así como de las cantidades entregadas por las entidades aseguradoras en concepto de indemnizaciones o reembolso de las primas destinadas a sus clientes.

En la LCS, el legislador se ha preocupado de defender al asegurado como parte débil en la contratación del seguro. De este modo, su artículo segundo dispone que se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado. Además, en su artículo tercero se establece que las condiciones generales no podrán en ningún caso tener carácter lesivo para los asegurados. En estos términos, las disposiciones de la LCS exigen la concurrencia de distintos requisitos para la validez del contrato de seguro. Así, en el citado art. 3 LCS se dispone que las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. De nuevo, sin las limitaciones debidas a los OBS, a nuestro juicio, parece que el diseño legislativo no encuentra acomodo actual a las estrategias de vinculación de productos ejecutadas por las entidades de crédito.

Por otro lado, en la norma de ordenación de los seguros privados nos encontramos, en su art. 60, con parecidas exigencias respecto al deber de las aseguradoras de informar al tomador respecto a diferentes cuestiones. En primer lugar, antes de celebrar el contrato de seguro, la aseguradora informará al tomador sobre el Estado miembro y la autoridad a los que corresponderá el control de la actividad de la entidad aseguradora; en segundo lugar, si se tratare de un seguro distinto de vida, si el tomador es persona física o cualquier contrato de seguro de vida, el asegurador informará sobre la legislación aplicable, las disposiciones relativas a las posibles reclamaciones que pueda formularse, así como otros extremos que reglamentariamente se determinen; en tercer lugar, en los seguros de vida en que el tomador asuma el riesgo de la inversión, se le informará de forma clara sobre el importe que va a percibir; y por último, en cuanto a los contratos de seguros de decesos o de enfermedad, la aseguradora informará al tomador sobre los

criterios que se aplicarán para la renovación de la póliza y la actualización de las primas en periodos sucesivos.

5. Ámbito subjetivo del art. 25 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados: entidades de crédito y sociedades mercantiles

El primer requisito para constituirse como OBS requiere la existencia de una entidad de crédito¹⁰⁰ o de una sociedad mercantil controlada o participada por ésta, de acuerdo a las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico.

Recuérdese que, en virtud del art. 1 LOSSEC, tendrán la consideración de entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consista en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta ajena. Además, en el apartado 2 de dicho artículo se establece un «*numerus clausus*» respecto a las empresas que podrán disponer de esta consideración, siendo éstas los bancos, las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial. Por tanto, exceptuando por la naturaleza jurídica, fines y funciones de este último, el resto de empresas (así como sus sociedades mercantiles participadas o controladas) pueden constituirse en OBS si cumplen los requisitos que dispone el art. 25.2 LMSRP para su inscripción.

Asimismo, el art. 3 LOSSEC establece una reserva de actividad y denominación para las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en Registro de entidades de crédito del Banco de España.

No obstante, la autorización preceptiva podrá ser denegada o revocada, entre otros supuestos, cuando la entidad de crédito incumpla los requisitos exigidos para adquirir dicha condición de acuerdo a los arts. 7 y 8 LOSSEC.

Además, en cuanto a la documentación y publicidad mercantil del OBS, al nombre social de la entidad de crédito deberá acompañarse, de forma destacada, la

¹⁰⁰ De acuerdo a la última definición de entidad de crédito en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del art. 1.1 LOSSEC: «Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia». En el mismo sentido, el art. 1 de la Directiva 2000/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, por la que se modifica la Directiva 2000/12/CE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, define la entidad de crédito como: «una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia».

expresión «operador de banca-seguros exclusivo» u «operador de banca-seguros vinculado»¹⁰¹. Al respecto, los datos que obren en dicha documentación y publicidad mercantil del OBS deberán ser los mismos que los obrantes para las entidades de crédito¹⁰². Tampoco se exige a las entidades de crédito modificar su objeto social para figurar inscrito en el Registro correspondiente en atención al art. 25.2 a) LMSRP, así como la celebración de un contrato de prestación de servicios para la cesión de su red de distribución¹⁰³.

En el supuesto de grupos de entidades, las entidades de crédito podrán realizar la actividad de mediación por sí mismas de forma independiente constituyéndose como OBS, o bien mediante una sociedad mercantil controlada o participada por un grupo de entidades de crédito. Por tanto, se posibilita que las entidades de crédito pertenecientes a un grupo puedan ceder su red de distribución a un solo OBS. No obstante, en virtud del art. 25.1 LMSRP se exige a las entidades de crédito poner su red de distribución a un único OBS, de lo que se deduce que la necesidad de que la entidad de crédito disponga de dicha red¹⁰⁴.

La segunda posibilidad que establece el art. 25.1 LMSRP para la constitución de un OBS supone la utilización de una sociedad mercantil controlada o participada por las entidades de crédito o grupo de entidades de crédito. Esta habilitación permite multitud de acuerdos entre entidades de crédito y de seguros para constituir un OBS bajo una misma sociedad mercantil.

Conforme al art. 122 CCo las sociedades mercantiles podrán adoptar para su constitución las siguientes formas: la regular colectiva; la comanditaria, simple o por acciones; la anónima, y, por último, la de responsabilidad limitada (no pondrán ser OBS ni las sociedades civiles ni las cooperativas de crédito). Sin embargo, para la constitución del OBS las entidades de crédito suelen adoptar, en

¹⁰¹ Apartado 3 del art. 25 LMSRP. Asimismo, deberá figurar en dicha información la circunstancia de estar inscrito en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, de corredores de seguros y de sus altos cargos.

¹⁰² En caso de quejas y reclamaciones respecto a la actuación del OBS, el cliente podrá dirigirse, de conformidad con el art. 44 LMSRP, a los departamentos y servicios de atención al cliente de las entidades aseguradoras, o ante la DGSFP.

¹⁰³ En el art. 25.1 LMSRP se define la red de distribución como «el conjunto de toda su estructura de la organización de medios personales, oficinas operativas y agentes, de acuerdo con lo previsto en su normativa de creación y régimen jurídico».

¹⁰⁴ Nota en relación a una jornada de mediación celebrada el día 24 de julio de 2006, tras la aprobación de la LMSRP (pg. 7).

la práctica, por su naturaleza, dos de ellas: la sociedad anónima y la sociedad limitada¹⁰⁵.

El art. 1 LSC limita la consideración de sociedades de capital a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones¹⁰⁶. Dichas sociedades tendrán carácter mercantil y deberán respetar para su constitución y mantenimiento los mínimos para el capital social establecidos en el art. 4 LSC.

Asimismo, la definición del OBS contenida en el art. 25.1 LMSRP remite al art. 28 de dicha Ley en relación a los vínculos estrechos y régimen de participaciones significativas existentes en estas sociedades mercantiles. En este sentido, el apartado cuarto del art. 28 LMSRP establece que, respecto a la concurrencia de vínculos estrechos y participaciones significativas, serán aplicables las disposiciones de la LOSSP, y, en particular, los arts. 8 y 22 de dicha norma¹⁰⁷.

De este modo, la relación de la entidad de crédito en la sociedad mercantil puede ser distinta en función de su participación en las aportaciones o acciones de la sociedad. A estos efectos, el art. 25 LMSRP exige como requisito para la constitución del OBS que la entidad de crédito o grupo ostente el control efectivo o la participación de la sociedad mercantil (OBS).

Por un lado, en cuanto al control de la sociedad mercantil, debemos remitirnos al art. 42 Cco en relación al régimen legal respecto al control de la

¹⁰⁵ Puede consultarse, al respecto, LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “Denominación de la sociedad anónima: identidad, reserva y nulidad (SAP Madrid 22 septiembre 1990 y STS 21 julio 1994)”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Dir.), *Derecho de Sociedades I: Comentarios a la jurisprudencia*, Pamplona, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, pgs. 433-448; así como MIRANDA SERRANO, L.M. y SERRANO CAÑAS, J.M., “Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales: Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº. 18, 2016, pgs. 1 y ss.

¹⁰⁶ El apartado 1 del art. 1 LSC señala que, en cuanto al capital aportado por los socios, en las sociedades de responsabilidad limitada estará dividido en aportaciones; en las sociedades anónimas en acciones, y en las sociedades comanditarias por acciones en acciones, con la salvedad de que uno de los socios responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo.

¹⁰⁷ Encontramos la definición de los vínculos estrechos en el art. 9.6 LOSSEAR, que dispone que tendrán la consideración de vínculos estrechos: «toda relación entre dos o más personas físicas o jurídicas si están unidas a través de una participación o mediante un vínculo de control. Asimismo, la situación en la que dos o más personas físicas o jurídicas, entre las que se encuentre una entidad aseguradora o reaseguradora, estén vinculadas, de forma duradera, a una misma persona física o jurídica por un vínculo de control». Asimismo, el art. 22.7 LOSSEAR obliga a las entidades aseguradoras a informar sobre la existencia de vínculos estrechos con otras personas o entidades, como requisito general para la obtención de la autorización administrativa.

entidad de crédito o grupo sobre una sociedad mercantil¹⁰⁸. Al respecto, existirá un grupo cuando una sociedad ostente el control sobre otra u otras, y en concreto, cuando una entidad de crédito posea la mayoría de los derechos de voto de la sociedad (por sí o mediante acuerdos celebrados con terceros), así como que la sociedad dominante tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de miembros de su órgano de administración que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores¹⁰⁹.

La sociedad mercantil tendrá a estos efectos la consideración de filial de la entidad de crédito o grupo, y éstas adoptarán la condición de dominante ejerciendo un vínculo de control sobre aquélla.

Por otro lado, dicha sociedad podrá ser participada de una entidad de crédito o grupo cuando se ostente una participación sobre la sociedad mercantil. El art. 47.3 CCo dispone que será presumible una influencia significativa en la gestión de otra sociedad cuando la participación en la sociedad adquiera un carácter duradero o esté destinada a contribuir a la actividad de la sociedad. Además, se presumirá dicha influencia cuando concurra en la sociedad una participación de, al menos, un 20% de los derechos de voto.

6. Requisitos necesarios para la constitución-inscripción de un operador de banca-seguros

Las entidades de crédito y las sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas, como requisito previo al desempeño de la actividad de mediación de seguros, deberán figurar inscritas en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, de corredores de reaseguros y de sus altos cargos.

Esta exigencia, relativa a la inscripción en dicho Registro, resulta compartida con los demás mediadores de seguros (agentes vinculados, corredores

¹⁰⁸ Indica DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 1.1.2, cap. 6: «[...] tal como puso de manifiesto la DGSFP en su momento, será la participación directa o indirecta de al menos un 10% del capital social o de los derechos de voto de la participada, la que habrá de considerarse como mínima para poder hablar de una sociedad mercantil participada por una entidad de crédito en el sentido del artículo 25 de la Ley».

¹⁰⁹ Literal del art. 42.1 CCo.

de seguros y reaseguros, salvo agentes exclusivos)¹¹⁰. No obstante, para el caso de los OBS, la norma de seguros establece nuevos y distintos requisitos que deberán presentarse para dar curso a la solicitud de inscripción.

En primer lugar, el apartado 2 del art. 25 LMSRP dispone que las entidades de crédito, al inscribirse por sí mismas como OBS, no serán requeridas para mantener la inscripción los requisitos exigidos a los agentes de seguros vinculados contenidos en el art. 21.3 a) LMSRP (no siendo necesario hacer constar expresamente en sus estatutos sociales la actividad mediadora)¹¹¹. En cambio, en relación a las sociedades mercantiles controladas o participadas que pretendan figurar en el Registro, sus objetos sociales deberán prever dicha actividad de mediación como OBS exclusivo o vinculado, si bien no se exige que este objeto social sea el único que puedan ostentar¹¹².

En segundo lugar, se exige a los sujetos que se inscriban como un OBS la designación de un órgano de dirección responsable de la mediación de seguros, con la añadida condición de que, al menos la mitad del mismo, y, en todo caso, las personas que ejerzan la dirección técnica o puesto asimilado, deban superar un curso de formación o prueba de aptitud que reúna los requisitos suficientes para la DGSFP [letra b) del art. 25.2 LMSRP]. Esta condición se extiende, además, a toda persona que participe en la directamente en la mediación de seguros.

En tercer lugar, las entidades de crédito deberán impartir un programa de formación a las personas que formen parte del canal bancario y que participen directamente en la mediación. De nuevo, el organismo encargado de establecer las pautas de dichos programas será la DGSFP.

Por último, para la validez de la solicitud de inscripción del OBS vinculado, la memoria referida en el art. 21.3 d) deberá expresar la red o redes de las entidades de crédito por las que el OBS realizará labores de mediación.

El desarrollo normativo del Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargo se encuentra regulado en

¹¹⁰ La exigencia de la misma situación registral no parece peculiar dado que los OBS asumen enteramente el régimen general de los agentes de seguros conforme al párrafo cuarto del art. 25.1 LMSRP. Asimismo, los agentes de seguros exclusivos deberán ser inscritos por la aseguradora con la que celebren un contrato de agencia en el Registro de agentes exclusivos.

¹¹¹ Vid. DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 1.1.2, cap. 6.

¹¹² *Ibíd.* cit., apdo. 1.1.2, cap. 6.

los arts. 52 y 53 LMSRP. Conforme al art. 52 LMSRP la llevanza de este Registro queda encomendada a la DGSFP. No obstante, en virtud de art. 47.2 de la Ley las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía competencias en materia de ordenación de seguros la tendrán también respecto a los OBS, siempre que la aseguradora disponga en su domicilio social, ámbito de operaciones y localización de riesgos y asunción de riesgos se circunscriban al territorio de la respectiva Comunidad Autónoma¹¹³. En desarrollo de estas competencias las Comunidades Autónomas podrán constituir su propio Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, quedando el mismo adscrito, en materia de supervisión de seguros, a la DGSFP del Ministerio de Economía y Hacienda¹¹⁴. Por otro lado, los mediadores de seguros deberán facilitar cuanta información sea necesaria para mantener su llevanza actualizada.

Asimismo, en cuanto a la primera inscripción, ésta se iniciará a instancia del OBS vinculado por el legal representante de la entidad de crédito o de la sociedad mercantil; en el supuesto de la inscripción de un OBS exclusivo, la entidad aseguradora será la competente para efectuar la inscripción en virtud del art. 13 LMSRP¹¹⁵. Bajo el supuesto de que el OBS ejerza sus operaciones en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, su representante legal deberá declarar expresamente dicha circunstancia.

Los requisitos principales para la validez de la inscripción se determinan en los apartados g) y h) del art. 21.3 LMSRP. Al respecto, resulta necesario disponer de una capacidad financiera suficiente, así como acreditar que todas y cada una de las entidades aseguradoras con las que se vaya a celebrar un contrato de agencia asumen la responsabilidad civil profesional derivada de su actuación.

El cumplimiento de los requisitos fijados en dicho art. 21.3 deberá acreditarse documentalmente (art. 21.4 LMSRP). En cuanto a la constitución de un OBS esta acreditación se fundamenta especialmente en la aportación de precontratos o certificados emitidos por las entidades aseguradoras en los que se

¹¹³ Limitación fijada en el art. 69 LMSRP.

¹¹⁴ De acuerdo al art. 54.4 LMSRP la DGSFP establecerá un punto único de información que se nutrirá de la información procedente de los Registros que lleven las Comunidades Autónomas.

¹¹⁵ Esta situación queda recogida en art. 19 del Decreto 322/2011, de 18 de octubre, por el que se crea y regula el Registro Administrativo Especial de Mediadores de Seguros, Corredores de Reaseguros y de sus altos cargos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como las obligaciones contables y el deber de información de las personas y entidades mediadoras de seguros y corredoras de reaseguros inscritas.

comprometen a suscribir los contratos una vez alcanzada la inscripción. En el supuesto de constituirse un OBS vinculado a partir de un OBS exclusivo, deberá acreditarse el consentimiento de la entidad aseguradora para celebrar contratos de agencia con otras aseguradoras.

Deberá aportarse, en el caso de que la actividad se pretenda realizar por una sociedad mercantil, copia del contrato de prestación de servicios consistente en la cesión de la red o redes de distribución al OBS (apartado segundo del art. 25.1 LMSRP).

Además de estos requisitos, el art. 21.3 LMSRP añade la declaración del representante legal sobre los administradores o socios con participación significativa¹¹⁶, así como la acreditación de carecer de antecedentes penales de cada una de las personas que componen el órgano de dirección y las que ejercerán la dirección técnica o puesto asimilado¹¹⁷. Al respecto, también deberán aportar a la solicitud certificación acreditativa de la superación del curso o prueba de aptitud o fotocopia del diploma de Mediador de Seguros Titulado que deberán haber cursado satisfactoriamente la mitad de las personas que integran el órgano de dirección, y las que ejercerán la dirección técnica o puesto asimilado. Las personas que componen el órgano de dirección, asimismo, tendrán que firmar una declaración por la que manifiesten que no incurrir en alguna incompatibilidad prevista en el art. 25 LMSRP.

En último lugar, deberán aportar la memoria del art. 21.3 d) LMSRP, que deberá incluir una mención expresa al programa de formación del personal (órgano de dirección y empleados y auxiliares externos de la red de la entidad de crédito).

¹¹⁶ En cuanto al tratamiento de los conflictos de intereses entre socios puede consultarse SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital: (artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo)*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000. De acuerdo a OLMEDO PERALTA, E., *Atribución orgánica del deber en las sociedades de capital*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2014, pg. 183: «[...] los administradores se encargarán del desarrollo de las actividades de gestión y administración necesarias para el correcto funcionamiento de la sociedad y la consecución del objeto social. No obstante, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, sobre todo en las grandes sociedades anónimas y en las que tienen valores admitidos a cotización, el interés de los socios en el control de la actuación de los administradores es más que limitado, centrándose su preocupación sobre la sociedad en la obtención y reparto de dividendos. Ello hace que, en ocasiones, el sistema orgánico de las sociedades de capital español presente una quiebra por lo que respecta al control de los administradores, que, en muchas ocasiones, podrán actuar libremente sin estar sometidos a grandes controles».

¹¹⁷ Este requisito también se extiende a las personas que participarán directamente en la mediación.

7. La cesión de la red de distribución de las entidades de crédito al operador de banca-seguros

El art. 25.1 párr. 1º LMSRP establece que las entidades de crédito sólo podrán poner sus redes de distribución a disposición de un único OBS. Esta exigencia inicial soslaya la necesidad de que la entidad de crédito cuente con una red para realizar la actividad de mediación como agente de seguros, y que ésta sea cedida a un único OBS.

Al respecto, la red de distribución se define como toda estructura de medios personales, oficinas operativas y agentes de la entidad de crédito¹¹⁸. De acuerdo al art. 25.1 párr. 3º LMSRP, la red de distribución no podrá fragmentarse para que parte de ella pueda participar en la mediación de seguros de otro OBS o como auxiliar externo de otro mediador de seguros¹¹⁹. Por tanto, se excluye toda compatibilidad en el ejercicio de la actividad del OBS con el desempeño, principalmente, de la de auxiliar externo de otro mediador.

En cuanto a la delimitación del concepto de red de distribución del OBS, en una nota emitida por la DGSFP¹²⁰ se hace constar que las entidades participadas por una entidad de crédito no constituyen la red de distribución de la misma. Es decir, la red de distribución se vincula exclusivamente a la entidad financiera, por lo que la red de estas participadas no alcanza a sus propias oficinas, banca telefónica, Internet, y agentes financieros. En su caso, la DGSFP indica que sus redes podrán ser incorporadas mediante la constitución de un OBS a nivel de grupo¹²¹.

En este mismo sentido se pronunció el Centro Director en la contestación a la consulta de 1 de febrero de 2007¹²² que manifestó la procedencia de ceder la red de las entidades de un grupo a un mismo OBS. La constitución de este OBS dentro

¹¹⁸ Art. 25.1 LMSRP. Asimismo, dicha definición también ha sido utilizada en el Criterio de la DGSFP de 31 de julio de 2008 (Ref. nº. 922/2008). En cuanto al régimen legal sobre los recursos consistentes en oficinas y agentes de las entidades de crédito son aplicables los arts. 21 y 22 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de Bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

¹¹⁹ V.gr. de un corredor de seguros. Cuestión planteada y resuelta en el Criterio de la DGSFP de 31 de julio de 2008.

¹²⁰ Jornada de mediación celebrada el día 24 de julio de 2006, pg. 7.

¹²¹ Vid. RUIZ ECHAURI, J. y FERNANDEZ BENITO, R., *Operador de banca-seguros en los criterios....*, op. cit., pg. 760. Los autores citan esta Nota respecto al concepto de red de distribución.

¹²² Ref. nº. AG-109/2007.

del grupo puede ser una sociedad mercantil controlada o participada por la entidad o grupo, o una entidad de crédito de dicho grupo con cesión de la red de distribución de otra entidad de crédito perteneciente al mismo grupo¹²³.

Al respecto, cuando la mediación se realice a través de una sociedad mercantil controlada o participada por la entidad de crédito o grupo, la cesión de la red o redes de distribución deberá formalizarse a través de un contrato de prestación de servicios¹²⁴. En el supuesto de concurrir un grupo de entidades de crédito podrán éstas regular la cesión de cada una de ellas a un mismo OBS por medio del citado contrato de prestación de servicios.

En relación al meritado contenido del contrato de prestación de servicios, a pesar de la falta de concreción del mismo en la Ley, su objeto será exclusivamente la cesión de la red. De este modo, los elementos del mismo se ajustarán a la composición de la red cedida, esto es, a las sucursales y oficinas bancarias, agentes financieros, así como a los distintos recursos pertenecientes a las redes de distribución de las entidades de crédito. Por otro lado, conforme al art. 25.1 LMSRP, en el contrato de prestación de servicios las entidades de crédito asumirán la formación adecuada de las personas que compongan la red y que actúen directamente en la mediación de seguros. Esta labor consistirá en la realización emprendida por las entidades de crédito del programa de formación bajo las líneas generales de la DGSFP que exige el art. 25.2 c) LMSRP para la inscripción del OBS. Este requisito deberá acreditarse fehacientemente aportando la copia del contrato de prestación de servicios junto a la solicitud de inscripción del OBS.

¹²³ Criterio de 1 de febrero de 2007 (Ref. nº. AG-109/2007).

¹²⁴ Señala DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 1.1.2, cap. 6, que: «tras la reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible, se recoge ahora en el artículo 25 una definición de red de distribución de la entidad de crédito, como el conjunto de toda su estructura de la organización de medios personales, oficinas operativas y agentes de la entidad de crédito, de acuerdo con lo previsto en la normativa de creación y régimen jurídico de las entidades de crédito. Podría plantearse si se trata de una enumeración abierta de los elementos de que se compone una red de distribución, pues se echan en falta vías de distribución bancarias tales como la telefónica o la telemática. Ahora bien, en este sentido, la DGSFP, también con ocasión de la jornada de mediación de 24 de julio de 2006 anteriormente señalada, puso de manifiesto que la banca telefónica o internet debían ser considerados como meros medios de distribución, no como elementos de la red. Asimismo señaló, en cuanto a las redes de cualesquiera entidades participadas por la entidad financiera, que sólo podrán ser consideradas parte de la red de distribución del operador de banca-seguros, cuando éste se constituya a nivel de grupo de entidades financieras. En otro caso, el entramado distributivo de la participada quedaría fuera del concepto de red comercial cedida del operador».

IV. Cambios en los modelos tradicionales de distribución de seguros

1. Evolución de los distintos canales de distribución

El principal avance del negocio del seguro privado en nuestro país fue el ingreso de España en la CEE con la firma en Madrid del *Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas* el 12 de junio de 1985¹²⁵, entrando en vigor el 1 de enero de 1986. Este hecho histórico produjo en el país un significativo crecimiento tanto para el PIB nacional como para el volumen de venta de seguros¹²⁶. Posteriormente, España superó a finales de los años noventa un 5% para la penetración de primas sobre el PIB en el año 1999, e incluso, un año más tarde, superó el 6%.

A nuestro parecer, el crecimiento exponencial que se desarrolló en nuestro país en el sector del seguro se debió a dos circunstancias determinantes, a destacar: (1) el proceso de innovación de productos aseguradores más atractivos para los asegurados, lo que incentivó la inclusión de coberturas y servicios poco demandados en pólizas multirriesgo o coberturas accesorias en ramos; y (2) el desarrollo de nuevos canales de distribución de productos, y de forma crucial, el auge del canal banca-seguros, que adquirió notoria importancia, particularmente, con la comercialización masiva de seguros de vida¹²⁷.

Sorprende especialmente el cambio de relevancia histórica entre los canales de venta de seguros sucedido entre los años 1964 y 2012. Así, mientras que el porcentaje de primas de vida contratadas por los agentes de seguros en el año 1964 era del 93%¹²⁸, en el año 2012 el 71,7% fueron contratadas vía banca-seguros,

¹²⁵ Instrumento de Ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica. BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986.

¹²⁶ Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 301.

¹²⁷ *Ibidem. cit.*, pg. 301.

¹²⁸ En este sentido, a finales de los años setenta los principales mediadores de seguros eran los agentes, y con poca importancia, los corredores y determinada actividad de banca-seguros. Conforme datos del ICEA, los OBS alcanzaron en el año 2014 un volumen de negocio vida y no vida del 65,62% y del 11,67% del total de primas, respectivamente¹²⁸. No obstante, la participación en el negocio vida llegó a alcanzar en el año 2010 el 74,8% de primas, porcentaje que se redujo debido a la bajada en el número de préstamos hipotecarios concedidos. El peso de las entidades de crédito en la venta de seguros se está extendiendo, incluso, a los ramos de seguros en la circulación de vehículos de vehículos a motor, con cifras de entre el 8% y un 10% de las primas de no vida para

fijando un porcentaje para los agentes y corredores de un 20,2% de primas¹²⁹. Por otro lado, en la distribución de los canales por ramos de no vida siguen presentes los agentes y corredores de seguros de forma preponderante, manteniendo más de dos tercios del volumen de negocio (seguro de automóviles, enfermedad, asistencia sanitaria, accidentes, robo, crédito, caución o transportes). Con excepción de los seguros de incendios, alcanzando la banca-seguros en el año 2013 del 44,32% respecto al volumen de negocio, del seguro agrario con el 34,66%, o del multirriesgo hogar con un 37,09%¹³⁰.

La elección de los canales por parte de las aseguradoras está supeditada a las ventajas competitivas que puedan alcanzarse en una sociedad de cambio. Por este motivo, en un contexto de crisis económica, las estrategias de distribución estarán condicionadas, por un lado, a las modificaciones normativas que se produzcan en el sector asegurador, y por otro, a la reacción y características de los consumidores, que orientarán las oportunas políticas de comercialización de las entidades aseguradoras¹³¹.

No obstante, es destacable el peso de los cambios normativos sobre la apuesta de las entidades aseguradoras por uno u otro canal (canales tradicionales y canal banca-seguros). Así sucedió con la aprobación tanto de 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 ejercicio¹³², como de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por

el año 2011. Vid. *La banca gana peso en el negocio de los seguros*, Banca comercial, nº. 268, Madrid, 2011, pg. 20.

¹²⁹ Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 510, citando un estudio del año 1974 elaborado por ICEA recogido en Boletín de la Revista Seguros, nº. 168, y, en contraposición, otro estudio elaborado por ICEA para 2012.

¹³⁰ Datos extraídos del Informe Tatum (2015) sobre la distribución del negocio y nuevo negocio por canales de los diferentes ramos—últimos datos del mercado.

¹³¹ Vid. EMBID HERRANZ, I., *Canales de distribución en seguros: efectividad comercial y eficiencia operativa*, Tesis Doctoral dirigida por los Profesores D. Miguel Martín Dávila y D. Víctor Zorrilla Fernández, Universidad Rey Juan Carlos, 2011, pg. 313. Disponible en WEB (17/10/2017): <https://ciencia.urjc.es/handle/10115/11385>

¹³² *Solvencia II*. DOUE núm. L335/1, de 17 de diciembre de 2009.

la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE¹³³.

Por una parte, Solvencia II modifica las normas europeas del sector asegurador con el fin de aumentar el control y la supervisión, así como la medición de los riesgos asumidos por las entidades aseguradoras; y, por otra, Basilea III, norma de solvencia y de seguridad bancaria motivada principalmente por la crisis de las *hipotecas subprime*, que obliga a las entidades de crédito a aumentar sus reservas de capital para resguardarse de posibles problemas (también denominados «*colchones de capital*»), penalizando, por ello, a las entidades financieras que ostenten participaciones superiores al 10% en entidades aseguradoras¹³⁴.

La evolución a un mercado asegurador español más maduro y fortalecido debe su éxito a la liberalización del sector que, junto a la entrada de España en la CEE, impulsó una profunda transformación desarrollada durante estas tres últimas décadas¹³⁵. Sin embargo, si bien las primas de no vida representan un porcentaje del PIB equiparable al promedio de países de la Unión Europea, el seguro de vida representa un porcentaje muy inferior en comparación con los países de nuestro entorno, quizás por el escaso apoyo político que se le ha conferido en nuestro país¹³⁶.

La estrategia comercial de las entidades aseguradoras, y también crediticias, en el sector asegurador dependerá de la existencia de una ventaja competitiva y de la situación de los competidores en el mercado. La obtención de esta ventaja en el mercado quedará igualmente condicionada por el aprovechamiento del marketing que realicen tanto las entidades aseguradoras (venta directa de seguros), las entidades de crédito en la publicidad y comercialización de seguros principalmente vinculados con otros productos y servicios bancarios, así como los demás profesionales del sector (agentes, corredores...). Sin embargo, adquiere especial importancia, desde una perspectiva externa, la puesta en marcha de una estrategia relacional con el cliente, transformándolo en el objetivo de la estrategia a fin de que participe en el proceso de comercialización de forma relevante¹³⁷.

¹³³ *Basilea III*. DOUE núm. L176, de 27 de junio de 2013.

¹³⁴ *Ibidem*. cit., pg. 317.

¹³⁵ Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., op. cit., pg. 455.

¹³⁶ *Ibidem*. cit., pg. 458.

¹³⁷ Vid. EMBID HERRANZ, I., *Canales de distribución...*, op. cit., pg. 313.

2. La entrada al negocio asegurador de las entidades de crédito

Las ventajas de distribución que ofrecían las redes bancarias frente a los demás canales, propiciadas por las estrechas relaciones que ya mantenían entidades crediticias y aseguradoras en el pasado, es una cuestión indudable. Los primeros acuerdos de banca-seguros de gran importancia comenzaron con las filiales de vida y pensiones, para, posteriormente, extenderse a las filiales de seguros generales. Estos acuerdos de banca-seguros tuvieron gran éxito, que alcanzaron a la mayor entidad aseguradora de nuestro país, *Mapfre*, que celebró una alianza en el año 2000 con *Caja Madrid* para comercializar en sus redes bancarias sus seguros.

El ritmo de crecimiento de estos acuerdos entre entidades fue vertiginoso, lo que incentivó, no sólo la canalización de seguros a través de las entidades de crédito, sino la competencia en el mercado asegurador. Este nuevo canal de distribución repercutió enormemente la situación en el mercado del seguro de vida, alcanzando a finales de los años noventa el 72,21% de las primas de vida de todo el sector¹³⁸.

En síntesis, este crecimiento exponencial tuvo su causa: (1) en la posibilidad de que las entidades de crédito pudieran comercializar a sus clientes un servicio financiero integral que cumplía con las exigencias del mercado, y que, por otra parte, las entidades aseguradoras tradicionales no podían satisfacer; (2) a través de las innovaciones tecnológicas los empleados bancarios disponían de menor carga burocrática, por lo que les era compatible compaginar sus tradicionales tareas con la promoción y distribución de productos aseguradores; (3) los productos aseguradores comercializados eran completamente complementarios al riesgo de incumplimiento de la mayoría de productos financieros que hasta este momento vendían a sus clientes; y (4) entre los años 2000 a 2003, periodo de crecimiento espectacular para el sector asegurador, los acuerdos de banca-seguros proliferaron en una situación en la que para las entidades de crédito los depósitos tuvieron un menor interés, dado que tenían acceso a una financiación más barata en los mercados internacionales¹³⁹.

Estos cambios en los sistemas de canalización del seguro, principalmente del seguro de vida, nacieron, como hemos referido al principio de este apartado, del proceso de desregularización y desintermediación financiera, así como de la

¹³⁸ Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 374

¹³⁹ *Ibidem*. cit., pg. 413.

necesidad de obtener ingresos complementarios en un escenario de pérdida de ingresos del negocio tradicional. A estos factores debería sumarse la confianza que los consumidores han depositado tradicionalmente sobre las entidades financieras, circunstancia relevante a la hora de suscribir un seguro (producto de larga duración), y, de forma relevante, la frecuencia de contacto con el cliente así como la capacidad de las redes bancarias¹⁴⁰.

Esta entrada provechosa de las entidades de crédito al negocio asegurador, y a la explotación posterior de su rentabilidad, está condicionada a cambios económicos, culturales y legales del entorno. Debemos destacar que la banca-seguros no dedica los mismos esfuerzos y recursos para penetrar en todos los ramos de seguros (con excepción de los seguros de daños). Esta situación tiene su demostración en la insuficiente penetración en el ramo no vida (salvo para el caso del seguro multirriesgo del hogar), cuya explotación se centra en la utilización de otras políticas de distribución ajenas a las redes bancarias, como es la venta por teléfono o el aprovechamiento de las redes de agentes o corredores que median productos de seguros de las entidades de crédito¹⁴¹.

El negocio vida es el principal ramo dominado por la banca-seguros en nuestro país, si bien este escenario está justificado puesto que la mayoría de las entidades aseguradoras, que han comenzado su actividad en este ramo en los años noventa, son de procedencia bancaria¹⁴². En consonancia con la actividad puramente bancaria, el seguro de vida tiene una función primordial, como es la captación de recursos, decisivamente influenciado tanto por las novedades legislativas surgidas como por el crecimiento de la financiación hipotecaria y de consumo¹⁴³.

3. Eficacia comercial y ventaja competitiva de la banca-seguros frente al resto de canales de distribución

En los apartados anteriores se ha señalado la gran capacidad competitiva que ostentan las redes bancarias frente al resto de canales de distribución. El crecimiento exponencial del volumen de primas distribuidas por las redes bancarias

¹⁴⁰ Vid. MONTIJANO GUARCIA, F., *Las relaciones banca-seguros: consideraciones históricas y actual...*, op cit., pg. 268.

¹⁴¹ Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 8.

¹⁴² *Ibíd.* cit., pg. 16.

¹⁴³ Vid. EMBID HERRANZ, I., *Canales de distribución...*, op. cit., pg. 118.

tiene su causa principal, naturalmente, en la posibilidad que disfrutaban éstas de acceder a millones de clientes en todo el territorio nacional. Al respecto, España tiene el mayor número de oficinas bancarias por habitante de toda la CEE, alcanzándose en el año 2008 la espectacular cifra de 46.221 sucursales¹⁴⁴.

El negocio de la banca-seguros ha sido uno de los mayores beneficiarios de la liberalización del mercado asegurador, que se ha servido igualmente de un tratamiento fiscal positivo que ha incentivado la suscripción masiva de productos aseguradores, especialmente seguros de vida y fondos de pensiones. Sin embargo, a nuestro juicio, no se debe olvidar que un factor decisivo asociado a la comercialización de seguros bancarios ha sido el extraordinario crecimiento del mercado hipotecario en nuestro país entre el año 1997 y finales del 2007 o principios del año 2008, marcado, tanto por la caída del desempleo, como por la reducción de los tipos de interés¹⁴⁵.

Durante el año 2007 se constituyeron en España 1.238.890 hipotecas sobre viviendas¹⁴⁶, reportando para el negocio banco-asegurador de ese año una cuota de mercado de cartera vida del 72,25%. De esta forma, los principales productos aseguradores comercializados por las entidades de crédito son, evidentemente, los asociados a las operaciones financieras (seguros de vida, de amortización de créditos, seguros multirriesgos del hogar, seguros asociados al robo de tarjetas de crédito...). Esta posibilidad de vincular productos bancarios y aseguradores, que se une al acceso comercial de una poblada cartera de clientes, así como de una fuerte demanda de productos financieros, ha motivado que el negocio de banca-seguros sea una pieza crucial en las estrategias de comercialización de las entidades de crédito y aseguradoras de nuestro país.

Sin embargo, esta fuente de recursos parece ser unilateral dado que las entidades aseguradoras no han resultado ser competitivas distribuyendo productos financieros a través de sus oficinas y personal. Las entidades de crédito, por otro lado, han disfrutado tradicionalmente de una posición relevante y de confianza para

¹⁴⁴ No obstante, actualmente han cerrado un tercio de esa cantidad en atención al proceso de reestructuración del sistema financiero español (proceso de integración de entidades) emprendido por el Gobierno de España (creación de la FAAF, FROB...). Vid. VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 700.

¹⁴⁵ Puede consultarse acerca de este increíble desarrollo del mercado hipotecario, NÓVOA ARECHAGA, A. y LÓPEZ SÚAREZ, P.A., "El mercado de la vivienda en España: una década prodigiosa (1995-2005)", *Decisiones basadas en el conocimiento y en el papel social de la empresa: XX Congreso anual de AEDEM (Comunicaciones)*, Vol. 2, 2007.

¹⁴⁶ Informe INE, Estadística de Hipotecas, año 2008, 26 de febrero de 2009.

sus clientes, lo que, ineludiblemente, ha supuesto ampliar la gama de servicios y productos ofertados en sus redes (parabancariedad), agregándose al mercado asegurador competidores preparados para satisfacer una demanda intensa de aseguramiento precisamente focalizado sobre operaciones crediticias y de naturaleza financiera¹⁴⁷.

De esta exitosa estrategia de comercialización no sólo intervinieron las entidades de crédito, sino que fue influenciada de forma decisiva por entidades aseguradoras separadas que participaron en el negocio a través de importantes acuerdos de distribución (acuerdos de banca-seguros). Se constituyeron, por este motivo, distintos modelos de negocio, especialmente las llamadas *alianzas de banca-seguros* mediante la constitución de entidades *joint-venture*, que aportaron al proceso de comercialización la experiencia obtenida por las entidades aseguradoras en un mercado asegurador maduro y con posibilidades de expansión.

La práctica mayoritaria ha sido la creación por parte de las entidades de crédito, principalmente cajas de ahorro, de filiales aseguradoras (entidades aseguradoras pertenecientes al grupo bancario) para vincular sus productos bancarios con seguros producidos por aquéllas, aumentando la rentabilidad de la vinculación (ahorro de costes de distribución, de transacción y de información).

Se ha provocado, como observamos, un cambio radical en los presupuestos tradicionales de la distribución de seguros logrado a través de la integración del seguro en la banca¹⁴⁸. En primer lugar, esta integración está basada en la complementariedad del seguro con el producto financiero inicialmente demandado, facilitando la transacción o las gestiones de determinadas operaciones; en segundo lugar, se produce una modificación en las rutinas de comercialización de seguros, rentabilizando e incentivando el desarrollo de la actividad aseguradora; en tercer lugar, se amplía la gama de productos financieros existente, aportando nuevos

¹⁴⁷ Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *El movimiento estratégico del sector asegurador: un enfoque desde las relaciones banca-seguros*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. José García Roa, Universidad de Jaén, 2011, pg. 511.

¹⁴⁸ En relación a las ventajas que ofrece la banca-seguros frente al resto de canales tradicionales, Vid. VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 698, que indica: «De un lado, se benefician del nombre comercial y de la credibilidad y confianza que ofrece el banco, que suelen ser generalmente mayores que la que ofrecen las aseguradoras. De otro lado el cliente del banco suele tener una relación permanente con la entidad financiera y es más fácil la venta de seguros porque no es una persona ajena quien se los ofrece. Por otra parte, el banco dispone de una importante cartera de clientes y, lo que es más importante, de datos precisos sobre su situación personal y profesional, que significan mayores posibilidades de éxito para la venta de los seguros que necesitan en cada momento».

productos que son complementarios a los tradicionales; y en cuarto lugar, se constituye un sistema que satisface a los clientes que buscan un servicio más amplio que englobe ambos tipos de productos, implementando nuevos segmentos de mercado (y, en consecuencia, de clientes) en base al riesgo cubierto por los seguros comercializados (seguros bancarios)¹⁴⁹.

4. Situación actual de las relaciones banca-seguros

Si bien durante la primera década del s. XXI en nuestro país se formalizaron con entidades aseguradoras multitud de alianzas de banca-seguros, principalmente con cajas de ahorro, la situación actual es compleja¹⁵⁰. Todas estas alianzas y acuerdos de distribución han sufrido una revisión total en virtud de los procesos de integración de cajas de ahorro. Así, de un total de 45 cajas de ahorro que operaban a comienzos del 2010, 43 han participado o se encuentran actualmente participando en procesos de consolidación. El efecto más directo de este proceso de reestructuración ha sido la reducción del número de cajas de ahorro, que han pasado de contar con 45 entidades, que en diciembre de 2009 tenían un tamaño medio de 29.440 millones de euros, a estar formado por 11 entidades o grupos de entidades, lo que se ha traducido en un aumento de la concentración bancaria¹⁵¹. A estos

¹⁴⁹ Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *El movimiento estratégico del sector asegurador...*, op. cit., pg. 513.

¹⁵⁰ Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 440.

¹⁵¹ En la actualidad (04/04/2017), de las citadas 45 cajas de ahorro que concurrían en el mercado de banca minorista con anterioridad a la crisis económica y con motivo de proceso de reestructuración del sistema financiero español, quedaron dos: (1) Caixa Ontinyent y (2) Colonya - Caixa d'Estalvis de Pollença. Esta cuestión es tratada en TAJADURA GARRIDO, C., *El sistema financiero español tras la crisis: menor tamaño, más seguro y menos rentable*, Análisis Financiero, Instituto Español de Analistas Financieros y Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2015, nº. 127, pg. 3, que advierte que: «actualmente hay 14 entidades (sin contar Catalunya Banc, ya vendida) con unos activos totales superiores a 30.000 millones de euros. Tras los procesos de integración a los que aún asistiremos en el futuro cabe aventurar que se podrían ir reduciendo hacia la decena, aunque podrían seguir coexistiendo con otros bancos pequeños, dos cajas de ahorros, cajas rurales/cooperativas de crédito, entidades especializadas y bancos extranjeros. Algunos observadores expresan su opinión en el sentido de que, cara al futuro, la reducción de la oferta bancaria podría tener graves consecuencias para la economía española. Hay opiniones extremas que formulan quejas sobre el altísimo precio que la crisis y la reestructuración nos va a hacer pagar en términos de competencia. Se dice que ésta, prácticamente, ha desaparecido y que las tres principales entidades financieras españolas han constituido de hecho un oligopolio y van a controlar la inmensa mayoría del crédito». Por otro lado, MONTIJANO GUARDIA, F., *Un análisis del grado de concentración y la demanda de seguros en la década de los noventa*, Boletín ICE Económico, Madrid, 2001, nº. 2694, pg. 46, indica, a favor de la concentración en el mercado asegurador, que: «a este respecto, en los últimos años, la nota predominante ha sido la de un lento proceso de reestructuración y modernización, marcado por una insuficiente reducción del número de entidades concurrentes, y por una tenue

resultados habría que añadir que, a 31 de diciembre de 2014, se ha reducido para las cajas de ahorro un tercio tanto el número de sus oficinas bancarias como de sus empleados¹⁵².

Se ha producido, en efecto, una reordenación del negocio banca-seguros en nuestro país, que ha provocado, asimismo, una situación compleja al encontrarse una misma entidad de crédito con dos o más socios aseguradores distintos con acuerdos de exclusividad absolutamente incompatibles. Esta situación ha generado importantes disputas en relación a las tasaciones practicadas sobre las alianzas de banca-seguros suscritas dado que la mayoría de grupos bancarios buscaban un único proveedor de seguros de referencia.

No obstante, en perspectiva, la revisión de todos y cada uno de los acuerdos de banca-seguros celebrados ha resultado, en definitiva, positiva para las entidades de crédito y grupos bancarios. Las entidades de crédito han compensado el importante coste de la resolución de los acuerdos suscritos con sus antiguos socios aseguradores, con la exigencia en estos nuevos acuerdos de mayores niveles de comisiones por la exclusividad de sus redes. De esta forma, la suscripción de estos nuevos acuerdos ha reportado para las entidades de crédito importantes fuentes de ingresos en el marco de un escenario de tipos bajos y caída de márgenes de intereses.

El negocio y alcance de la banca-seguros es un elemento clave en las estrategias de distribución de las entidades aseguradoras, que buscan alianzas con entidades de crédito para asegurarse la venta de sus productos a través de las redes bancarias. La resolución de dichos acuerdos supone para las entidades aseguradoras serios problemas principalmente cuándo éstas son pequeñas, dificultades que se unen a la aplicación de un nuevo Baremo, una previsible subida de la siniestralidad, y al cumplimiento de los criterios recogidos en Solvencia II¹⁵³.

tendencia hacia la concentración. El mercado asegurador presenta un índice de fragmentación muy elevado: los diez mayores grupos controlan el 43 por 100 de las primas en claro contraste, por ejemplo, con Alemania y Francia, donde controlan el 83 por 100 y 63 por 100, respectivamente. Es por tanto, un mercado pequeño para el número actual de aseguradoras. A esto cabe añadir que la concentración del sector se ha visto frenada por el ramo de vida, y por algunos otros ramos no vida que presentan una elevada atomización. En definitiva, un mercado que aún debe evolucionar para lograr una mayor concentración de negocio y una equiparable dimensión empresarial»

¹⁵² Informe de Avances CECA (13/02/2015), Proceso de Reestructuración. Sector de las Cajas de Ahorro.

¹⁵³ Si se quiere profundizar sobre esta cuestión puede consultarse MIALET RIGAU, A., “El futuro del sector asegurador español: Solvencia II, los acuerdos de los bancaseguros y el entorno económico, puntos críticos para el sector”, *Informe mensual “La Caixa”*, nº. 358, 2012, pgs. 69-70,

En la actualidad conviven en el negocio con carácter dominante dos modelos bien definidos. Por un lado, la apuesta de las entidades de crédito por operar con una entidad aseguradora integrada al 100%, lo que, evidentemente, tiene efectos positivos por cuanto actúan desde una misma alineación de intereses que genera una mayor productividad de las redes bancarias; y por otro, la constitución de alianzas con entidades aseguradoras separadas que buscan oportunidades de desarrollarse en el exitoso canal banca-seguros, aportando al negocio nuevos enfoques y productos diseñados para satisfacer las necesidades de los clientes.

V. Caracterización jurídica actual de la distribución de seguros a través de las redes bancarias

1. Introducción

Hasta la última década del s. XX la distribución de seguros en el ámbito bancario español se definía, exclusivamente, a través de las operaciones de capital por parte de las entidades de crédito encaminadas a la adquisición o creación de entidades aseguradoras. En este sentido, las normas que regían la ordenación y regulación de ambos ámbitos no permitían la utilización de las redes bancarias por entidades aseguradoras.

Partiendo de esta situación desfavorable, con anterioridad a su liberalización en España, la comercialización de seguros a través de las redes de sucursales y oficinas bancarias se convirtió en una realidad en los países de nuestro entorno. Sin embargo, esta progresiva liberalización en Europa no alcanzó a nuestro país hasta la entrada en vigor de la LMSP. Con sus méritos, el legislador acometió la tarea de aproximar la realidad aseguradora española a la desplegada por el sector en Europa, aunque con ciertas carencias de desarrollo.

El sentido de la norma fue doble. Por un lado, eliminar los requisitos de acceso a la condición de agente de seguros, y, por otro lado, habilitar legalmente a las entidades aseguradoras la posibilidad de celebrar contratos de agencia con cualesquiera personas físicas o jurídicas que ostentaran capacidad legal para el ejercicio del comercio. A pesar de la falta de concreción y desarrollo en relación al

así como HERRADOR ALCAIDE, T.C. y HERNÁNDEZ SOLIS, M., “La solvencia de las aseguradoras: un estudio para el ramo de vida español (2008-2011)”, *Revista Atlántica de Economía*, Vol. 1, nº. 1, 2013.

canal de distribución bancario, esta liberalización legal intensificó el negocio banco-asegurador, alcanzando en 1992 cuotas de hasta el 41% del total asegurador¹⁵⁴. Esta importante apertura de las redes de agencia de las entidades aseguradoras, supuso, en la práctica, la puesta en marcha de acuerdos con las entidades de crédito que disponían de extensas redes de oficinas en el territorio español. Se afianzaron alianzas y proyectos conjuntos para alcanzar objetivos comerciales en el medio y largo plazo.

Ahora bien, tuvo el legislador que aprovechar la oportunidad con motivo de la elaboración de la LMSRP, para simplificar y desarrollar la actuación de estas entidades en el canal banca-seguros. Con esta norma se define la actuación y participación de las entidades de crédito en el ámbito de la mediación como agentes de seguros, configurando, a su vez, nuevos requisitos de acceso a la mediación. No cabe duda que el positivismo emprendido en la LMSRP sobre la figura del OBS ha desempeñado un papel fundamental en el crecimiento exponencial (también correspondido con el ingente número de operaciones hipotecarias realizadas antes de la crisis económica) que ha disfrutado el negocio banco-asegurador en nuestro país esta última década.

En cuanto a los motivos de este crecimiento, destacan, en primer lugar, los importantes márgenes de rentabilidad ofrecidos por el negocio asegurador en las últimas dos décadas¹⁵⁵, y, por otro lado, el afianzamiento de la actividad bancaria a través de la ampliación de la oferta de servicios financieros, incluyendo la producción de seguros, cuyo propósito principal es la fidelización de los clientes¹⁵⁶. Además de estas razones económicas, la naturaleza financiera de ambas actividades

¹⁵⁴ Datos recogidos en MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 20.

¹⁵⁵ Igualmente podemos asociar estas razones económicas con el incremento de la renta de las familias, la conversión del seguro como producto de corto plazo a un servicio financiero de previsión y ahorro, y, evidentemente, al crecimiento exponencial del negocio asegurador. Sobre esta influencia financiera de la banca sobre el sector asegurador, puede consultarse VARGAS VASSEROT, C., *La contratación de seguro...*, op. cit., pg. 713, que sitúa, citando datos publicados por ICEA de enero a marzo de 2011, a la compañía aseguradora Mapfre como líder del ranking global del seguro directo por volumen de primas y cuota de mercado, entidad aseguradora que guarda estrechas relaciones con el sector bancario por medio de varias de sus filiales (Mapfre Caja Madrid, Bankinter Vida, etc.), siendo esclarecedor, en este sentido, que de las diez primeras aseguradoras, cinco son grupos vinculados especialmente a entidades de crédito (Grupo Caixa, Caser, Santander Seguros y Aviva).

¹⁵⁶ De este modo queda recogido en JAFFER, S., *Islamic Insurance: Trends, Opportunities and the Future of Takaful*, Londres (Reino Unido), *Euromoney*, 2007, pgs. 92-93, así como en VARGAS VASSEROT, C., *La contratación de seguro...*, op. cit., pg. 712.

resulta vital en el nacimiento de las relaciones banca-seguros (productos complementarios). Al respecto, las entidades aseguradoras se constituyen «como empresas de servicios financieros asistenciales que prestan un servicio público, gestionado privadamente»¹⁵⁷. Estamos, por tanto, ante actividades con una indispensable base financiera y con una marcada función pública y social, existiendo legalmente entre ambas una separación legal de actividades, diferenciación comprendida tanto en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)¹⁵⁸, así como en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSSEC)¹⁵⁹.

Nada pudiera achacarse al sistema y al régimen legal dispuesto en la LMSRP si las entidades que participan en la mediación realizasen su labor en estricto cumplimiento de las normas, especialmente de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS)¹⁶⁰. Bajo la práctica comercial, nos encontramos, de forma concurrente, ante prácticas cometidas por los OBS en su condición de agente, que, indiciariamente, distan de proteger los derechos de los consumidores y usuarios, así como las normas relativas al Derecho de la Competencia¹⁶¹.

¹⁵⁷ Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 2, citado por éste de HERNANDO DE LARRAMENDI, I., “La dirección estratégica de la empresa de seguros”, *Ponencia IV Seminario de Gerencia de Riegos y Solvencia de Entidades de Seguros*, 1991, pg. 2.

¹⁵⁸ BOE núm. 168, de 15 de julio de 2015.

¹⁵⁹ BOE núm. 182, de 30 de julio de 1988. En atención a los aspectos contables, que también constan separados, las entidades bancarias se ocupan de la gestión de su balance mientras que las aseguradoras, a diferencia de éstas, se ocupan de su cuenta de explotación. Asimismo, dicha separación entre banca-seguro quedó tipificada (a fecha de la publicación de la LMSRP en 2006) en la derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (vigente hasta 28 de junio de 2014, norma derogada por la LOSSEC). Al respecto, consúltese, igualmente, CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., “Las sociedades de seguros. Su régimen de acceso al mercado español”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, Editorial McGraw-Hill, Vol. 4, 2002, pgs. 3941-3962. En el mismo sentido, Vid. VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 701.

¹⁶⁰ BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

¹⁶¹ Cabe señalar que, a pesar que las entidades de crédito sean las titulares de los OBS y las aseguradoras parte en los contratos de agencia formalizados con éstas, es el OBS, como mediador, quien asume la responsabilidad frente a la administración en aplicación de un régimen de infracciones y sanciones (arts. 54 a 61 LMSRP). Con ello queremos manifestar que, desde la imposición de responsabilidad administrativa, los actos ilícitos cometidos contra la norma reguladora de la mediación en seguros serán directamente imputables a los OBS en ejercicio de su condición de agente de seguros. En este sentido, el art. 54 LMSRP dispone que los OBS vinculados

En los siguientes apartados definiremos y clasificaremos el OBS conforme consta expresamente en la LMSRP, dada su importancia práctica en la vinculación de productos. Por otro lado, se abordará la forma de constitución legal e inscripción del OBS como entidad de crédito o sociedad mercantil controlada o participada de ésta. Y, por último, concluiremos el apartado atendiendo los distintos modelos posibles del negocio presentes en la actualidad llevados a cabo por las entidades participantes en el canal bancario, y que se sirven, en resumidas cuentas, para comercializar ambos productos, financiero y asegurador, a través de sus oficinas y recursos¹⁶². De esta forma, prestaremos especial atención a la forma de constitución del OBS, ya sea por una única entidad de crédito, a través de un grupo de entidades de crédito, o mediante una *joint-venture* entre una entidad financiera y una entidad aseguradora. Todo ello con el propósito de determinar en ulteriores apartados la responsabilidad que recae sobre las entidades de crédito por la comisión de actos ilícitos contra la competencia, más concretamente respecto a la vinculación de productos en los mercados conexos de banca minorista y de seguros¹⁶³.

incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable por la infracción de las normas sobre mediación en seguros y reaseguros privados. No obstante, en el Derecho de la Competencia, la responsabilidad de las entidades dimana de actos que quebranten el buen funcionamiento de la competencia mediante las conductas tipificadas en el Capítulo I del Título I de la LDC. Por tanto, estamos ante otro régimen que afecta a un espectro más amplio que el sujeto por las normas de regulación de la actividad mediadora (que sería únicamente el OBS), cuya principal finalidad es supervisar el cumplimiento de los requisitos de acceso y vigencia de la autorización administrativa. Al respecto, en relación al régimen sancionador de nuestra norma de defensa de la competencia, el art. 61 LDC relativo a los sujetos infractores establece que tendrán tal consideración las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en dicha Ley, pudiendo ser imputable la actuación de una empresa a las empresas o personas que la controlan (apartado 2). A este tenor, al OBS como agente de seguros que depende de la existencia de una entidad de crédito o grupo y de una entidad aseguradora, al menos, para ejercer su actividad de mediador, deriva su responsabilidad en la constitución de ilícitos *antitrust* a estas mismas entidades.

¹⁶² Conforme a la propia constitución e inscripción del OBS, las entidades de crédito actúan necesariamente como OBS (ya sea por sí mismas o mediante una sociedad mercantil controlada o participada), cediendo su red de distribución para el ejercicio de su actividad de mediación (oficinas, empleados, recursos...). Además, las entidades aseguradoras, a través de la celebración de un contrato de agencia, distribuyen sus productos aseguradores en la red de la entidad de crédito, pudiendo estos seguros ser objeto de ilícitos *antitrust*. Sin embargo, extendiendo el funcionamiento general de los OBS (acuerdos de distribución generales), la responsabilidad por actos anticompetenciales de las entidades puede modificarse atendiendo: (1) a la estructura del OBS (participación o control que asuma la entidad de crédito), y (2) a la aseguradora con quien celebre el contrato de agencia (filial aseguradora de la entidad de crédito, *joint-venture 50% financiera y aseguradora*, acuerdos de distribución exclusivos...). En síntesis, cada de una de las citadas situaciones recae bajo la necesaria actuación del OBS en el mercado asegurador, que es el instrumento por el que los acuerdos de banca-seguros entre entidades de crédito y aseguradoras alcanzan su ejecución.

¹⁶³ Asimismo, hay que tener en consideración que, aunque tales conductas pudieran vulnerar la libre competencia, éstas podrían venir justificadas por incrementos en el bienestar social resultando

2. La distribución de seguros por entidades de crédito. Funcionamiento y límites

La banca-seguros en nuestro país viene ligada, indefectiblemente, al acceso que han tenido las personas jurídicas a la actividad de mediación de seguros. En este sentido, hasta la entrada en vigor en 1992 de la LMS¹⁶⁴, la legislación española permitía a las personas jurídicas el acceso a la actividad exclusivamente como sociedades de agencia o correduría¹⁶⁵. Este cambio en las exigencias societarias supuso que las entidades de crédito pudieran ejercer por sí mismas la mediación como agentes de seguros sin necesidad modificar su objeto social [art. 25.2 a) LMSRP], o bien mediante la constitución de una sociedad mercantil debiendo figurar en su objeto social «la realización de la actividad de agente de seguros privados como operador de banca-seguros exclusivo o vinculado»¹⁶⁶.

amparadas, en consecuencia, por la exención por eficiencias del art. 1.3 LDC. En dicho sentido, Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, Madrid, Instituto de Ciencia del Seguro, Fundación Mapfre, 2011, pg. 22.

¹⁶⁴ Así se delimita la actividad de banca-seguros en la Exposición de Motivos de la LSMP (Punto 3.3), que expresa: «A tal efecto se eliminan los requisitos que exige la normativa que se deroga para acceder a la actividad de agente de seguros, tales como la superación de exámenes o cursos homologados y la colegiación. De acuerdo con los criterios anteriores las entidades aseguradoras podrán celebrar contratos de agencia con cualesquiera personas físicas o jurídicas que tengan capacidad legal para el ejercicio del comercio, principio que se traduce en la posibilidad de utilizar para la producción de seguros las redes de distribución de, por ejemplo, bancos o entidades financieras, grandes almacenes, etc. La libertad que se ofrece al asegurador para elegir, de entre los distintos canales de distribución alternativos, aquellos que considere óptimos permite un mayor acercamiento de los seguros al consumidor en beneficio de éste y viene además acompañado, como es lógico, de una mayor responsabilidad del asegurador por la conducta de quienes distribuyen sus seguros». En este sentido, TIRADO SUÁREZ, F.J., *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*, Pamplona, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007, pg. 454.

¹⁶⁵ Art. 3.2 del Real Decreto legislativo 1347/1985, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de la producción de seguros privados. Señala DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 5.2.2, cap. 1, que: «en relación al ejercicio de la actividad mediadora por parte de las personas jurídicas, se pone fin a la exigencia de exclusividad de objeto social en las sociedades de agencia y de correduría de seguros, lo que conlleva admitir, sin lugar a dudas, el desarrollo por parte de las entidades bancarias de las actividades propias de agente o corredor de seguro, bien directamente, bien a través de una sociedad constituida al efecto, siempre que dicha actividad esté comprendida dentro de su objeto social, lo que no plantea problemas teniendo en cuenta que la mediación encaja dentro del concepto de actividad parabancaria [...]».

¹⁶⁶ Vid. DÍAZ LLAVONA, C., *Los Operadores de Bancaseguros en España...*, cit., pgs. 743-744. Consúltele, asimismo, LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “La falta de expresión estatutaria del objeto social como causa de nulidad de la sociedad anónima”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº. 14, 1994, pgs. 174-194.

Al respecto, la Recomendación 92/48/CEE de la Comisión, de 18 de diciembre de 1991, sobre los mediadores de seguros, sirvió para desbloquear las prohibiciones que, con anterioridad a la liberalización, recayeron sobre las personas jurídicas. Las premisas de esta Recomendación de la Comisión fueron recogidas y adoptadas en la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2002 sobre la mediación en los seguros¹⁶⁷.

La condición que el legislador exigía en la LMSP para el acceso a la actividad de mediador de seguros fue, principalmente, la de disponer de capacidad para el ejercicio del comercio¹⁶⁸. En este sentido, para este ejercicio de la mediación como agente de seguros se eliminaban los requisitos de superación de exámenes o cursos homologados, así como de la colegiación. Por tanto, mediante esta nueva situación legal se cumplía el derecho de una entidad aseguradora de seleccionar el canal más apropiado para la distribución de sus productos.

No obstante, esta liberalización no fue absoluta. El régimen legal de los agentes de seguros recogido en la LMSP prohibía en su art. 8 la vinculación simultánea del agente con más de una entidad aseguradora, salvo que la entidad le autorizase para operar en otra aseguradora en los ramos, modalidades o contratos de seguros no comportados con la misma. Igualmente, el legislador obligó a mantener vigentes los derechos nacidos a partir de estos contratos de agencia celebrados en aplicación de la LMSP, de acuerdo la Disposición Transitoria Sexta de dicha Ley, así como por la Disposición Adicional Segunda de la LMSRP¹⁶⁹.

A pesar de que la derogada LMSP permitía la utilización del canal bancario para la producción de seguros, el legislador no concretó la forma o el modo de desarrollo de esta distribución, así como la participación de las entidades de crédito en este sistema¹⁷⁰. Este régimen aperturista se confeccionó sin tener en

¹⁶⁷ DOUE núm. L009, de 15 de enero de 2003. De esta forma, en el apartado primero del art. 6 LMSP se estableció que tendrán la consideración de agentes de seguros las personas jurídicas que, mediante la celebración de un contrato con una entidad aseguradora, se comprometen a realizar la actividad de mediación de seguros.

¹⁶⁸ Así en su art. 22 relativo al Régimen general sobre las incompatibilidades de los mediadores de seguros privados, se disponía la prohibición de ejercer la actividad de mediador de seguros privados por si o mediante persona interpuesta las personas que tuvieren prohibido el ejercicio del comercio.

¹⁶⁹ Criterio ratificado por Consulta de la DGSFP de 4 de mayo de 2010. Conforme a la Disposición Adicional Segunda de la LMSRP estos contratos de agencia formalizados en virtud de la derogada LMSP tendrán la consideración de contratos de agencia de seguros en exclusiva.

¹⁷⁰ Vid. VARGAS VASSEROT., *La contratación de seguro...*, op. cit., pg. 1330.

consideración la necesidad de regular la banca-seguros de forma más competitiva y transparente¹⁷¹.

La actuación de las entidades de crédito en el marco legal de la LMSP fue, principalmente, la de agente de seguros, si bien también operaban en el mercado como corredores o como colaboradores mercantiles de una correduría¹⁷². Esta actividad mediadora se realizaba, incluso, simultáneamente, como agente exclusivo, agente vinculado, corredor o como auxiliares externos. La liberalización del canal bancario (así como las demás redes de distribución de seguros alternativas¹⁷³) produjo importantes alteraciones en el sector de la mediación. En este sentido, la derogada LMSP exigía como único requisito la inscripción en un Registro de agentes llevado por cada entidad aseguradora. Además, las entidades crediticias únicamente podían suscribir, como agentes de seguros exclusivos, un contrato de agencia con otra aseguradora bajo las limitaciones de su art. 8.

Estas restricciones al verdadero interés de las entidades de crédito de convertirse en agentes vinculados operaron en contra del propio sistema dispuesto en la norma. Por este motivo, las entidades crediticias constituyeron complejas estructuras que les permitirían establecer vinculaciones con más de dos aseguradoras, lo que se tradujo en supuestos de falta de transparencia y competitividad en la labor de mediación¹⁷⁴.

Como indicamos, la extinta LMSP carecía de regulación relativa al acceso para ejercer la actividad de agentes de seguros vinculados¹⁷⁵. Estas deficiencias en la regulación de los agentes vinculados ocasionaron múltiples problemas a las entidades de crédito para desarrollar su actividad como mediadores de seguros. Esta cuestión bloqueó enormemente numerosas oportunidades de negocio en el canal bancario, dado que las entidades de crédito debían irrumpir en una maraña de acuerdos y contratos para alcanzar sus objetivos comerciales¹⁷⁶.

¹⁷¹ Vid. RUIZ ECHAURI, J. y FERNANDEZ BENITO, R., en *Operador de banca-seguros en los criterios...*, op. cit., pg. 758.

¹⁷² Criterio de la DGSFP de 15 de diciembre de 2016.

¹⁷³ V.gr., grandes almacenes, venta telefónica, televisión, etc.

¹⁷⁴ Vid. EMBID HERRANZ, I., *Canales de distribución...*, op. cit., pg. 124.

¹⁷⁵ Así como en materia de formación de las entidades crediticias, criterios de solvencia para ejercer la actividad, o en relación a la información y protección de los consumidores.

¹⁷⁶ Vid. VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 701.

A pesar de estas restricciones, el negocio de la banca-seguros español prosperó progresivamente durante la vigencia de la LMSP¹⁷⁷. La principal causa de esta intensificación comercial fue la excelente complementariedad entre el ámbito bancario y asegurador, generándose en el mercado de seguros una apuesta verdaderamente competitiva, principalmente en el sector vida¹⁷⁸. No obstante, en términos generales, desde su habilitación mediadora en 1992, el crecimiento del negocio de banca-seguros puede explicarse en virtud de diferentes factores que han mantenido su vigencia hasta la actualidad. Al respecto, entre estas variables las siguientes que expresamos han favorecido la situación del negocio en el mercado de seguros nacional.

En primer lugar, a partir de la habilitación recogida en la LMSP la actuación de las entidades bancarias como mediadores de seguros les permitió acceder al mercado de seguros con amplias posibilidades¹⁷⁹; en segundo lugar, la regulación también habilitaba a las entidades crediticias constituir sus propias filiales aseguradoras o participar en aseguradoras distintas¹⁸⁰; en tercer lugar, en nuestro país, numerosas e importantes aseguradoras ya pertenecían a grupos bancarios en el momento de habilitarse el canal; en cuarto lugar, existía en España una extensa red de oficinas y sucursales bancarias para desarrollar el negocio de venta de seguros; y por último, la naturaleza de los productos aseguradores, sobre todo los derivados del ramo vida¹⁸¹, eran compatibles con la captación de recursos y la tradicional vinculación de productos con las aseguradoras pertenecientes a grupos

¹⁷⁷ De este modo, según datos del *Grupo Inmark*, frente al 10,8% de usuarios que había contratado en 1994 un seguro en el canal bancario, en 1999 el porcentaje de estos usuarios creció a un 16,8%.

¹⁷⁸ En el ámbito comercial ambos sectores pueden compartir para el fin del negocio sus redes de distribución, el personal empleado para la gestión mediadora, o la tecnología existente para la consecución de estos objetivos.

¹⁷⁹ Ya sea como agente o corredor de seguros, a través de múltiples posibilidades societarias, y bajo diferentes fórmulas que pueden concretarse en los contratos de agencia celebrados con aseguradoras propias o separadas.

¹⁸⁰ El único requisito que se exigía a las entidades bancarias era cumplir con el deber de comunicar al Banco de España si la participación en el capital de una entidad de crédito supone, directa o indirectamente, la titularidad o el control del 5% o más del capital de la misma recogido en la Disposición Adicional Segunda (en su redacción inicial) de la derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

¹⁸¹ Conforme a EMBID HERRANZ, I., *Canales de distribución...*, op. cit., pg. 125, el ramo de vida es el negocio asegurador con mayor volumen en el canal banca-seguros con diferencia (89% del total), figurando, en segundo lugar, el sector multirriesgos con un 5% de la cartera.

bancarios, lo que favoreció considerablemente el desarrollo de este ramo en el canal bancario¹⁸².

Los modelos que emergieron desde la entrada en vigor de la LMSRP fueron variados de conformidad con la diversidad de acuerdos con entidades aseguradoras, controladas o separadas de las entidades de crédito. En virtud de estos acuerdos de distribución, la entidad de crédito realizaba tareas propias de gestión de la cartera de los asegurados, así como operaciones de domiciliaciones o cobros por tarjetas de crédito en seguros de vida. También se constituían como corredores de seguros, percibiendo una comisión de la aseguradora por su actuación como mediador¹⁸³. Las posibilidades que nacieron con la habilitación permitieron al negocio banca-seguros evolucionar favorablemente en el ámbito de la mediación de seguros¹⁸⁴.

Este régimen legal, que se establecía para la totalidad de los mediadores de seguros (agentes y corredores), incluida la banca-seguros como agente o corredor, fue objeto de reforma con la entrada en vigor el 19 de julio de 2006 de la LMSRP¹⁸⁵. No obstante, con el fin de no derogar las estructuras societarias ya constituidas por las entidades de crédito para ejercer la actividad de mediadores en el canal bancario, el legislador no obligó a estas entidades a constituirse como OBS. De este modo, la Disposición Transitoria Segunda señalaría que las entidades de crédito y las sociedades mercantiles participadas por éstas que vinieran realizando actividades de mediación de conformidad con la LMSP, dispondrían del plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley para adaptar su situación como OBS, ya sean exclusivos o vinculados.

Al respecto, esta indicación legal no supone una conversión obligada para las entidades, por lo que, transcurrido el plazo de un año previsto en la norma, las

¹⁸² En MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 8., el autor aduce otros tantos motivos que han potenciado la producción de seguros en este canal. De este modo, destacamos en el mismo sentido, la preparación de las entidades bancarias para ejercer la venta de productos y la prestación de servicios, la búsqueda de alternativas ante la pérdida de rentabilidad de las operaciones financieras tradicionales como la concesión de créditos o préstamos hipotecarios en épocas de crisis económica, el aseguramiento de las operaciones financieras con seguros, o el prestigio y fidelidad de los clientes hacia las entidades bancarias.

¹⁸³ *Ibidem*. cit., pgs. 10-13.

¹⁸⁴ *Ibidem*. cit., pg. 19. Según datos de este crecimiento, el grado de penetración del negocio en el total asegurador pasó del 41% en el ramo vida en 1992 al 66% en el año 2000.

¹⁸⁵ BOE núm. 170, de 18 de Julio de 2006.

estructuras constituidas en aplicación de la derogada LMSP no podrían ser transformadas al nuevo régimen legal de los OBS¹⁸⁶.

En particular, el art. 32.1 LMSRP establece la incompatibilidad de ejercer simultáneamente la actividad de una sociedad de correduría de seguros con «la actividad aseguradora o reaseguradora, la de agencia de suscripción, la de agente de seguros, ya sea exclusivo o vinculado, la de operadores de banca-seguros, ni con aquellas otras para cuyo ejercicio se exija objeto social exclusivo»¹⁸⁷.

En cuanto a las sociedades de agencia, los requisitos se extienden a las personas que integran la dirección de la misma, por cuanto la mitad de las personas que las compongan deberán poseer conocimientos necesarios para el ejercicio de su trabajo en función de los seguros que medien (art. 13.4 LMSRP)¹⁸⁸. Sobre este régimen de incompatibilidades, el art. 24.2 LMSRP dispone que las personas que integran la dirección de las sociedades de agencia de seguros vinculadas no podrán ejercer como agentes exclusivos ni como corredores de seguros o como auxiliares externos. Tampoco podrán, conforme señala dicho artículo, desempeñar cargos de dirección o administración en sociedades de agencia exclusivas o en sociedades de correduría.

Como observamos, el legislador ha resuelto algunas de las cuestiones más importantes que pendían por carencia de desarrollo en la LMSP. En concreto, aquéllas relacionadas con el acceso de las personas físicas a la condición de agente

¹⁸⁶ En este sentido se pronunció la DGSFP en una Nota en relación a una jornada de mediación celebrada el día 24 de julio de 2006, tras la aprobación de la LMSRP. Como se expresa en este documento, si bien el organismo señalaba la carencia de obligatoriedad de estas entidades en su transformación como OBS, posteriormente manifestaba, a estos efectos, que la «la utilización de la red de una entidad de crédito bajo las restantes fórmulas de mediación previstas en la Ley (por ejemplo, sociedad de agencia o correduría) entrañaría el hacerlo con las restricciones y condiciones aplicables a la figura que se utilice (la red tendría condición de auxiliar)». A través de esta advertencia, la DGSFP hacía referencia al régimen de incompatibilidades y requisitos de acceso que recae sobre estas figuras, y en este caso, en las sociedades de agencia o correduría constituidas por las entidades de crédito (pg. 7).

¹⁸⁷ También resulta aplicable el art. 33 relativo a las obligaciones frente a terceros de las sociedades de correduría de seguros, así como los requisitos que impone el art. 27 para ejercer como corredor de seguros, entre los que destacan para las sociedades de correduría acreditar haber superado para la mitad de personas que compongan la dirección de la sociedad, y en todo caso para las personas que medien directamente, un curso de formación o prueba de aptitud en materias financieras y de seguros privados conforme se establezcan por resolución de la DGSFP. Asimismo, se exige en el art. 27.1 c) de dicha LMSRP, que la mitad de los administradores dispongan de experiencia suficiente para ejercer funciones de administración (experiencia durante un plazo no inferior a dos años).

¹⁸⁸ Asimismo, las personas que medien directamente seguros deberán poseer los conocimientos necesarios para ello.

de seguros, el desarrollo y simplificación del negocio banco-asegurador, la intervención de las entidades de crédito en la mediación con la constitución del OBS, así como la cesión de las redes bancarias al OBS. No obstante, la presente regulación, de la misma forma que la derogada LMSP, no limita o prohíbe la actuación mediadora del OBS en relación a la vinculación entre los contratos bancarios y los parabancarios de los que forman parte los contratos de seguros. Esta situación legal de desprotección al consumidor ha sido denunciada repetidamente por los profesionales del sector del seguro y por numerosas asociaciones de consumidores y usuarios. Por tanto, podemos considerar que este paso adelante en la regulación ha intensificado el canal bancario constituyéndose en la actualidad, de forma destacada, como el primer canal para el ramo vida. Sin embargo, este crecimiento podría haberse desarrollado, por omisión de limitaciones concretas en la comercialización de seguros, en perjuicio de los derechos de los consumidores y clientes bancarios, provocando una alteración sustancial en la libre competencia, particularmente para el resto de operadores del mercado que no pueden comercializar sus productos en el canal banca-seguros¹⁸⁹.

¹⁸⁹ No obstante, esta cuestión alcanza interés cuando lo que queremos es dilucidar si una conducta es sancionable desde el Derecho de la competencia o bien desde el Derecho de los consumidores. En este sentido, un abuso de posición dominante puede configurarse como (1) una práctica anticompetitiva de la que se derivan restricciones o discriminaciones a los competidores en el mercado relevante en cuestión o en otros mercados que se encuentra relacionados, o (2) como un abuso meramente explotador que afecta directamente a los clientes, no alcanzando a la estructura y funcionamiento de los mercados. Respecto al primer supuesto, no cabe duda de la aplicación del Derecho de la competencia. Sin embargo, del segundo supuesto, resultaría necesario examinar si la conducta podría ser sancionable, adecuadamente, desde el Derecho de consumo. La diferencia sustancial entre la aplicación de la norma de competencia o de la tutela garantizada por la LGDCU, estriba en que la conducta en estos casos: (1) surja desde la misma política de la empresa que ostenta, en el ejemplo empleado, una posición dominante; (2) que la conducta pudiera incluirse en el tipo de alguna de las prohibiciones generales contenidas en la LDC; y (3) que la actuación de aquella pueda afectar al consumidor y usuario. De este modo, por Resolución del TDC de 24 de enero de 1995 (Expte. r 103/94, *POMPES FÚNEBRES BAIX LLOBREGAT*), se desestimó el Recurso interpuesto contra el Acuerdo de archivo de las actuaciones, expediente que se derivó de una denuncia formulada por un ciudadano contra una empresa funeraria en base a la existencia de un monopolio legal del servicio funerario. Por Acuerdo de 14 de noviembre, la Dirección General archivó las actuaciones entendiéndose que la mera existencia de un monopolio legal o de hecho no es suficiente para considerarlo incluido en la prohibición del art. 2 LDC, soslayando, además, que denunciante no aporta datos que demuestren la posible realización por parte de la empresa de prácticas abusivas derivadas de su posición dominante. En el escrito de interposición del Recurso contra el Acuerdo de archivo, el denunciante manifestó que la empresa le prestó el servicio con motivo del fallecimiento de su padre, por lo que dedujo que existía una posición dominante de la funeraria. En caso contrario, sería aplicable la legislación en materia de protección de los consumidores y usuarios, texto específico que regula las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios (art. 2 LGDCU). No debemos obviar que la LDC interviene como un instrumento al servicio de la protección de la competencia efectiva en los mercados, no sólo frente a conductas que tengan por objeto el suministro o la distribución de productos o bienes de consumo final. Conforme precisa claramente el Preámbulo de la LDC, la consecución de una competencia efectiva en los mercados se traslada al consumidor

3. Comercialización de seguros mediante operadores de banca-seguros

La posibilidad de que una entidad de crédito pueda distribuir pólizas de seguro producidas por una entidad aseguradora controlada o propia es una cuestión permitida por la legislación vigente. En este sentido, en el art. 25.1 LMSRP no se realiza manifestación alguna sobre la naturaleza societaria de las entidades aseguradoras con las que la entidad de crédito (OBS) formaliza el contrato de agencia de seguros, por lo que la distribución de seguros por entidades aseguradoras controladas por las entidades de crédito, práctica tradicional en el canal bancario, no resultaría fraudulenta o contraria a las normas de regulación.

Ahora bien, las entidades aseguradoras constituidas o controladas por entidades de crédito deberán cumplir con el régimen de ordenación contenido en la LOSSEAR. En cuanto a la documentación y publicidad comercial que realicen las entidades de crédito, el art. 25.3 LMSRP obliga a los OBS vinculados a que, en su publicidad, hagan mención a las entidades aseguradoras con las que hayan celebrado un contrato de agencia. Se trata de un requisito exigido para el propio agente de seguros (OBS vinculado) y no así para la entidad aseguradora vinculada con el OBS a través del contrato de agencia¹⁹⁰.

Como señalamos, la distribución de seguros de entidades aseguradoras pertenecientes o controladas por entidades de crédito es una práctica habitual en el tráfico asegurador. De esta forma, la rentabilidad de la venta de seguros por una entidad aseguradora controlada o propia resultaría especialmente atractiva para las entidades de crédito por razones obvias (reducción de costes externos, percepción de primas directamente al grupo bancario...). Sin embargo, esta práctica lícita y permitida por la normativa ha derivado en otras de dudosa legalidad que podrían englobarse en las denominadas “*malas prácticas bancarias*”, como puede ser la imposición al consumidor de la vinculación de seguros con productos financieros, y la negativa por parte de las entidades de crédito de respetar el derecho de los

con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad. La protección de esta competencia efectiva engloba todo tipo de actuaciones anticompetitivas cuyos efectos, en definitiva, afectan a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

¹⁹⁰ Estas peculiaridades acerca de las particularidades en la regulación de los OBS serán objeto de estudio en los apartados siguientes. Puede resultar interesante sobre esta cuestión LOZANO ARAGÜES, R. y DUQUE SANTAMARÍA, R., “Análisis de la actividad de mediación realizada a través de operadores de bancaseguros”, *Perspectivas del sistema financiero*, nº. 93, 2008, pgs. 1-9.

consumidores a aportar una póliza de seguro de otra aseguradora a la operación conjunta.

VI. Modelos estratégicos más comunes para el desarrollo del negocio de banca-seguros

1. *Joint-ventures*

En el marco de las diferentes estructuras de negocio surgidas en la banca-seguros, el OBS ejerce su labor de mediación atendiendo a los acuerdos alcanzados entre las entidades¹⁹¹. Bajo estos acuerdos predomina principalmente en el mercado banco-asegurador el modelo de negocio denominado «*joint-venture*»¹⁹². Este particular modelo se define, en términos generales, como aquel proyecto común entre dos o más empresas que invierten y ponen a disposición sus recursos para desarrollar la actividad de esta nueva empresa, compartiendo beneficios y gastos¹⁹³.

Sobre estos objetivos nos encontramos, por tanto, ante un modelo de cooperación empresarial que se deriva de un contrato que puede acoger diversas formas de asociación entre empresas mixtas con objetos sociales distintos. En este sentido, las empresas que son parte en un contrato de *joint-venture* desarrollan su actividad propia de forma separada y autónoma, y formalizan esta unión de fuerzas con el propósito de alcanzar fines que, de forma exclusivamente individual, no se alcanzarían¹⁹⁴. Se trata, pues, de un contrato atípico que carece de regulación en nuestro ordenamiento jurídico y por el que, tanto el control como los beneficios, son comunes entre ambas empresas.

Este modelo presenta algunas particularidades en relación a los acuerdos relacionados con la mediación de seguros en el canal bancario. No obstante, si bien existen multitud de fórmulas para formalizar una *joint-venture* en este ámbito, los

¹⁹¹ A través del OBS las entidades financieras y aseguradoras pueden desarrollar los acuerdos alcanzados para el reparto del negocio generado por el canal bancario en función sus propios intereses.

¹⁹² También denominado en su expresión alargada «*joint business venture*».

¹⁹³ Sobre el concepto y régimen legal de la *joint venture*, Véase, entre otros, ORTEGA GIMÉNEZ, A., “El contrato de joint venture internacional”, *Economist & Jurist*, Vol. 15, nº. 112, 2007, pgs. 18-28; MIGUEL RODRÍGUEZ J., *La Sociedad Conjunta (Joint Venture Corporation)*, Madrid, Editorial Civitas, 1998; y PAULEAU, C., *El régimen jurídico de las joint ventures*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002.

¹⁹⁴ Vid. ORTEGA GIMÉNEZ, A., *El contrato de joint venture internacional...*, op. cit., pg. 4.

acuerdos han de relacionarse directa o indirectamente con el OBS que realizará la actividad de mediación.

Las posibilidades que se presentan en el mercado banco-asegurador a través de esta configuración son diversas. Destaca, entre otras, la creación de una entidad aseguradora participada por mitad entre una entidad financiera y otra entidad aseguradora. La constitución de una entidad aseguradora entre entidades tiene el propósito de vincular la misma con el OBS de forma rigurosamente exclusiva a través de un contrato de agencia de seguros.

En cuanto a los elementos más importantes de la *joint-venture*, se impone, conforme acuerdo entre entidades, la posibilidad de la entidad aseguradora de consolidar por integración el negocio de la nueva entidad mediante el pago de una prima de control. Asimismo, en los contratos de *joint-venture* pueden estipularse condiciones de comisiones más favorables para las entidades aseguradoras, así como la exclusividad, a largo plazo, en la distribución de seguros en la red bancaria¹⁹⁵.

La concurrencia de este modelo se ha extendido en estos últimos años frente a otros distintos debido a la situación que ha producido la aplicación de los criterios de solvencia y capital de Basilea III¹⁹⁶. De acuerdo a estos nuevos criterios, se deducirán de los recursos propios de las entidades de crédito en relación a sus requerimientos mínimos de solvencia las participaciones cualificadas que ostenten en entidades aseguradoras¹⁹⁷.

Por otro lado, la creación de entidades aseguradoras mediante las *joint-ventures* adquiere su sentido en virtud de las distintas motivaciones que se

¹⁹⁵ Vid. BLASCO PANIEGO, I., y AZPEITIA, F., *Reordenación del sector bancaseguros...*, op. cit., pg. 45.

¹⁹⁶ Siguiendo el Acuerdo de adoptado por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, se han adaptado a la legislación española dos Directivas: la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito; y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. Ambas Directivas se adaptaron a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 36/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero, así como del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras. No obstante, el desarrollo final de estos criterios se efectuó mediante la publicación de la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, modificada posteriormente por la Circular 4/2011, de 30 de septiembre.

¹⁹⁷ Norma décima de la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

presentan. En primer lugar, se produce una reducción en los costes que conllevaría constituir una propia filial, y, en consecuencia, el cumplimiento de los requisitos de solvencia para la entidad de crédito; en segundo lugar, se utilizan recursos materiales y de asesoramiento de las entidades aseguradoras, es decir, por parte de las entidades de crédito se efectúa un aprovechamiento de su *know-how*, que revierte positivamente en la venta; y por último, las aseguradoras pueden reservarse la distribución exclusiva de seguros en la red de la entidad de crédito, extendiendo sus productos en una mayor red de distribución.

Además de la creación de entidades aseguradoras, las *joint-ventures* pueden formalizarse a través de otras operaciones que adquieren el mismo sentido de cooperación empresarial. Al respecto, estas operaciones pueden definirse con la compra por parte de una entidad de crédito o aseguradora de la mitad del negocio asegurador de una filial de la entidad financiera o grupo o de una aseguradora distinta. No obstante, en cualquier caso, para otorgar de validez el contrato de *joint-venture*, las entidades deben pactar, entre otras cuestiones, la participación e inversión que recae sobre cada parte, la rentabilidad del negocio en común, así como el control y dirección de la empresa constituida. Además, se comparten no sólo las bases de datos de clientes sino las políticas comerciales de promoción de productos financieros y seguros¹⁹⁸.

Estos acuerdos de fusión o adquisición deberán ser notificados a la autoridad de competencia de acuerdo con el art. 9 LDC si mediante la operación se superan los umbrales descritos en el art. 8.1 de dicha Ley. Asimismo, si la operación de concentración adquiere dimensión comunitaria la misma tendrá que ser notificada a la Comisión de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las operaciones de concentración¹⁹⁹. De forma general, la constitución de estos acuerdos tiene como finalidad la penetración, por parte de las entidades de crédito, de nuevos mercados de productos y clientes, sin necesidad de recurrir a importantes costes económicos y organizativos. Existe, por ello, un compromiso mutuo entre ambas de entidades de aprovechar las redes bancarias, e, igualmente, las pérdidas que pudieran producirse a raíz del proyecto societario²⁰⁰.

¹⁹⁸ En este orden de descuentos, nos referimos a prácticas usuales como la exención de comisiones bancarias si el cliente contrata un seguro determinado junto con la domiciliación de su nómina.

¹⁹⁹ DOUE núm. L24/1, de 29 de enero de 2014.

²⁰⁰ Vid. FERNÁNDEZ AYALA, M., *El futuro de la bancaseguros...*, op. cit., pg. 10.

2. Filiales aseguradoras de las entidades de crédito

La participación de las entidades de crédito en el sector asegurador ya era una constante con anterioridad a la liberalización de la banca-seguros en 1992. De este modo, las entidades y grupos financieros disponían de las estructuras necesarias para desempeñar la labor de mediación de seguros con sus propias compañías aseguradoras.

Nuestro país ha sido un referente europeo en relación a la presencia de las entidades de crédito en el ámbito asegurador²⁰¹. No obstante, por el legislador español se han constituido barreras de entrada para la producción de seguros por las entidades de crédito, práctica absolutamente prohibida por las normas de ordenación (separación legal de actividades). Igualmente, queda también prohibida la fusión de entidades aseguradoras y no aseguradoras de conformidad con el art. 24.2 LOSSP.

Bajo este régimen legal, las entidades de crédito han decidido invertir en sus filiales aseguradoras de forma determinante, apostando por el crecimiento de la banca-seguros²⁰². En este sentido, se constituyó por las entidades de crédito la práctica usual de vincular la operación financiera con la suscripción de un contrato de seguro producido por una aseguradora del grupo financiero²⁰³.

Las filiales aseguradoras disponen de personalidad jurídica propia²⁰⁴, y son controladas por las entidades de crédito o grupos financieros que adquieren la condición de matrices. En cuanto a su constitución, la entidad de crédito o grupo

²⁰¹ En este contexto, traemos a colación la creación en 1900 de la entidad aseguradora Aurora Polar que, a pesar de constituirse inicialmente como entidad de crédito, en 1902 separó su actividad ejerciendo como entidad aseguradora. Posteriormente, en el año 1929 el Banco de Bilbao adquirió la aseguradora Aurora, y en 1974 constituyó la entidad aseguradora Euroseguros. Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 3. La relevancia que ha tenido la apuesta ejecutada por las entidades de crédito en sus entidades aseguradoras se manifestó, históricamente, en diversas ocasiones. Así, en el año 1990 el Consejo de Administración del Banco Bilbao Vizcaya (BBV) aprobó la inyección de capital de 8.000 millones de pesetas en la aseguradora Aurora Polar, con el fin de expandir su actividad en Madrid.

²⁰² La constitución o la participación en una aseguradora que pasa a convertirse en filial de la entidad no resulta prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. En este mismo sentido, Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 5.

²⁰³ Puede consultarse, PINILLOS COSTA, M.J. y MARTÍN PEÑA, M.L., “El fenómeno de la bancaseguros desde una perspectiva estratégica”, *Cuadernos de Información Económica*, nº. 152-153, 1991, pgs. 121-130.

²⁰⁴ Las filiales conservan un objeto social y una inscripción en el Registro Mercantil independiente de la matriz financiera.

puede constituir la entidad aseguradora y posteriormente obtener la oportuna autorización administrativa, o bien adquirir una entidad aseguradora distinta e integrarla en su estructura financiera como filial²⁰⁵. En ambos supuestos, la entidad de crédito o grupo financiero ostenta la titularidad y control de la filial aseguradora.

Por otro lado, la actividad del OBS como agente se circunscribe a la celebración del contrato de agencia con la filial aseguradora de conformidad con el art. 25 LMSRP. Desde la situación de filial de la aseguradora no se establecen diferencias en la normal operatividad del OBS como mediador de seguros. No obstante, la consecuencia directa de la constitución o adquisición de una filial aseguradora supone evidentemente la exclusividad en la distribución en la red que ejerza el OBS.

Ahora bien, la concurrencia de este modelo también ha venido reduciéndose progresivamente en aplicación de los criterios de solvencia exigidos en Basilea III. Los grupos financieros con la obligación de cumplir con estos criterios, bajo penalizaciones importantes, deberán desvincularse de sus filiales aseguradoras pertenecientes a los grupos, así como de las *joint-ventures* que generen problemas de capital.

En cuanto a las motivaciones que se presentan gracias a este modelo, destaca la integración casi absoluta entre el servicio financiero de la entidad de crédito y la comercialización de seguros. En este sentido, se fomenta la participación de las entidades de crédito en el mercado asegurador, incrementando la fidelización de sus clientes y la eficacia de venta mediante una completa integración de sus productos²⁰⁶. Asimismo, se reducen los costes externos y se obtienen beneficios que surgen de la propia organización bancaria.

²⁰⁵ En cualquier caso, la entidad de crédito respetará para hacer uso efectivo del control de la filial lo dispuesto en el art. 42 CCo respecto a la delimitación del concepto de grupo.

²⁰⁶ Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 18.

3. Acuerdos de distribución generales y exclusivos

En el sistema de negocio actual de la banca-seguros han predominado los acuerdos generales con aseguradoras para distribuir seguros del ramo no vida, y los acuerdos exclusivos respecto a las aseguradoras que tradicionalmente se han ocupado del sector vida²⁰⁷.

Al respecto, en cuanto a los acuerdos generales, las entidades de crédito o las sociedades mercantiles actúan en el mercado como agentes de seguros tradicionales mediante el cobro de la oportuna comisión de venta. Con este modelo, las entidades de crédito y aseguradoras separadas no participan en un proyecto o negocio común, sino todo lo contrario, intervienen bajo el régimen estrictamente legal, ciñéndose a lo estipulado en el contrato de agencia. No obstante, en la práctica, el negocio ha derivado a la especialización de los ramos desarrollados por las entidades aseguradoras. Por esta razón, se han intensificado los acuerdos de distribución exclusiva de seguros de vida y planes de pensiones dada la trayectoria comercial que han alcanzado determinadas aseguradoras en este ramo.

Partiendo de la rentabilidad de los acuerdos en exclusiva para las entidades aseguradoras, en el marco obligacional de los contratos de agencia, éstas suelen abonar a las entidades de crédito un pago inicial por la exclusividad. A través de estos acuerdos de exclusividad las entidades aseguradoras acceden a redes de miles de oficinas y sucursales bancarias, por lo que también extienden su imagen, incluso, en productos aseguradores de otros ramos a un mayor número de clientes²⁰⁸.

Por otro lado, mediante los acuerdos de distribución generales las entidades de crédito pueden complementar la comercialización de seguros con sus objetivos principales. En estos términos, las entidades de crédito perciben las correspondientes comisiones sin compartir con las entidades aseguradoras su base de datos de clientes evitando, igualmente, realizar inversión común alguna²⁰⁹. Por ello, en contraposición con las *joint-ventures*, el desarrollo de este modelo genera sinergias pasivas en la comercialización en atención a la falta de cooperación empresarial entre ambas entidades.

²⁰⁷ Vid. BLASCO PANIEGO, I., y AZPEITIA, F., *Reordenación del sector bancaseguros...*, op. cit., pg. 44.

²⁰⁸ Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 18.

²⁰⁹ *Ibidem.* cit., pg. 18.

El principal escollo en el que pueden encontrarse las entidades de crédito es la posibilidad de que las aseguradoras con la que han concertado un acuerdo comercial puedan establecer algún tipo de relación, perjudicial para la financiera, con la cartera de clientes. El riesgo en la utilización y acceso a la cartera de clientes bancaria se engloba dentro de un sistema comercial que, significadamente, prohíbe dicha injerencia. De este modo, las entidades de crédito se aseguran de controlar todos y cada uno de sus clientes, supervisa toda la información de los productos aseguradores que está mediando en sus redes, aumenta el número de productos comercializados y su complejidad, y, a su vez, distribuyen seguros producidos por aseguradoras ampliamente reconocidas por sus clientes²¹⁰.

4. Alianzas estratégicas

Atendiendo a la importancia de los modelos puestos en práctica por la banca-seguros, surgen con mayor fuerza las alianzas estratégicas entre entidades de crédito y aseguradoras. Sin embargo, la implicación de las entidades en una alianza resultaría diferente al obtenido por una *joint-venture*, dado que la finalidad de la alianza es la captación de clientes y recursos instrumentalizando la imagen de ambas entidades, así como la asunción de nuevos compromisos.

A través de las alianzas estratégicas las entidades ponen a disposición sus oficinas y sucursales para la comercialización y promoción exclusiva de sus productos (productos financieros y seguros). En este sentido, la alianza se formaliza con la constitución de un *holding* y con la adopción de acuerdos de distribución exclusiva de productos aseguradores en la red de distribución bancaria. Gracias a estos acuerdos se potencia nacional e internacionalmente la actividad banco-aseguradora mediante el control por parte de una aseguradora del negocio asegurador de una entidad bancaria, integrando las filiales de ambas entidades al *holding*²¹¹.

Particularmente, estas alianzas ofrecen al cliente/asegurado un amplio catálogo de productos aseguradores y una garantía adicional de suscribir un seguro con una entidad aseguradora de larga trayectoria. Asimismo, también se extiende la *joint-venture* hacia la comercialización de productos bancarios en la red de

²¹⁰ Vid. FERNÁNDEZ AYALA, M., *El futuro de la bancaseguros...*, op. cit., pg. 11.

²¹¹ Nos referimos al supuesto de que la entidad aseguradora sea titular de 51% del *holding* constituido.

distribución de las entidades aseguradoras. Ahora bien, en cuanto a la venta de los productos aseguradores, resulta habitual encomendar la gestión de las filiales aseguradoras a las propias entidades de seguros²¹².

Como vemos, el nivel de integración, elemento de crecimiento crucial para la banca-seguros, es significativamente menor que los acuerdos *joint-ventures*, por cuanto ambas entidades operan de forma independiente: el personal bancario puede desconocer las características de los productos de seguros comercializados, y el cliente puede sufrir cierta confusión al no saber con exactitud frente a qué entidad debe dirigir la oportuna reclamación del pago de la indemnización.

Sobre estos supuestos, destacamos la alianza histórica que tuvo lugar en el año 2011 entre *Banco Santander* y *Zurich Seguros* para la distribución de seguros en Chile, Brasil, México, Argentina y Paraguay a través de la red de más de 5.600 oficinas y sucursales bancarias. Al respecto, se constituyó un *holding* integrado por sus entidades aseguradoras y el negocio asegurador del *Banco Santander*, con una participación de la entidad aseguradora en un 51%. También destacan las relaciones entre la extinta *Caja Madrid* y *Mapfre*, o el *holding* entre *Banco Popular* y *Allianz* con la creación de *Allianz Popular Holding* en 2011. A través de estas alianzas, las entidades tienden a compensar los acuerdos constituidos anteriormente así como las posiciones que se generan, mediante el sistema de plusvalías por la venta e integración del negocio asegurador a otra entidad o a un *holding*. Nos encontramos, por tanto, ante complejas operaciones financieras entre entidades de crédito y aseguradoras que, por su relevancia económica, son preceptivas de autorizaciones tanto por la DGSFP, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, y, si procede, por la propia Comisión Europea.

En conclusión, ambas entidades (financieras y aseguradoras) comparten e integran en su proceso productivo tanto el desarrollo de los productos como la gestión de los canales de distribución en los que actúan separados. Como hemos indicado anteriormente, la principal ventaja de este modelo operativo es la posibilidad, para las entidades de crédito, de utilizar la marca e imagen de entidades aseguradoras más representativas para colocar sus productos aseguradores, asumiendo, por otro lado, un riesgo muy bajo²¹³.

²¹² Este supuesto se manifestó con la reordenación de la alianza en 2007 entre *Caja Madrid* y *Mapfre*, constituyéndose una nueva sociedad al efecto para la comercialización de seguros de vida de cuya gestión será titular *Mapfre* y en la que *Caja Madrid* tendrá una participación de 49%.

²¹³ Vid. FERNÁNDEZ AYALA, M., *El futuro de la bancaseguros...*, op. cit., pg. 10.

Capítulo II

Venta cruzada de productos en el mercado banco-asegurador español

I. Introducción

El nuevo marco regulatorio derivado de la aplicación de la LMSP supuso, entre otras cuestiones, la liberalización de la red agencial de las entidades aseguradoras, lo que se tradujo en la posibilidad de que aquéllas, para la distribución de seguros, pudieran elegir libremente el canal de distribución más idóneo a través de la formalización de contratos de agencia con cualesquiera personas físicas o jurídicas que tuvieran capacidad legal para el ejercicio del comercio.

En justificación de este sistema amplio de distribución, la exposición de motivos de la LMSP (apdo. 3) manifiesta que «permite un mayor acercamiento de los seguros al consumidor en beneficio de éste y viene además acompañado, como es lógico, de una mayor responsabilidad del asegurador por la conducta de quienes distribuyen sus seguros».

A través de la liberalización de un sector altamente productivo como el asegurador, ampliando las posibilidades de que las entidades aseguradoras puedan distribuir sus productos a un mayor rango de consumidores, no sólo éstos se benefician de esta nueva situación dado que pueden acceder al servicio asegurador de forma más fácil y directa, sino que, además, otras empresas y entidades (personas jurídicas), no aseguradoras, pueden competir en el mercado de mediación actuando como agentes de seguros, ofreciendo a sus clientes importantes ventajas en la personalización de servicios (calidad) y reduciendo los costes de gestión que repercuten en la distribución (precio del servicio o asesoramiento).

El riesgo que se asumió con la liberalización de los canales de distribución fue que determinadas entidades de crédito, con importantes cuotas de poder en el mercado de banca minorista (acceso una gran cartera de clientes), pudieran desempeñar la actividad de banca-seguros de una manera masiva y sin limitaciones, valiéndose de dicho poder de mercado para extender su dominio al sector asegurador²¹⁴, en especial al de la mediación de seguros.

²¹⁴ Al respecto, comenta MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 6 que «en consecuencia, este marco reglamentario ha supuesto un primer paso para iniciar el acercamiento entre las actividades de banca y de seguros. Actualmente, partimos de una reglamentación más indulgente que permite la entrada en el capital social de una compañía de seguros por parte de un banco y liberaliza las posibilidades de distribución de seguros por entidades bancarias. En definitiva la regulación limitó, durante muchos años, la cooperación entre entidades financieras y de seguros. En este sentido, los cambios legislativos han supuesto los antecedentes básicos en las relaciones banca-seguros. Además, este cambio es más significativo en nuestro país, ya que existe un gran número de aseguradoras las cuales pertenecen a grupos bancarios. Sin embargo, no podemos obviar la concurrencia de otros factores que conforman el entorno estratégico de esta relación en nuestro país».

Aun considerando este riesgo en la comercialización conjunta de productos (venta cruzada), el contrato de seguro tradicionalmente ha sido utilizado como un servicio complementario al financiero, de forma que los productos bancarios, muchas veces constituidos sin la existencia de aval o garantía externa que amparase el posible incumplimiento del cliente, pudieron beneficiarse de la garantía prestada por el seguro en beneficio tanto del usuario bancario como del sistema financiero (particularmente del hipotecario), en términos de mayor estabilidad económica y rentabilidad del sistema.

La lógica consecuencia de la participación de las entidades de crédito en la distribución de seguros ha sido la creación por parte de éstas de filiales aseguradoras que produjesen los seguros vinculados, principalmente, a sus operaciones de activo (préstamos personales, créditos hipotecarios...). De forma paralela, casi la totalidad de entidades de crédito de nuestro país se sirvieron de este *know-how* para explotar estratégicamente sus redes de distribución. El desarrollo global de esta práctica comercial se realizó atendiendo a una excesiva permisividad del legislador español, que no prohibió sino que, indirectamente, fomentó que entidades de crédito con cuotas de mercado relevantes llevaran a cabo, sin límites, la comercialización conjunta aun cuando ésta perjudicaba tanto los derechos económicos de los consumidores como al mismo sector asegurador. Este sistema generalizado puede constituir importantes barreras de entrada al resto de competidores de seguros propiamente vinculados a operaciones financieras (seguros bancarios)²¹⁵.

²¹⁵ Tal y como se examinará a continuación, hay que recordar que la legislación española y comunitaria permite y reconoce como práctica la vinculación de productos, particularmente de seguros con operaciones de crédito. Esta posibilidad amparada en el ordenamiento jurídico ha conllevado que las entidades de crédito hayan hecho uso de esta práctica de forma muy concurrente para ampliar o reforzar su posición dominante en el mercado de banca minorista, extendiendo dicho dominio al mercado conexo de seguros. En este sentido, recuerda GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 176, que: «en general, no resulta infrecuente que la dominancia nazca de una disposición normativa o de actos administrativos, tales como la concesión de derechos exclusivos o especiales. De hecho, el artículo 2.3 de la LDC se refiere específicamente a «los casos en que la posición dominante haya sido establecida por disposición legal». De acuerdo a la Resolución del TDC de 16 de septiembre de 2002 (Expte. A295/01, *Mapfre-CajaMadrid*), en relación a una solicitud de autorización singular para un Acuerdo marco regulador de la alianza empresarial estratégica entre ambas entidades, se señala por la autoridad que, si bien el consumidor puede participar del Acuerdo al obtener mejores productos, más adaptados a sus necesidades y más baratos, el hecho de que el cliente de Caja Madrid únicamente pueda acceder a los seguros producidos por la entidad Mapfre podría resultar perjudicial, dado que se limitan las posibilidades de elección del consumidor, distorsionando, por efecto, la competencia. La autoridad española de la competencia repite en el año 2002 el criterio sostenido en la Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. R 467/01, *Cajamadrid/Ausbanc*), que expresaba que lo que en ningún caso estaría justificado, desde el punto de vista de la aplicación de la LDC, sería obligar al prestatario a suscribir seguros producidos por la filial CajaVida Madrid, con la que mantenía

Los seguros bancarios adquieren especial importancia para las entidades de crédito, por cuanto complementan el producto financiero aportándoles una garantía adicional en caso de que concurran ciertos riesgos de incumplimiento (fallecimiento, incapacidad, desempleo...). Si bien estos seguros no son estrictamente contratos bancarios, las entidades de crédito aprovechan su óptima integración sobre sus productos financieros para comercializarlos con éstos. En cualquier caso, estos seguros pueden ser comercializados por el resto de entidades que no operan en el canal banca-seguros, aunque las entidades de crédito suelen ofrecer, como parte del paquete, los producidos por aseguradoras con las que han suscrito acuerdos comerciales (filiales o ajenas).

Es un hecho que estos productos aseguradores no suelen ofrecer al cliente la mejor calidad/precio respecto a los ofertados por las demás entidades aseguradoras. El seguro ofrecido por la entidad de crédito habitualmente supera el precio de los productos proveídos por otras aseguradoras en atención a una búsqueda de rentabilidad en un escenario de ingresos reducidos sobre intereses y comisiones bancarias²¹⁶. Distintos estudios de mercado han confirmado que las tarifas sobre seguros de vida-riesgo aplicadas por las entidades aseguradoras son muy inferiores, entre un 30% y un 35%, a las aplicadas por las entidades de crédito.

Las diferencias esenciales entre seguros comercializados por entidades de crédito y los producidos para la distribución en otros canales de distribución pueden reducirse a dos: (1) se trata de seguros masa que se aplican a un gran número de

intereses comunes, dado que el usuario ha de tener libertad para contratar el seguro de vida con la entidad que le ofrezca mejores ventajas.

²¹⁶ En palabras de PAGADOR LÓPEZ, J., “De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato”, *Editorial La Ley*, nº. 268, La Ley nº. 1235/2013, 2013, pg. 2, «las cosas no tienen, por tanto, un precio justo de carácter objetivo. El Derecho privado ofrece un procedimiento contractual que encomienda la determinación de los precios a la libre autodeterminación de los particulares y a los mecanismos del mercado en cada caso. Por eso afirmamos, simplificando, que en los sistemas económicos de libertad de empresa y economía de mercado corresponde al mercado la fijación de precios. Una vez celebrado un contrato, ya no cabe, como regla general, arrepentimiento ni posibilidad de pretender la revisión del precio acordado. Por tanto, es el contexto en que se celebra un contrato, o, si se prefiere, el procedimiento contractual (decisión libre entre opciones transparentes) lo que garantiza la justicia de su contenido. Si ese procedimiento funciona, si se desenvuelve correctamente, el resultado, sea el que sea, se considerará justo, cualquiera que sea el juicio que merezca a ojos de terceros». Por otro lado, el contrato de seguro asociado a la operación financiera puede considerarse como un mero contrato de adhesión, esto es, el consumidor no disfruta ninguna posición de equilibrio frente a la entidad para negociar individualmente ninguna de sus cláusulas (fundamentalmente adolecen de falta de transparencia en las condiciones generales y cláusulas predispuestas acerca del objeto y precio de la póliza, así como de los derechos y obligaciones entre las partes dispuestas tanto en el contrato de seguro como en el bancario), ya sean éstas de carácter esencial o accesorias, sino que la operación vinculada se convierte en un trámite más para alcanzar la concesión del crédito o préstamo.

asegurados, por cuanto están diseñados a partir de los productos financieros que garantizan; y (2) tanto el mediador de seguros como la aseguradora que produce el seguro tienen vínculos comerciales con la entidad de crédito (falta de independencia en la mediación). No obstante, hay que tener en cuenta que los seguros de vida-riesgo, ampliamente vinculados con hipotecas, resultan, sin duda alguna, productos adecuados para hacer frente a la deuda hipotecaria. Sin aquéllos, el titular, o en su caso, sus herederos, asumirían la carga de la deuda, la pérdida del bien inmueble, y, además, responderían con todos sus bienes presentes y futuros de la deuda hipotecaria.

En el caso de los seguros de hogar, usualmente las entidades de crédito suelen plasmar en la póliza que cualquier indemnización que corresponda al propietario en relación con los bienes hipotecarios no podrá abonarse al asegurado sin que conste el consentimiento de la entidad aseguradora, siendo el acreedor hipotecario (entidad de crédito) la primera beneficiaria para percibir dicha indemnización hasta la parte que cubra el capital pendiente de amortizar.

Como observamos, la característica diferenciadora frente a un seguro producido por una entidad aseguradora independiente es la inclusión de cláusulas que obligan al cliente a mantener vigente el producto principal, so pena de perder ventajas económicas importantes. Además, habitualmente, se incluyen en las pólizas de seguro cláusulas que, en caso de siniestro, obligan a la aseguradora a abonar la indemnización a la entidad de crédito hasta que quede cubierto el capital prestado²¹⁷. Se generan, por tanto, serias dudas de la legalidad (y competitividad) de la imposición del contrato de seguro en tales condiciones, más teniendo en cuenta la prohibición que expresa el art. 5 e) LMSRP, que prohíbe que los mediadores de seguros impongan directa o indirectamente la celebración de un contrato de seguro, y también su apartado g), esto es, la prohibición de celebrar en nombre del cliente un contrato de seguro sin el consentimiento de éste. Por ello, con motivo de la elaboración de la LMSRP (también de la Orden EHA/2899/2011), era previsible, a nuestro juicio, que se ocupara sobre estas medidas limitativas en la actuación de las entidades de crédito, a fin de proteger a los consumidores y usuarios.

²¹⁷ Entre estas cláusulas abusivas, no sólo destaca por su impacto económico la cláusula suelo, sino otras de igual importancia sobre los derechos de los consumidores y usuarios. Es el caso de imposición por la entidad de crédito de incluir en la escritura de préstamo hipotecario la cláusula de cesión irrevocable y anticipada de la indemnización que figura comúnmente bajo los términos de «cláusula de subrogación en el cobro de la indemnización del seguro». Vid. VARGAS VASSEROT, C., *La contratación de seguro...*, op. cit., pg. 1381.

II. Vinculación de contratos de seguros con productos financieros

1. La venta cruzada por entidades de crédito. Caracterización típica

En nuestro país resulta habitual la venta cruzada de productos financieros y aseguradores, por la que se exige, de modo general, la suscripción de un contrato de seguro que condiciona la aceptación de la concesión de un producto financiero como un préstamo personal o la obtención de una tarjeta de crédito²¹⁸. Las condiciones del seguro, por ejemplo las de un seguro de vida mediado a través de una entidad de crédito, serán usualmente impuestas unilateralmente por la entidad, dependiendo tanto de su política comercial, como del conocimiento y profesionalidad del empleado bancario. De este modo, pueden presentarse problemas respecto al abono de la correspondiente indemnización, cuando la declaración de salud para la conclusión de un contrato de seguro de vida que dispone el art. 10 párr. 1º LCS se proponga y redacte de forma poco competente por el empleado bancario.

Deben tenerse en cuenta los diversos problemas que pueden surgir entre cliente y entidad de crédito si el seguro se suscribe con la filial aseguradora, o mediante la aseguradora relacionada con la entidad de crédito con la que ésta ha suscrito un acuerdo comercial. Estas dudas en la comercialización de seguros asociados a operaciones financieras fueron expresadas por la UNESPA a través de su «*Guía de buenas prácticas de transparencia en la comercialización del seguro*»²¹⁹, que forman parte de una serie de pautas que debe presidir la

²¹⁸ Indica DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 2.2, cap. 7: «En el caso de la mediación banco-aseguradora ha de tenerse en cuenta necesariamente que la entidad bancaria desarrolla la actividad de mediación como parte de una estrategia de venta cruzada, que trata de ampliar el número de productos y servicios disponibles para sus clientes en su red comercial. No encontramos un contrato de mediación como el que pueda celebrarse con un corredor, pero sí ha de reconocerse la existencia, en la mayor parte de los casos, de otros vínculos jurídicos financieros que ya conectan al cliente con la entidad de crédito, siendo en el marco de esta conexión previa, en el que ahora van a llevarse a cabo las labores de mediación. Incluso cabría hablar de una presunción absoluta de la existencia de esta vinculación previa en todos los casos, pues resulta lógico entender que un cliente que acude a una entidad de crédito –y no a un mediador ordinario– únicamente para la contratación de un producto de seguro –supuesto, como digo, verdaderamente inusual en la práctica– lo hace con la intención de establecer alguna relación con la entidad bancaria más allá del propio contrato de agencia con la compañía de seguros, ya sea en ese mismo momento, o en otro posterior».

²¹⁹ Disponible en WEB (19/10/2017): <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2014/10/guia.pdf>

comercialización de seguros por las entidades aseguradoras en cualquier tipo de venta.

En relación a estos problemas surgidos en la actividad de banca-seguros, ha sido denunciada por numerosas asociaciones de profesionales del seguro la falta de especialización de los empleados bancarios, que se agrava con la necesidad de aumentar la rentabilidad de las oficinas. En este sentido, la citada guía de buenas prácticas recoge, con respecto a la venta combinada, que el contenido, alcance y garantía del seguro ofrecido como parte de un paquete de bienes no aseguradores ha de quedar claramente diferenciado de aquéllos (contrato bancario), de forma que el cliente pueda distinguir claramente lo que es el seguro del resto de productos no aseguradores incluidos en la venta.

En los apartados siguientes se desarrollará cómo las entidades de crédito, en cumplimiento de sus estrategias de negociación pre y postcontractual, no sólo tratan de colocar masivamente a sus clientes un contrato de seguro como parte del paquete, sino la situación en la que estos productos vinculados se encuentran en toda la fase contractual. En primer lugar, nos referimos a la gestión y la fidelización del cliente bancario; en segundo lugar, se trata la segmentación de los clientes y la estandarización de la comercialización para lograr alcanzar el máximo de comisiones por venta de seguros; en cuarto lugar, se estudia el asesoramiento al cliente sobre las prácticas vinculadas así como de la formación del empleado bancario en materia de seguros; y, por último, acerca de la celebración y transparencia de la contratación vinculada.

A) Sistema de captación del cliente

Las redes bancarias se extienden a la totalidad del territorio nacional, ofertando productos y servicios financieros a una voluminosa cartera de clientes. Las entidades de crédito están mejor posicionadas que las aseguradoras en proveer plataformas multicanal y multiproducto a sus clientes, lo que se traduce en una mayor penetración en los mercados²²⁰. A través de la promoción y publicidad a sus clientes²²¹, las entidades de crédito diseñan las estrategias comerciales y publicidad

²²⁰ Vid. ZARTA ARIZABALETA JF. y PINZÓN FONSECA, DA., “La oportunidad de Bancaseguros”, *Revista Fasecolda*, 2012, pg. 84.

²²¹ Conforme a ALONSO ESPINOSA, F.J. y LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “El nuevo derecho de marcas (Ley 17/2001, de 7 de diciembre)”, *Anales de Derecho, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia*, n.º. 20, 2002, pg. 171, por la clase de esta marca se distingue por el objeto

que están orientadas a un público objetivo, incluyendo posters, televisión, páginas web...²²² Existe, por tanto, una mayor confianza y acercamiento al consumidor que descansa en un ámbito de complementariedad tradicional que se deriva del desarrollo de sus actividades principales²²³. Esta actividad de banca-seguros resulta muy rentable para las entidades de crédito dado que aseguran, partiendo de esta complementariedad, los posibles riesgos que puedan producirles pérdidas, y, en el caso de que el seguro sea mediado por una filial aseguradora, la captación de primas durante la vida del contrato bancario.

La fidelización en este esquema adquiere especial importancia, por cuanto a través de la venta cruzada se colocan más productos y crece la rentabilidad por medio de la percepción de comisiones²²⁴.

Los métodos que han seguido las entidades de crédito más relevantes para incrementar la actividad de banca-seguros han sido agresivas estrategias y campañas de publicidad²²⁵, en muchas ocasiones unidas a la concesión de descuentos en sus productos principales. Por ejemplo, una estrategia tradicional de las entidades de crédito ha sido la de reducir el precio de los productos, principalmente de la operación financiera, atendiendo a dos factores: (1) al contrato de seguro vinculado en cuestión y (2) al grado de vinculación del cliente ya que, cuanto mayor sea el número de pólizas contratadas, mayor será la reducción aplicada. Así, una de las entidades que más está apostando por este sistema es *CaixaBank*, que durante el año 2014 ha promocionado a través de anuncios estas

designado, en este caso, de servicio, manifestando los autores que «su distinción con el nombre comercial es complicada».

²²² Para más información puede consultarse SÁNCHEZ RUIZ, M., “Los presupuestos y límites del emplazamiento publicitario”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 296, Madrid, 2015, pgs. 183-223.

²²³ Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pgs. 15-23.

²²⁴ Considerando el seguro como un producto meramente accesorio cuya contratación se realiza, en la mayoría de las ocasiones, a través de la filial aseguradora de la entidad de crédito, es muy probable que estas últimas puedan comercializar sus préstamos a tipos hipotecarios muy reducidos para compensar la pérdida de beneficios a través de la comercialización de sus productos vinculados. Los contratos de seguros así comercializados pueden adolecer de requisitos esenciales para su validez como es el consentimiento del tomador, más preocupado de la concesión del producto principal que del abono de una prima de seguro, lo que, evidentemente, afecta a su proceso de toma de decisiones.

²²⁵ En relación a la publicidad indirecta a través de la publicidad corporativa Vid. LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “La publicidad (comercial) indirecta”, *La Ley Mercantil*, nº. 16, La Ley nº. 4678/2015, 2015, pg. 3: «La toma de conciencia de la función social de las empresas ha favorecido el aumento de la publicidad corporativa, propiciado además por la maduración del público no solo como consumidores, sino como sujetos de opinión y por la necesidad de maximizar las diferencias entre los diferentes productos o servicios que se multiplican en el mercado, con sus respectivas informaciones».

prácticas de descuentos (*campana "Triple Protección"*) en sus más de seis mil sucursales ubicadas en nuestro país.

No obstante, la gestión del cliente resulta, de nuevo, un aspecto fundamental en el negocio de banca-seguros. Con esta tarea se satisfacen sus necesidades de manera que puedan cumplirse, o incluso superarse, sus expectativas, generando por ello una relación estable con la entidad de crédito. La fase de captación del cliente exige un esfuerzo previo por parte de la dirección de las entidades de crédito, que deben anticiparse a la demanda real de productos financieros.

Los consumidores que suelen contratar productos aseguradores a través de las redes bancarias habitualmente son clientes bancarios. Con las campañas de promoción de seguros que han ultimado las entidades de crédito españolas esta captación puede extenderse hacia aquéllos que busquen, exclusivamente, la suscripción de seguros. El cambio de estas políticas de comercialización ha supuesto que las entidades de crédito compitan en el mercado asegurador, no sólo a través de la tradicional venta de seguros de vida-ahorro y planes de pensiones, sino para casi todos los ramos (seguros de automóviles, de transportes, de decesos...) ²²⁶.

Las entidades de crédito han explotado esta imagen de confianza y prestigio depositada sobre los consumidores y usuarios para fomentar la venta de su catálogo de productos bancarios y de seguros. Así, en el momento en que el cliente ya es gestionado por la entidad de crédito, la proximidad con aquél puede derivarse, no sólo en la tramitación de operaciones simples, sino en la suscripción de nuevos productos financieros asociados a la contratación de seguros, e, incluso, en la exclusiva contratación de seguros.

La captación requiere de una fuerte iniciativa tanto de la dirección estratégica y de marketing de la entidad como de su personal; debe apostarse, en definitiva, por una red más comercial que administrativa que fomente la formación continua de sus empleados.

En cualquier caso, las entidades de crédito que ofertan préstamos hipotecarios tanto de tipos fijos, variables o mixtos, exigen, de forma general, en gran número de entidades del sector, la vinculación con seguros de vida y de hogar, así como la domiciliación de la nómina, e, igualmente, aunque en menor medida, la emisión y utilización de tarjetas de crédito y la constitución de planes de pensiones.

²²⁶ Vid. CABEZAS BONO, M.A., *La gestión del cliente en el sector seguros: El caso de BancaSeguros*, Madrid, Fundación Mapfre, Tesis del Máster en Dirección de Entidades Aseguradoras y Financieras, 2012, pg. 37.

Concretamente, las entidades promocionan sus préstamos hipotecarios atendiendo a la publicidad de tres datos: (1) el tipo de interés a aplicar; (2) la TAE que es el coste efectivo real del préstamo hipotecario en el cómputo anual; y (3) el número de productos vinculados exigidos para la concesión del préstamo que son promocionados como descuentos en el tipo de interés aplicable.

Una de las políticas de captación de clientes en la actividad de banca-seguros más habituales es, evidentemente, retener al cliente que proviene de realizar con la entidad de crédito anteriores operaciones financieras. Sin embargo, las entidades de crédito no han valorado generalmente como satisfactoria esta estrategia, ya que es posible que con la venta de seguros concorra cierto riesgo de contagio (por falta de calidad en la mediación) y pierdan, además, la gestión financiera del cliente por la que estaban percibiendo comisiones. Frente a ello, las entidades de crédito han creado productos vinculados de larga duración que atan al cliente a mantenerlos en vigor durante la vida del préstamo o crédito (incluso forzándoles a abonar una prima única del seguro, cuya cuantía, en algunas ocasiones, es astronómica). Obviando estas dudas, la promoción de contratos de préstamo es una estrategia muy provechosa para las entidades, dado que los seguros mediados (especialmente si están vinculados al vencimiento de un préstamo hipotecario) son productos que fidelizan al cliente por un largo periodo de tiempo.

B) Sistema para la segmentación de clientes y productos bancarios asociados

Con la utilización del término «segmentar» nos referimos al proceso empleado por la entidad de crédito para identificar tipologías de clientes con el fin de satisfacer sus necesidades de demanda de productos financieros y aseguradores. Las principales variables a considerar para realizar dicha clasificación son, por un lado y de forma principal, la edad y la renta de los clientes; y de forma secundaria, el sexo, la educación, los hábitos de consumo y la cartera de productos.

La oferta relativa al ejercicio de la actividad de banca-seguros y la del resto de canales tradicionales es sustancialmente diferente. Así, en el ámbito banca-seguros lo que se persigue es la colocación masiva de seguros con ofertas estandarizadas, con ciertos niveles de segmentación, en contra de la oferta aseguradora tradicional que ofrecen productos aseguradores sofisticados en atención a las necesidades reales de los asegurados²²⁷.

²²⁷ Vid. CABEZAS BONO, M.A., *La gestión del cliente en el sector seguros...*, op. cit., pg. 38.

Existe, por ello, un cierto grado de segmentación en lo relativo al destino de las ofertas de vinculaciones relacionadas con los seguros mediados desde las redes bancarias. Con este propósito, por las entidades de crédito se han desarrollado distintos modelos de relación para cada uno de los segmentos de clientes, ya sea para comercializar productos dirigidos a divisiones de clientes particulares, colectivos, instituciones, empresas, etc. Las entidades disponen de amplias redes de clientes relacionadas con cada segmento, lo que facilita la tarea de distribución de seguros. Este sistema de segmentación es patente en relación a la creación de la banca personal, que se dirige a un segmento de clientes con recursos patrimoniales que demandan un asesoramiento personalizado integral y constante²²⁸.

En general, la oferta de seguros de las entidades de crédito se encuadra en contenidos estandarizados que presentan al cliente de forma clara y sencilla, todo ello con el propósito de que la venta sea lo menos compleja posible y asegure su eficacia. Esta gestión de clientes lleva a las entidades de crédito a aprovechar al máximo sus recursos y empleados, lo que facilita que aquéllas puedan dirigir sus esfuerzos a las necesidades reales de sus clientes. Esta segmentación de la demanda de productos financieros se asocia a la segmentación del mercado, y a la elección por parte de la entidad de una línea de productos circunscrita a cada segmento²²⁹. Esta tarea tiene especial importancia para las entidades de crédito, que necesitan analizar las diversas necesidades de los clientes para comunicarles oportunas propuestas para que las valoren²³⁰.

Mediante los acuerdos de distribución, las entidades de crédito perciben una comisión de venta de cada producto asegurador reservándose, para ella, la base de datos de clientes. No obstante, por otro lado, las aseguradoras acceden a nuevos segmentos de mercado, consiguiendo colocar de forma sucesiva sus seguros a los clientes bancarios²³¹. En este sentido, los clientes tienen la percepción de que las entidades de crédito disponen de mucha información sobre ellos y que, por tanto, este conocimiento se traduce en la posibilidad de ofertarles productos adaptados a

²²⁸ Vid. FERNÁNDEZ AYALA, M., *El futuro de la bancaseguros*, Madrid, Fundación Mapfre, Tesina del Curso de postgrado en dirección y marketing de entidades aseguradoras y financieras, 2004, pg. 20.

²²⁹ *Ibidem. cit.*, pg. 39.

²³⁰ Vid. CABEZAS BONO, M.A., *La gestión del cliente en el sector seguros...*, op. cit., pg. 41.

²³¹ Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 10.

sus necesidades específicas. Esta buena gestión de clientes tiene un impacto directo en la rentabilidad del canal²³².

No obstante, a día de hoy, las entidades deben modificar sus modelos comerciales, que se han centrado en la venta de productos-masa para un número indeterminado de clientes. Con la utilización de gran información proporcionada en sus bases de datos de clientes, lo que incluye el rating financiero, les asegura el aprovechamiento de esta información para dirigirse al segmento más adecuado en relación tanto a la necesidad del producto demandado por el cliente como por la calidad técnica del negocio²³³.

C) Especialidades en el asesoramiento e información al cliente

En materia de asesoramiento, desde que se produjo la efectiva liberalización de las redes agenciales, han existido fuertes discrepancias sobre la capacidad y conocimiento de los empleados bancarios, cuyo único propósito, refieren, es la colocación de una cartera de productos prescindiendo de todos los principios del asesoramiento previstos en la mediación de seguros. El legislador tuvo en cuenta esta situación, y obliga a los OBS vinculados, en aplicación del art. 23.3 párr. 3º LMSRP, a hacer expresa mención de las entidades aseguradoras con las que hayan suscrito un contrato de agencia. La finalidad de esta exigencia es garantizar que el cliente tenga en cuenta la naturaleza del mediador que está realizando la labor de mediación, así como su situación de dependencia o independencia en relación a las aseguradoras a las que está distribuyendo productos aseguradores²³⁴.

A esta exigencia legal de publicidad del OBS vinculado, debemos referir la más importante, establecida en el art. 43.2 b) LMSRP, y que obliga a los OBS a comunicar a su clientela que el asesoramiento prestado se facilita con la finalidad de contratar un seguro y no cualquier otro producto que pudiera comercializar la entidad de crédito. El artículo se refiere al asesoramiento prestado para el cliente que desea información sobre la exclusiva contratación de un seguro y no de un producto financiero. Se trata, evidentemente, de una norma de poco contenido

²³² Vid. Informe de PWC, *El cliente siempre tiene... su percepción ¿y la razón? La gestión de clientes en España*, Madrid, 2013, pg. 7.

²³³ Vid. MURGUERZA GOYA, M.E., *Bancaseguros: La comercialización de seguros no vida a través de las redes bancarias*, Madrid, Fundación Mapfre, Tesina del Curso de postgrado en dirección y marketing de entidades aseguradoras y financieras, 2006, pg. 31.

²³⁴ Vid. VARGAS VASSEROT, C., *El contrato de seguro en el marco de la actividad bancaria...*, op. cit., pg. 1334.

práctico, puesto que el asesoramiento del producto financiero y asegurador es prestado de forma general por el mismo empleado bancario. Si el legislador hubiera querido prohibir cualquier grado de injerencia de vinculación en el proceso de negociación del seguro, habría prohibido directamente la vinculación de productos aseguradores junto a productos financieros comercializados en redes bancarias. A nuestro parecer, sería una tarea legislativa difícilmente ejecutable la de limitar el asesoramiento cuando el cliente, aceptando las condiciones del producto financiero, necesita suscribir el seguro propuesto por la entidad. Dicho seguro estará asociado a la comercialización del producto principal, no sólo por el riesgo que comparten, sino porque la suscripción del seguro se deriva exclusivamente del contrato bancario.

Este sistema de asesoramiento también se extiende una vez producido el siniestro, puesto que las entidades de crédito requieren habitualmente que toda la información y gestión del siniestro se lleve directamente por los empleados bancarios. El asesoramiento en la contratación de seguros, pieza clave en relación a su naturaleza jurídica, resultaría deficiente cuando el seguro se suscribe como aceptación suplementaria del producto financiero. Así, en la práctica, la colocación del seguro en operaciones vinculadas es automática, sin que el consumidor pueda, a través de peticiones realizadas a la entidad, modificar el contenido sustancial del contrato de seguro. El usuario bancario se limita a aceptar las condiciones impuestas unilateralmente por la entidad, con el propósito de ver reducidos, a través de la contratación de productos vinculados (no sólo de seguros), los tipos de interés del préstamo o crédito, así como los gastos de mantenimiento de cuentas corrientes. Por este motivo, el asesoramiento integral realizado por la entidad de crédito se encuentra directamente limitado a las condiciones ventajosas de la venta combinada en beneficio del producto financiero; el seguro, por otra parte, actúa en este esquema como elemento condicionante para la concesión de la operación, y participa como descuento del precio del producto principal.

D) Celebración y ejecución de los contratos vinculados

En el momento en que el comprador conoce qué condiciones del producto financiero se ajustan a sus necesidades, usualmente compara dichas condiciones sobre ofertas de varias entidades de crédito. Los factores que deben tenerse en consideración antes de suscribir, por ejemplo, un préstamo hipotecario, esto es, una operación de gran importancia económica, son: (1) el plazo de amortización del préstamo; (2) el tipo de interés aplicable; (3) las comisiones que se devengarán; (4)

otros gastos asociados a la celebración del contrato bancario²³⁵; y (5) la oferta vinculada sobre otros requisitos (domiciliación de la nómina, exclusividad con el banco...), así como de la contratación de uno o varios seguros, e incluso de planes de pensiones requeridos por la entidad para conceder el préstamo en las condiciones descritas.

Una vez acordado con el vendedor la adquisición del bien inmueble, solicita ante la entidad el préstamo hipotecario, que le requiere la documentación imprescindible para examinar la viabilidad de la operación. Durante este proceso de análisis de la oferta, la entidad calcula el importe máximo del préstamo hipotecario interesado a partir del valor de tasación del inmueble. Aceptada la operación por la entidad de crédito, comunica al futuro prestatario una oferta vinculante en la que se expresan todos los puntos que contendrá la escritura, incluyendo las cláusulas negociadas y no negociadas con el cliente.

Contratados igualmente los seguros exigidos por la entidad, éstos quedan vinculados al producto financiero a través de la escritura constituida, usualmente en el apartado titulado «*Revisión del Tipo de Interés*». De esta manera, el inicial diferencial aplicable en el préstamo hipotecario dependerá de la contratación y mantenimiento en vigor de los contratos de seguros vinculados.

Como hemos referido, no sólo constituyen los contratos de seguros los únicos productos exigidos para la concesión de la operación. Pueden exigirse, igualmente, la emisión de una tarjeta de crédito o débito y su utilización en una serie de veces para cada revisión del tipo de interés; la domiciliación de la nómina del prestatario, requiriéndose que alcance una media mensual determinada; un plan de pensiones con aportaciones periódicas; la domiciliación del abono de cinco o más recibos; fondos de inversión, libretas de ahorro o cuentas corrientes... Dependerá de la oferta vinculada de la entidad, y de que así se haga constar en la escritura pública, para que la cancelación de cualquiera de estos productos suponga un aumento del diferencial.

La exigencia de seguros de vida vinculados a préstamos hipotecarios ha sido una práctica repetidamente admitida por la jurisprudencia²³⁶. Exigida la condición

²³⁵ Sobre esta materia puede consultarse MIRANDA SERRANO, L.M., “La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y negociables”, *Estudios sobre Consumo*, nº. 77, 2006, pgs. 61-76.

²³⁶ Vid. STS (Sala 1ª de lo Civil) de 30 de noviembre de 2001 (nº. de recurso 2362/1996), y de 31 de mayo de 2004 (nº. de recurso 2109/1998); SAP (Sección 4ª) de Zaragoza de 30 de diciembre de 2016 (nº. de recurso 330/2016); SAP de Pontevedra (Sección 1ª) de 12 de diciembre de 2016 (nº. de recurso 568/2016); SAP de Valencia (Sección 6ª) de 18 de noviembre de 2014 (nº. de recurso

de concertar un seguro de vida, y no haciendo uso el prestatario de su libertad de elección de aseguradora, es práctica habitual que la entidad de crédito se ofrezca gestionar el seguro con una compañía a la que está comercial o societariamente asociada. Lo que supone una conducta abusiva es imponer que el prestatario concierte un seguro de tan larga duración con una aseguradora designada previamente por la entidad de crédito, resultando éste un acto absolutamente desproporcionado²³⁷. Sin embargo, podría considerarse parcialmente nula esta cláusula en lo relativo a la contratación de un seguro concreto con una aseguradora impuesta por la entidad, debiendo el prestatario cumplir la exigencia de mantener la garantía accesoria, con las condiciones de plazo y coberturas contenidas en la

414/2014) SAP de Asturias (Sección 6ª) de 3 de noviembre de 2015 (nº. de recurso 337/2015); o SAP de Asturias (Sección 5ª) de 15 de mayo de 2013 (nº. de recurso 166/2013). Respecto al seguro de vida, debido a la trascendencia de la cuestión acaecida en el mercado asegurador, la DGSFP en su Criterio del mes de febrero de 2009, en relación a una reclamación sobre las características del seguro vinculado a un préstamo, resolvió algunas dudas acerca de cinco cuestiones, entre las que se encuentran el modo de comercialización del seguro, así como las consecuencias o efectos de la resolución del contrato de seguro una vez cancelado el préstamo hipotecario. Igualmente, la DGSFP resolvió mediante el Criterio su titulado «*Seguros de daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios*» otra de las cuestiones derivadas de la vinculación de seguros a préstamos hipotecarios, en este caso, respecto de los seguros de daños. En particular, se resuelven cuatro cuestiones relativas a la obligatoriedad de la contratación de un seguro de daños con el préstamo hipotecario, así como por la suscripción y cancelación de los seguros suscritos a prima única.

²³⁷ SAP de Almería (Sección 2ª) de 3 de octubre de 2014 (nº. recurso 468/2012), FJ 6º; SAP de Málaga (Sección 5ª) de 21 de mayo de 2015 (nº. de recurso 50/2013), FJ 2º; y especialmente SAP de León (Sección 1ª) de 16 de diciembre de 2015 (nº. de recurso 439/2015), FJ 3º, que dice: «El artículo 62 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y el artículo 6 del Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros (vigente a la fecha de la contratación) otorgan a la Dirección General de Seguros competencia de control y potestad sancionadora por práctica abusivas en la comercialización y contratación de seguros. Y en virtud de esa competencia, resolviendo sobre quejas y reclamaciones formuladas, ya ha dicho de forma reiterada: "En consecuencia, se considera la imposición por parte de la entidad aseguradora de un seguro a prima única al tomador inadecuada y contraria a las buenas prácticas y usos en el ámbito de los seguros privados". En particular, en el Informe Anual de su Servicio de Reclamaciones (año 2006, anterior, por lo tanto al contrato que nos ocupa), dice en su apartado 5: "Asimismo, también ha sido motivo de reclamación la exigencia de contratación, con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario, de un seguro de vida a prima única por todo el período de vida del préstamo hipotecario, que es cargada al prestatario y tomador de la póliza mediante un incremento del capital prestado. En estos contratos el beneficiario es la entidad prestamista. Se observa que esta práctica se está extendiendo en el mercado, siendo una actuación que es considerada por el Servicio de Reclamaciones como inadecuada y, en ciertas ocasiones, claramente abusiva" [...]. Para no extender en exceso la argumentación, nos limitaremos a indicar que si la mediadora de seguros opera a través de las sucursales de la entidad prestamista debe de asumir las obligaciones propias de la comercialización del producto, y más si la aseguradora es de su propio grupo empresarial. Pues bien, no consta -ni por asomo- que se hubiera ofrecido al cliente la posibilidad de contratar un seguro de prima temporal anual renovable, y tampoco que se le hubiera ofrecido información tan relevante como los criterios de cálculos del valor de rescate ni, por supuesto, el elevado coste que suponía el pago de la prima única que, además, debía de ser financiado. Y todo ello con la finalidad primordial de proteger el pago a la beneficiaria del contrato de seguro».

póliza, pero pudiendo sustituirla por la de otra entidad aseguradora libremente escogida.

E) Transparencia de las operaciones y costes asociados a la cancelación del seguro

La exposición de motivos de la LMSRP (apdo. 3), señala que la regulación de los OBS pretende contemplar una realidad consolidada en el mercado español y dotar a esta forma de distribución de una mayor transparencia. No obstante, cuando la entidad de crédito y la aseguradora con la que se contrata el seguro forman parte del mismo grupo empresarial (grupo bancario) pueden surgir ciertos problemas de transparencia en el nacimiento y ejecución de las operaciones.

De esta forma, en la Memoria del Servicio de Reclamaciones de Banco de España del año 2009, se manifiesta que en los casos en que la entidad de crédito requiera al prestatario la suscripción de una póliza de seguros, y ambas entidades pertenezcan al mismo grupo financiero, no es admisible que las incidencias que pudieran surgir con la póliza sean cuestiones ajenas a la entidad de crédito. En esos casos, el Servicio de Reclamaciones considera que la entidad de crédito debe velar por que sus clientes estén adecuadamente informados y conozcan, en cada momento, la situación del seguro vinculado con la financiación concedida. Por ello, las entidades de crédito deberán, tan pronto como conozcan esta situación, informar al cliente y prestatario cuando se produzca el impago de algún recibo de la prima del seguro.

Del mismo modo, se reputará mala práctica bancaria que las entidades consientan mantener contratados los seguros suscritos junto con el préstamo tiempo después de haber cancelado la operación financiera, permaneciendo aquéllas como primeras beneficiarias de la cobertura, sin advertir esta circunstancia al cliente.

Entre estas malas prácticas contrarias a los consumidores que atienden a la citada falta de transparencia, podríamos citar la falta de conservación del documento de suscripción de un seguro; cuando la entidad no informara al cliente de que el seguro de daños tiene un importe muy superior al necesario; que no facilite aclaraciones respecto a las condiciones de una póliza de seguro suscrita; que las cláusulas contractuales empleadas por las entidades sean «oscuras, vagas o imprecisas» en relación a las primas de seguros; cuando la entidad formaliza en nombre y cuenta del cliente una póliza de seguro para garantizar el capital de un préstamo hipotecario, existiendo otra póliza de seguro que cubría dicho riesgo; o

las cancelaciones unilaterales de seguros asociados a préstamos, sin restituir las primas no consumidas²³⁸.

Sin embargo, una de las cuestiones sobre transparencia de la banca-seguros más polémicas resulta de la situación en la que la entidad de crédito, como beneficiaria en primer lugar, reclame en un proceso ejecutivo al prestatario la cantidad adeudada, sin haber pretendido, previamente, cobrar el crédito mediante la correspondiente reclamación de la indemnización a la entidad aseguradora. No es razonable que la entidad de crédito, que es beneficiaria del seguro, y que es, por ello, la que puede reclamar directamente a la aseguradora, haga absoluta dejación de su obligación de reclamar el importe del capital asegurado una vez verificado el siniestro cubierto, ignorando su condición de beneficiaria e intentando, nuevamente, desconocer que mediante dicha reclamación podría ver satisfecho su crédito²³⁹.

En este sentido, esta doctrina es aplicable a todo tipo de operaciones crediticias, hipotecarias o no, no siendo justificable que la misma entidad de crédito que en su momento condicionó la concesión del préstamo a la celebración del seguro, pueda más tarde optar por exigir el pago del capital pendiente a quien más interese, opción que resulta aún menos justificable cuanto más estrecha se acredite la vinculación empresarial entre entidad de crédito y aseguradora.

Por otro lado, las posibles carencias de transparencia en el contenido y alcance de los contratos de seguros vinculados a préstamos hipotecarios pueden paliarse con la obligatoria entrega de la oferta vinculante a la que se refiere el art. 23 de la Orden EHA/2899/2011, de 25 de octubre, de transparencia y protección de servicios bancarios²⁴⁰. Así, refiere la citada Orden en su art. 18.4, que, en el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, no se podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago a través de sus propios medios.

²³⁸ Vid. FARRANDO MIGUEL, I., “Criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en materia de prácticas bancarias”, *Estudios sobre consumo*, n.º. 56, 2001, pgs. 37, 40, 55, 62, 84 y 88.

²³⁹ Auto n.º. 22/2016 de la AP de Barcelona (Sección 17ª) de 3 de febrero de 2016, FJ 4º.

²⁴⁰ BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

2. Elementos propios de la vinculación de seguros asociados

A) Separabilidad de los productos combinados en la operación financiera

Los seguros vinculados a productos bancarios (seguros de protección de pagos, de vida, de amortización de préstamos, de daños o seguros asociados a tarjetas de crédito) son productos complementarios y accesorios, suscritos para contrarrestar los riesgos de incumplimiento que pudieran imposibilitar al titular del producto el buen fin de las operaciones²⁴¹. Se vinculan, por tanto, seguros que garantizan que los clientes pudieran, en caso de ocurrir el siniestro asegurado (incapacidad, desempleo, fallecimiento...) cumplir con sus obligaciones para con la entidad de crédito. Ambos contratos están plenamente diferenciados y su suscripción también se realiza separadamente, de manera que, para celebrar un contrato de seguro, deberá concurrir, en todo caso, el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. No obstante, si bien el contrato bancario persiste en el tiempo como contrato principal, el contrato de seguro, una vez vencida y satisfecha la operación financiera, perdería automáticamente su objeto.

En ningún momento de la contratación esta división o separación de actividades desaparece, teniendo en cuenta además, que, a pesar de que las entidades de crédito puedan crear filiales aseguradoras o participar en aseguradoras separadas, está estrictamente prohibido que puedan producir seguros. El problema de esta separabilidad puede encontrarse en otra actividad, en la de la mediación de seguros, y, en particular, en la oportunidad que se les presenta a las entidades de crédito de explotar su cartera de clientes a través de la demanda de productos bancarios.

Sin embargo, sí concurre en la suscripción de los productos una vinculación contractual que nace desde la celebración del contrato bancario y que permanece hasta el fin del mismo. La contratación de estos productos secundarios no sólo

²⁴¹ El seguro se formaliza ya sea por el capital del préstamo o por el importe del crédito pendiente de amortizar. En el primer caso, el tomador podría venir abonando una prima correspondiente al capital prestado sin que se produzca su disminución en atención a las cuotas ya abonadas, o, resultando dicha reducción en el precio de la prima en relación a la suma asegurada, podría constituirse una situación de seguro parcial o infraseguro al subir el precio del inmueble. En el otro caso, cuando la suma asegurada sea inferior al valor del inmueble, esta situación perjudicaría a los intereses del deudor ya que en supuestos de reconstrucción del inmueble siniestrado ése será el valor a tomar en cuenta, y, además, si está estipulada la cláusula de cesión de indemnización, se destinará preferentemente al pago del crédito no amortizado.

puede estar atada a la concesión del producto principal, sino a la pérdida de ventajas económicas en forma de descuentos obtenidas en virtud de su suscripción²⁴². Así, cuando esta vinculación quede plasmada en la correspondiente escritura pública, cancelarlos supondría un aumento del diferencial, y, por tanto, del precio del producto principal. Otro ejemplo de la unión de ambos productos es la frecuente práctica de exigir, para la concesión del préstamo, la suscripción de un seguro a prima única cuyo importe se suma al capital prestado por la entidad de crédito. En caso de cancelación anticipada del préstamo, la entidad de crédito, vía art. 1258 CC, deberá devolver al prestatario la parte de prima única no consumida²⁴³.

El producto asegurador mantiene su validez hasta el vencimiento o cancelación anticipada del producto financiero²⁴⁴. De esa forma, las entidades de crédito operan en el sector banca-seguros imponiendo seguros que, si bien reducen el riesgo de generarles pérdidas económicas por incumplimiento de sus clientes, mantienen a sus clientes atados, so pena de perjudicarles, a un producto producido por aseguradoras con las que mantienen vínculos estrechos o comerciales. Podríamos afirmar, por tanto, que ambos productos, a partir de la actuación de distribución de la entidad financiera, comparten un mutuo contenido de vinculación contractual, por lo que, tanto uno como otro, resultan plenamente integrados en el paquete. Otra cuestión sería, evidentemente, que el tomador decidiera resolver el contrato de seguro, cuyo derecho de oposición a la prórroga le ampara el art. 22.2

²⁴² La carga financiera de estos seguros asociados a productos comercializados por la entidad de crédito es considerable. Sin embargo, conforme dispone el art. 83.1 a) LCS el tomador del seguro individual de duración superior a seis meses que haya estipulado el contrato sobre la vida propia o la de un tercero podrá ejercitar, dentro de treinta días siguientes a la fecha en la que el asegurador le entregue la póliza o documento de cobertura provisional, su facultad unilateral de resolver el contrato sin indicación de los motivos y sin penalización alguna.

²⁴³ Vid. Criterio de la DGSFP de febrero de 2009 titulado: «Seguros de vida a prima única para la amortización de préstamos».

²⁴⁴ Existen serias dudas acerca de la aplicación con efectos retroactivos del actual art. 693.2 L.E.Civ. a las cláusulas de vencimiento anticipado anteriores a la reforma. Esta discusión nació con la Sentencia del TJUE (Sala 1ª) de 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11), que manifestó que nuestro ordenamiento jurídico resultaba contrario al Derecho de la Unión Europea, y, particularmente, a la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. De acuerdo a BASTANTE GRANELL, V., “La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º. 750, 2015, pg. 2443: «las cláusulas de vencimiento anticipado anteriores a la reforma podrán ser válidas, si bien podrá defenderse la retroactividad de la nueva disposición atendiendo a la legislación relativa a los derechos de los consumidores y usuarios, la actual disposición como criterio interpretativo, así como los postulados de la Sentencia del Tribunal de Justicia antes referenciada. En este sentido, las cláusulas anteriores o posteriores a la reforma podrán ser igualmente declaradas nulas en el proceso de ejecución hipotecaria».

LCS²⁴⁵. En tal supuesto, ambos contratos y sus contenidos contractuales quedarían absolutamente desvinculados y separados, por simple resolución²⁴⁶.

B) Consentimiento del consumidor en la contratación del seguro

La falta de consentimiento con anterioridad y con motivo de la contratación del seguro ha supuesto una cuestión muy controvertida para el resto de mediadores de seguros. Estas conductas entran en las denominadas “*malas prácticas bancarias*”, y podrían generar problemas en materia de competencia desleal y libre competencia²⁴⁷. La práctica concurrente consiste, principalmente, en suscribir a nombre del cliente contratos de seguros sobre préstamos o créditos concedidos anteriormente, operación que podría declararse nula ante la jurisdicción civil.

De la misma forma, las entidades de crédito podrían utilizar la información que figura en los recibidos domiciliados correspondientes al abono de la prima de un seguro de una aseguradora distinta, para que su filial aseguradora o entidad aseguradora con la que mantiene un acuerdo comercial pueda aprovechar esta situación para efectuar al cliente una contraoferta u oferta alternativa. Así, por *Informe 70/2013* de la AEPD se resolvió que la utilización de datos contenidos en los recibos cuyo pago se encuentra domiciliado en la misma para ofrecer los seguros que comercializa la entidad implicaría un tratamiento de datos de carácter personal específico y distinto del mantenimiento de la apertura de la cuenta en que se efectúa

²⁴⁵ Para los seguros de vida es posible resolver el contrato dentro de los treinta días siguientes vía art. 83 a) LCS

²⁴⁶ Uno de los productos financieros comercializados en las redes bancarias, a nuestro parecer, más controvertidos, es el denominado “*unit linked*” (vinculado a unidades de cuenta), por los que el tomador asume el riesgo de la inversión²⁴⁶. Por medio de este producto el tomador invierte en un seguro de vida-ahorro y designa activos en los que desea invertir mientras que la entidad aseguradora adquiere la titularidad de dichos activos y los asigna a la póliza. De este modo, el tomador adquiere los fondos de inversión, no como partícipe, sino como asegurado de la entidad que es titular de las participaciones de esos fondos, si bien quien decide el destino de los fondos, como indicamos, es él mismo, y, en consecuencia, el riesgo de la inversión. En definitiva, las primas que se aportan van dirigidas a la inversión en participaciones de fondos de inversión, y la parte de la prima no invertida en los fondos va destinada a la suscripción de un seguro de vida de riesgo puro. Estos seguros son comercializados por entidades de crédito que disponen de una filial aseguradora así como una gestora de fondos de inversión perteneciente al mismo grupo financiero. Vid. VARGAS VASSEROT, C., *El contrato de seguro en el marco de la actividad bancaria...*, op. cit., pg. 1352.

²⁴⁷ Al respecto, consúltese BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Editorial Tecnos, Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial. Derecho de Sociedades, Vol. 1, 2015.

el abono. En consecuencia, contesta la Agencia, la cesión de datos al OBS será posible exclusivamente cuando la entidad cuente con el consentimiento del cliente.

En todo caso, la entidad de crédito que media el seguro deberá contar con el consentimiento del tomador para otorgar de validez al contrato de seguro de acuerdo al art. 1259 CC, extendiéndose esta obligación a la suscripción de un nuevo contrato o para modificar o rescindir el contrato de seguro en vigor (art. 21 párr. 2º LCS)²⁴⁸.

C) La accesoriadad del contrato de seguro en la venta conjunta

El contrato de seguro, producto vinculado, no es un elemento obligatorio para formalizar una operación financiera. Su vinculación, por tanto, no es legal sino meramente contractual entre las partes. Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna disposición que prohíba la vinculación de préstamos o créditos, u otros productos financieros, con contratos de seguros²⁴⁹.

En este sentido, la legislación vigente sí ampara la posibilidad de exigir un seguro junto, por ejemplo, a un crédito al consumo²⁵⁰. Al respecto, el art. 9.3 de la

²⁴⁸ Conforme expone PAGADOR LÓPEZ, J., “Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación”, *La Ley, Sección Doctrina*, La Ley nº. 11151/2001, Ref. D-87, Tomo 2, 1999, pg. 3, en relación a la impugnación por vicios en el consentimiento en el Derecho español, «en cuanto a sus consecuencias negociales, como regla general, la impugnación por dolo o error-vicio da lugar, en caso de resultar estimada, a la anulación del contrato nacido como consecuencia de la declaración de voluntad viciada. Ahora bien, la doctrina civilista admite la posibilidad de que el error no afecte a toda la declaración, sino sólo a parte de ella (error parcial), sin dejar de ser, por ello, esencial o determinante. Cuando tal sea el caso, se plantea el problema de si ese error parcial invalida totalmente el contrato celebrado o sólo lo invalida en la medida en que dicho contrato quede afectado por el error. Dar respuesta a esta cuestión en un ordenamiento que, como el nuestro, carece de una regulación de carácter general de los supuestos de ineficacia parcial del contrato no es fácil, aunque, como línea directriz y sin perjuicio de lo que pueda resultar de otras normas especiales, parece razonable admitir la ineficacia parcial del contrato cuando el vicio del consentimiento afecte sólo a una parte de él y siempre que quepa razonablemente apoyar su subsistencia en la voluntad hipotética o conjetural de las partes o en otras razones, solución que, ulteriormente, encuentra apoyo en el principio de conservación del negocio».

²⁴⁹ De acuerdo a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 204, hay que tener en cuenta, en orden a las justificaciones objetivas que pudiera esgrimir la empresa que lleva a cabo la vinculación de productos, que «en términos generales, puede entenderse que una práctica comercial goza de justificación objetiva suficiente si viene impuesta o exigida por una norma jurídica. En realidad, en tal caso la empresa dominante carece de autonomía para actuar de otra manera (pues de lo contrario estaría vulnerando la referida norma jurídica, por lo que no cabe imputarle la comisión de abuso alguno».

²⁵⁰ No obstante, como afirma GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 204, «en términos generales, puede entender que una práctica comercial goza de justificación objetiva suficiente si viene impuesta o exigida por una norma jurídica». Ahora bien, comenta el autor, que más dudosa es la situación en la que la norma permite, pero no impone, la doctrina comercial de la empresa dominante. «Al margen de los supuestos en que

Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC)²⁵¹, respecto a la información básica que deberá figurar en la publicidad, considera el seguro como un contrato relativo a un servicio accesorio vinculado con el contrato de crédito, debiendo mencionarse dicha condición cuando el coste de aquél no pudiera determinarse previamente, de forma clara, concisa y destacada junto con la TAE. Igualmente, en el art. 10.3 k) LCCC, el legislador requiere que forme parte de la información previa al cliente los servicios accesorios al contrato de crédito, en particular del seguro²⁵².

Respecto a los servicios accesorios, el art. 18.4 Orden EHA/2899/2011 prohíbe que el seguro de amortización de créditos o préstamos tenga como función la de sustituir una necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios. Igualmente, deberán presentarse estas notas de accesoriedad en la información económica de la operación financiera. De esta forma, deberán incluirse para calcular la TAE de un préstamo hipotecario el coste de todos los servicios accesorios relacionados con el contrato de préstamo, en particular, las primas de seguro, si la obtención de aquél en las condiciones ofrecidas está condicionada a la prestación de tales servicios²⁵³.

En la práctica, existen diversos servicios accesorios exigidos por la entidad financiera para la concesión del crédito o préstamo y que tienen como finalidad la de facilitar su contratación. Entre estos servicios adquieren relevancia, abrir o mantener una cuenta de ahorro con el propósito de realizar los reembolsos del crédito, así como la domiciliación de la nómina o pensión. En sentido contrario, la obligación de contratar una tarjeta de crédito de débito no podría considerarse un servicio que facilita la contratación y mantenimiento del préstamo o crédito, sino incluso, la opuesta, puesto que el cliente, al realizar dichos gastos con la tarjeta,

dicha norma jurídica tiene rango legal (y podría entrar en juego con la excepción del artículo 4 de la LDC), la conformidad de la conducta con el ordenamiento jurídico (p.ej. regulación sectorial) no suele ser admitida como elemento de defensa sobre la base de la justificación objetiva».

²⁵¹ BOE núm. 151, de 25 de junio de 2011.

²⁵² De la misma forma, en el art. 11.4 de la Directiva 2014/17/UE, el legislador europeo denomina la condición del seguro como un servicio accesorio al crédito.

²⁵³ Guía de acceso al préstamo hipotecario, Banco de España, 2016, pg. 28.

dispondría de una menor capacidad económica para enfrentarse al pago de las obligaciones del crédito²⁵⁴.

No obstante, la Sección 7ª del a Orden EHA 2899/2011 dispone que la entidad indicará las vinculaciones pertinentes, tales como la obligatoriedad de suscribir cualquier servicio con la entidad o con otra. Se abre, por tanto, la posibilidad de que la entidad de crédito pueda vincular, sin carácter finalista, cualquier producto a la operación crediticia. Esta posición es contraria a la defendida en el art. 13.3 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010²⁵⁵, que establece que los Estados miembros podrán permitir prácticas vinculadas cuando el prestamista demuestre que los productos vinculados, en condiciones similares entre sí, que no se presenten por separado acarrear un claro beneficio a los consumidores, teniendo en consideración la disponibilidad y precios de dichos productos en el mercado.

Desde un doble enfoque, la operación crediticia y el contrato de seguro son, a la vez, contratos autónomos y conexos (principal y accesorio); y por otro, el contrato de seguro participa como un mero instrumento de garantía. Ello se traduce en que la ineficacia de un contrato afecta al otro por cuanto el contrato de seguro no puede subsistir sin la existencia del riesgo que cubre²⁵⁶. Por este motivo, y por la práctica de las entidades de crédito de imponer el seguro con una aseguradora designada previamente, en las instrucciones para cumplimentar la Ficha Técnica Personalizada (FIPER) contenido en la Orden EHA 2899/2011 (Sección 4ª), en relación a préstamos cuya finalidad sea la adquisición de vivienda, deberá hacerse constar el derecho que ampara al consumidor para designar de mutuo acuerdo la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad exija para la concesión del préstamo.

A pesar de estas exigencias en el contenido del préstamo que se va a conceder, la negociación verbal de los empleados bancarios es decisiva para colocar los

²⁵⁴ Vid. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., “Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario; en especial, el servicio de cobertura de riesgo”, en FLORES DOÑA, M.S. (Dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016, pgs. 317 y 318.

²⁵⁵ DOUE núm. 60, de 28 de febrero de 2014.

²⁵⁶ Vid. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 319.

seguros mediados por la entidad bajo condiciones de falta de transparencia para los deudores. Para estos fines, habitualmente las entidades suelen facilitar a los clientes las condiciones generales del seguro después de haber abonado la primera prima²⁵⁷.

Los seguros bancarios están constituidos como productos absolutamente secundarios a los productos financieros con los que se vinculan. El contrato de seguro es un mero instrumento de garantía o de rentabilidad adyacente al propio producto financiero, y por este motivo, no resultaría legalmente obligatoria su suscripción, salvo para el caso, respecto a los seguros de daños, que la entidad de crédito desee emitir cédulas o bonos hipotecarios sobre los préstamos hipotecarios concedidos.

Se trata, por tanto, de una práctica o línea comercial que ante todo deberá respetar la naturaleza y finalidad del seguro, así como los derechos de los consumidores y usuarios bancarios. Sin embargo, la práctica de supeditar productos financieros a la suscripción de seguros es una realidad no sólo física sino legislativa. La entidad de crédito podría supeditar la concesión del producto financiero a un seguro como estrategia comercial, y esta práctica no resultaría contraria al ordenamiento jurídico. Sin embargo, en el caso de exigirse la vinculación, la normativa bancaria establece el cumplimiento de un *modus operandi* en la oferta y posterior formalización del contrato.

Como señalamos, la accesoriedad del seguro es un asunto bien tratado por el legislador español. Al respecto, sobre el contenido económico del contrato de crédito al consumo, el art. 6 a) LCCC refiere que el coste total del crédito para el consumidor englobará igualmente el coste de las primas de seguro, en el que se incluirá en este concepto si la concesión del crédito en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración de del contrato de servicios accesorios. Por tanto, el seguro se estructura como un servicio accesorio al contrato de crédito²⁵⁸, debiendo manifestarse si la contratación principal está supeditada a la suscripción del seguro, su coste, así como de las condiciones que alternativamente se aplicarían al contrato de crédito cuando no se contratara por el consumidor el seguro²⁵⁹. No obstante, en los contratos de crédito al consumo este seguro deberá extinguirse al

²⁵⁷ *Ibidem. cit.*, pg. 320.

²⁵⁸ Para más información sobre los contratos de crédito al consumo, Vid. SÁNCHEZ RUIZ, M., “El crédito al consumo en la Ley 7/1995, 23 de marzo”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, n.º. 25, 1998, pgs. 49-64.

²⁵⁹ Art. 12.10 LCCC relativo a la información previa a determinados contratos de crédito.

mismo tiempo que el crédito, pudiendo el consumidor reembolsarse la parte de la prima no consumida²⁶⁰.

De nuevo, acerca de la accesoriidad de la operación, el seguro complementario, en todo caso, deberá formalizarse atendiendo a la especificidad de las normas reguladoras. Si bien en la práctica se entiende como un producto auxiliar a la obligación principal, el contrato de seguro no puede imponerse al consumidor, con excepción del supuesto de la emisión de títulos o bonos hipotecarios por parte de la entidad de crédito. Esta imposición de un producto accesorio puede alterar gravemente la competencia en el mercado del producto vinculado, así como desnaturalizar la función del seguro²⁶¹. Este es el caso de la supeditación de seguros de amortización en los préstamos hipotecarios ya cubiertos por el bien inmueble que sirve como garantía, y en los que podría derivarse una sobregarantía de acuerdo al art. 88.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU)²⁶², pudiendo aplicarse, igualmente, los efectos de nulidad previstos en el art. 83 de dicha Ley²⁶³.

Esta accesoriidad en la contratación del producto asegurador puede generar eficiencias en el mercado del producto vinculado. Sin embargo, para que la vinculación pueda justificarse resulta necesario cuestionarse si la comercialización del producto vinculado supone aceptar condiciones más desfavorables que las ofrecidas por otras aseguradoras. Al respecto, sería exigible que la calidad del producto vinculado se ajustase al del producto principal, salvo que la situación

²⁶⁰ Art. 27.4 LCCC sobre los contratos de crédito de duración indefinida.

²⁶¹ Esta misma conclusión fue alcanzada por la Comisión en su Comunicación titulada «*Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 en el sector de la banca minorista (Informe Final)*», que refiere en su apartado sobre la fijación de precios y políticas que «[...] la investigación ha revelado que algunos bancos crean barreras artificiales (por ejemplo, vinculación de productos bancarios¹⁹ o aplicación de comisiones de cancelación elevadas) que hacen subir los costes que implica el cambio para el consumidor, lo que reduce la intensidad de la competencia».

²⁶² BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

²⁶³ Art. 88.1 LGDCU dispone que se considerarán abusivas las cláusulas que supongan «la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica». En el mismo sentido, Vid. VARGAS VASSEROT, C., *La contratación de seguro...*, op. cit., pg. 1361.

comercial manifestase otra circunstancia²⁶⁴. En el supuesto de la vinculación del seguro, podrían considerarse restrictivas a la competencia aquellas cláusulas que aten al consumidor a la vigencia del seguro a través de la amenaza de la resolución tanto de la relación principal como de sus bonificaciones. Esta práctica puede suponer que el producto o servicio accesorio se convierta en un elemento de exclusividad por parte de entidades de crédito que deseen extender su dominio al mercado de seguros²⁶⁵.

La comercialización de productos accesorios a la operación principal puede derivar en riesgos en la falta de transparencia e información del producto vinculado²⁶⁶. Sobre la fase previa a la contratación del seguro, el art. 6.1 LMSRP obliga al personal de la entidad de crédito ofrecer información veraz y suficiente en la promoción, oferta y suscripción de los contratos de seguros. Además, las condiciones generales del seguro en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, destacándose de forma especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, debiendo éstas ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3 LCS). La normativa, por tanto, no aminora, tratándose de un seguro vinculado, las consecuencias del incumplimiento del mediador y de la aseguradora respecto de sus obligaciones en la producción y comercialización del mismo²⁶⁷.

²⁶⁴ Vid. FLINT, P., *Tratado de defensa de la libre competencia: Estudio exegético de D.L. 701*, Lima (Perú), Fondo Editorial 2002, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pg. 677.

²⁶⁵ Vid. AGHION, P. y BOLTON, P., "Contracts as a Barrier to Entry", *The American Economic Review*, Vol. 77, 1987, pgs. 388-401.

²⁶⁶ Como señala la Comunicación de la Comisión titulada *«Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 en el sector de la banca minorista (Informe Final)»*, sobre los efectos de la vinculación en la competencia, señala que «la vinculación puede debilitar la competencia en la banca minorista al elevar los costes de cambio, reducir la transparencia de precios y desalentar la entrada de nuevos operadores (sobre todo, los que tienen una sola línea de producto)».

²⁶⁷ Al respecto, desde la normativa bancaria se presta especial atención a la protección del deudor sobre la contratación de productos accesorios como seguros. De esta manera, encontramos diversos ejemplos de buenas prácticas bancarias en relación a la vinculación de un crédito o préstamo a un seguro. Así, la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, indica en su norma sexta la información precontractual que deberá proporcionar la entidad de crédito, particularmente las condiciones que alterativamente se aplicarían al contrato de crédito si no se contratasen los servicios accesorios en el mismo sentido que el art. 10.3 letra k) LCCC; el reembolso de la prima no consumida (norma décima letra b); deberán incluirse en el cálculo de la tasa anual las primas que garanticen a la entidad de crédito el reembolso del crédito en los casos de fallecimiento, invalidez, o desempleo de la persona física que haya recibido el crédito, cuando la entidad imponga el seguro como condición para conceder el préstamo o crédito (norma decimotercera, punto 7º, letra d). En cualquier caso, el contrato de seguro deberá tener causa lícita en el sentido del art. 1275 CC que dispone que «los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

3. Modalidades de vinculación

La vinculación entre productos financieros y aseguradores ostenta ciertas peculiaridades frente a las típicas prácticas del resto de mercados. La primera fase para identificar qué modalidad o tipo de vinculación se está aplicando es la existencia de productos diferenciados, perteneciendo éstos a mercados separados o localizables. En segundo término, si bien una empresa puede comercializar productos diversos, para que concurra una práctica de vinculación, aquélla debe imponer u obligar al consumidor a adquirir un bien distinto como condición para obtener el principal²⁶⁸, si bien este elemento de coerción frente al consumidor, igualmente, puede graduarse en función del modo en que se oferta la vinculación.

La posibilidad o no de imponer el contrato vinculado y su éxito depende de una serie de factores relevantes: (1) que la empresa ostente poder de mercado del producto principal, por lo que, en sentido contrario, si este poder es insuficiente la venta conjunta se constituiría como una opción voluntaria para el comprador²⁶⁹; (2) debe existir cierto grado de coerción (*forcing*) que obligue al comprador a adquirir la venta conjunta de varios bienes que de otro modo no haría; (3) la iniciativa de la comercialización conjunta de bienes debe partir exclusivamente de la empresa, y no de la demanda de los consumidores, y (4) el producto principal no debe ser ofertado de forma independiente, esto es, que los compradores no deban tener otra opción que adquirir aquél junto con otros productos²⁷⁰.

A continuación vamos a desarrollar las distintas modalidades de vinculación de productos que pueden presentarse en la venta combinada de productos financieros con contratos de seguros, ya sea desde la vinculación explícita (promoción de los productos vinculados); por coerción (v.gr. asesoramiento del personal bancario tendente a la suscripción indiscriminada de productos aseguradores junto con operaciones de activo); por inducción (atracción a la contratación mediante el uso de precios que producen duda o confusión al cliente con respecto al precio de la venta vinculada); y, por último, el *tying* y el *bundling*, términos que serán objeto de desarrollo a lo largo del presente estudio para explicar las ventas vinculadas y combinadas.

²⁶⁸ Vid. HERRERO SÚAREZ, C., *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, Madrid, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2006, pg. 224.

²⁶⁹ *Ibidem.* cit., pg. 226.

²⁷⁰ *Ibidem.* cit., pg. 235.

A) Vinculación explícita

Las empresas pueden vincular sus productos mediante cláusulas contractuales o pactos que determinen la obligatoriedad para el comprador de adquirir un producto secundario o accesorio para obtener el producto principal²⁷¹. Su detección, por tanto, resultaría más natural tanto para los consumidores y operadores del mercado como para las autoridades de competencia. En el ámbito de la comercialización de seguros por entidades de crédito, tanto la concesión del contrato bancario (aunque no exista ninguna obligación legal ni tampoco contractual en la escritura) como el mantenimiento de sus condiciones originales, pueden venir precedidas por la suscripción de un seguro.

En este caso, la práctica se resuelve, a día de hoy, de forma pública. Por ejemplo, en la hipoteca fija ofertada por el *Banco Sabadell*²⁷², el TAE expresado en la información comercial incluye el importe de adquisición de la vivienda (100.000 euros), así como 2.913,03 euros más para financiar el seguro. Las condiciones para la concesión del préstamo hipotecario son la domiciliación de la nómina y la suscripción de un seguro de vida vinculado a prima única financiada con cobertura del 100% del capital para un hombre de treinta años, y un seguro de hogar con vencimiento a treinta años (duración del préstamo). En caso de no domiciliar la nómina y no contratar los seguros vinculados, el tipo de interés sería de un punto superior (en el caso de préstamos personales exigen el pago de la prima de un seguro de protección de pagos, denominado “*Seguro Protección Total*”).

Si bien, en la oferta comercial la entidad de crédito puede ofrecer al cliente la posibilidad de no contratar seguros asociados, en la publicidad de otras entidades de crédito, igualmente representativas del sector, esta opción no suele quedar plasmada en sus ofertas, de lo que se deduce que la vinculación es expresa. En todo caso, la concesión de las operaciones de financiación estará sujeta a los criterios de riesgo de la entidad de crédito (discrecionalidad), por lo que, habitualmente, aunque indiquen la posibilidad de comercializar el bien principal de forma independientemente, en la práctica la supeditación relativa a seguros es masiva.

Esta vinculación contractual también se extiende a otros productos de financiación bancaria, como son los créditos o préstamos personales (usualmente vinculados con seguros de protección de pagos), préstamos para la adquisición de

²⁷¹ *Ibidem. cit.*, pg. 235.

²⁷² Condiciones vigentes según WEB hasta el 15/11/2016.

vehículos, para el pago de matrículas de másteres, e incluso junto con préstamos IRPF. El criterio de la concesión de productos estará sujeto a las condiciones de solvencia del cliente, como del interés y de la capacidad del personal bancario de colocar un producto asegurador aun concurriendo una solvencia suficiente y acreditada del cliente. Existe, por ello, plena libertad de las entidades para condicionar la concesión de un producto financiero, siempre que se cumplan adecuadamente los criterios de asesoramiento previo e información al cliente, y sin que la aportación de una garantía en forma de seguro sustituya a la correspondiente evaluación de la solvencia de aquél²⁷³.

B) Vinculación por coerción

Al margen de la vinculación contractual, los niveles de persuasión que puede alcanzar el personal de la entidad de crédito pueden resultar absolutamente suficientes para lograr que el cliente acepte los términos de la vinculación, o, porque al negarse éste, pondrían serle aplicables condiciones más perjudiciales sobre el producto principal (resolución, aumento de precio...). En la práctica, este elemento de persuasión se traduce en la posibilidad de que la entidad de crédito, con la que el cliente pretendía realizar una operación de gran tamaño como es la adquisición de una vivienda (usualmente con importes superiores a 100.000 euros), pueda inadmitir la concesión del préstamo si éste no acepta las condiciones accesorias impuestas, traduciéndose aquéllas en la aportación de pequeñas cantidades económicas (primas) en proporción al precio del producto principal.

Las entidades de crédito pueden coaccionar a sus clientes con retirar las ventajas económicas obtenidas en el producto principal si éstos cancelan los seguros suscritos con entidades aseguradoras con las que mantienen vínculos comerciales. Uno de los factores a tener en cuenta para determinar la existencia de coerción o fuerza sobre el comprador es el tamaño relativo de las partes, y, particularmente, las consecuencias que sufriría el comprador al no adquirir el producto vinculado. En este sentido, cuanto mayor sea el poder de mercado de la entidad más posibilidades existirán para acreditar un efectivo forzamiento en la voluntad del demandante de productos financieros, que se configura en la relación contractual

²⁷³ Al respecto puede consultarse MAYORGA TOLEDANO, M.C., “Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente”, en FLORES DOÑA, M.S. (Dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016, pgs. 353-378.

como la parte más débil dado que depende, realmente, de la discrecionalidad del vendedor²⁷⁴. Por este motivo, resulta indispensable que la presión ejercitada por el vendedor sea de tal intensidad que la aceptación de la venta conjunta de bienes sea la única alternativa del comprador²⁷⁵.

En el ámbito bancario, la fuerza o persuasión de las entidades de crédito es una nota característica de sus relaciones con los consumidores. La única opción de aquéllos para obtener financiación para la adquisición de una vivienda, o de un préstamo personal importante, no es otra que la de aceptar las condiciones exigidas por la entidad. De este modo, se obliga al cliente, dentro de un proceso de negociación ideado para incentivar la venta cruzada, a aceptar condiciones relativas a productos vinculados muy gravosos y nunca demandados, pudiendo incluso superar el coste de los seguros de vida y hogar a los propios intereses del préstamo hipotecario.

En un escenario de tipos reducidos, no resultaría viable para el consumidor adquirir estos seguros vinculados que reducen el diferencial del préstamo, por lo que en la mayoría de ocasiones, el seguro que es asociado al producto financiero no es demandado por el cliente, sino que es colocado por directa imposición de la entidad de crédito.

Si bien las entidades disfrutan de plena libertad para conceder o no un préstamo o crédito atendiendo a criterios de solvencia individualizados, han de respetar ciertas obligaciones legales. Por ello, deberán entregar al cliente, previamente, la oferta vinculante que establece el art. 23 de la Orden EHA/2899/2011, acompañándola de la *Ficha de Información Personalizada (FIPER)*, donde consten los seguros que el cliente debe contratar como condición para la concesión del préstamo. Dicha oferta vinculante tendrá un plazo mínimo de validez de catorce días desde su fecha de entrega²⁷⁶. En los supuestos de incumplimiento por parte de la entidad financiera de este trámite, el cliente podría reclamar su derecho a seleccionar una entidad aseguradora independiente con la que suscribir los seguros exigidos.

En cualquier caso, el espacio de coerción en el que actúan los empleados reside en la negociación verbal con el cliente, fase decisiva para la comercialización

²⁷⁴ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pgs. 238 y 239.

²⁷⁵ *Ibidem.* cit., pg. 238.

²⁷⁶ Art. 23.5 EHA/2899/2011.

de sus productos junto con otros no demandados inicialmente²⁷⁷. Entre las cláusulas abusivas y desproporcionadas contenidas en los contratos de préstamo²⁷⁸ destaca la cláusula de resolución anticipada por incumplimiento de condiciones contractuales secundarias, declarada abusiva en el FJ. 10º de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 16 de diciembre de 2009 (nº. de recurso 2114/2005), al considerar que la misma únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, resultando la misma desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento²⁷⁹.

C) Vinculación por inducción

Una de las razones del éxito de las vinculaciones ofertadas por entidades de crédito se sostiene gracias al ofrecimiento de condiciones ventajosas o incentivos de naturaleza económica en sus productos financieros (productos menos costosos). Las entidades pueden vincular productos aseguradores sin imponer directamente a sus clientes, vía promoción en campañas publicitarias o negociación verbal, la vinculación pura, induciendo a sus clientes a aceptar la adquisición de un seguro en ningún momento demandado²⁸⁰.

El efecto más importante derivado de esta práctica de ofrecimiento de descuentos es la eliminación o reducción de la competencia en el mercado de seguros, cuyos productos aseguradores, por sí solos, no pueden enfrentarse a estas ventajas económicas ofertadas a través de las redes bancarias. Así, las entidades nunca aceptarían aplicar descuentos por la suscripción de seguros producidos por aseguradoras ajenas, aunque estos seguros puedan aportar una garantía extraordinaria en caso de incumplimiento. La práctica, en concreto, podría llevar a

²⁷⁷ Conforme expone VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 704, «las evidentes relaciones banca-seguros plantean un evidente peligro para el asegurado, muchas veces clientes del banco, que puede ver como en ocasiones esa doble vinculación contractual no le favorece en el ejercicio de sus derechos contractuales. En muchos casos la imposición de un seguro por banco, como ocurre cuando se concede un préstamo hipotecario o un préstamo personal, o incluso como requisito para obtener mejores condiciones de crédito, puede conllevar a la contratación de seguros innecesarios o desproporcionados».

²⁷⁸ En relación a cláusulas abusivas y normativa comunitaria de aplicación, puede consultarse PAGADOR LÓPEZ, J., *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998.

²⁷⁹ Vid. DEL ESTAL SASTRE, R., “Vinculación entre contrato de préstamo hipotecario y seguro de amortización”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº. 5, 2013, pg. 61.

²⁸⁰ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 242.

las entidades de crédito a diferenciar el precio de sus productos exclusivamente en razón de la reducción que la contratación de seguros supondría sobre el diferencial que se añade al índice de referencia. A esta comercialización con descuentos se denomina doctrinalmente «*mixed bundling*», cuyo propósito es ofertar un paquete de productos con un precio más reducido (descuento) que el que se obtendría al adquirir cada producto por separado²⁸¹.

La aplicación de descuentos refleja ante el consumidor un solo paquete con un precio especial o único (paquete combinado), diferenciado de las ofertas del resto de entidades de crédito, sobre productos sobre los que existen mercados separados (seguros, planes de pensiones...). No obstante, de nuevo, aparece la confusión en los clientes, ya que, si bien conocen los efectos del descuento sobre el producto principal, desconocen el precio total de la operación atendiendo al coste de las primas de seguros que deberán abonar hasta el vencimiento del crédito o préstamo (veinte, treinta años...). Esta práctica comercial es denominada «*bundling con precio implícito*», y está basada en una política de precios en la que el precio de un producto se fundamenta en multitud de efectos económicos que están presentes en los productos, sin informar al cliente de un precio explícito o real de la operación en su conjunto (precio total). De esta forma, es posible promocionar descuentos sobre el producto principal distrayendo al cliente sobre el coste real de los productos vinculados que está contratando²⁸².

D) *Bundling* y *Tying* en la comercialización conjunta de productos bancarios y aseguradores

Ante las diferentes categorías de contratos vinculados que existen en la realidad comercial, las ventas conjuntas con un precio único suelen asociarse al término *bundling*, que se define como la venta de productos en paquetes. Las empresas pueden ofrecer sus productos únicamente en forma de paquetes (*pure bundling*), o bien pueden ofertar sus productos dentro un paquete y también vender cada producto de forma individual para su adquisición (*mixed bundling*).

Determinados paquetes incluyen productos que no pueden venderse en el mercado de forma separada, como un par de zapatos o un vehículo formado por

²⁸¹ *Ibidem. cit.*, pg. 243.

²⁸² Vid. BARRUTIA LEGARRETA, J.M. y ETXEARRIA MIGUEL, C., “La paquetización hipotecaria en España: Análisis de una estrategia de marketing”, *Asociación Española de Dirección y Economía de la Empresa (AEDEM)*, 2007.

diferentes partes. En un sentido más global, el *bundling* puede definirse como la venta de dos o más productos/servicios con un precio único. Por tanto, el término puede comprender tantos paquetes formados por productos que no pueden ser separados, como paquetes de productos que pueden adquirirse en el mercado de forma separada. Esta distinción entre la naturaleza de los paquetes adquiere relevancia al considerar si la práctica podría conllevar efectos lesivos en la competencia, dado que, si no es posible adquirir tales productos por separado, la empresa podría estar atando al comprador a adquirir, no voluntariamente o por iniciativa propia, el paquete de productos. Si bien también podría manifestarse lo mismo aun cuando el seguro pudiera adquirirse de forma separada, atendiendo al descuento aplicado o a la falta de elección de aseguradora para obtener un mejor precio del producto principal.

La venta por paquetes supone para las empresas y para los consumidores un importante ahorro en los costes de producción, de transacción, así como de información. Además, la venta del paquete puede resultar rentable aun cuando estas motivaciones no se suceden. Este es el caso de la promoción de descuentos en productos con el fin de atraer al cliente al punto de venta (oficina bancaria), y, en ese momento, fomentar la venta de productos no promocionados²⁸³.

Existen, en atención a la naturaleza de la venta combinada, dos dimensiones a tener en cuenta. En primer lugar, el *bundling* puede tener como objetivo el precio (venta de dos o más productos separados en un paquete con descuento) o el producto (venta de dos o más productos integrados, sin que conste el precio); y también puede presentarse a partir de tres formas: (1) *bundling* puro; (2) *bundling* mixto; y (3) *unbundling*, consistente en la estrategia comercial de vender los productos exclusivamente por separado, y no como partes integrantes de un paquete, a nuestro juicio, práctica muy similar al citado *bundling* puro.

En el contexto de la comercialización de productos financieros, el *bundling* puede tener, también, un doble sentido: (1) *bundling* relacional (v.gr. vinculación de préstamos hipotecarios con la domiciliación de nómina), que obliga al cliente a mantener una relación de larga duración con la entidad de crédito, que se une a la gestión de los ingresos y gastos del cliente, esto es, a los apuntes bancarios; y (2) *bundling* transaccional, que tiene como función la de comercializar un producto integrado ya sea basado, por un lado, en el precio (v.gr. depósito de plazo fijo

²⁸³ *Ibidem*, cit., pg. 1.

vinculado a un fondo garantizado, o un préstamo personal vinculado a la suscripción de un seguro de vida), o por otro, en el producto (v.gr. *linked unit*)²⁸⁴.

La venta por paquetes realizada con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario se realiza, por la mayoría de entidades de crédito, dentro del denominado *bundling* puro de precio (venta de dos o más productos separados en un paquete con descuento), ya que supeditan su aceptación a la suscripción de uno o varios seguros en un paquete de precio único. El préstamo o crédito hipotecario no se comercializa de forma separada, y los seguros exigidos no han sido demandados, generalmente, por los clientes. En sentido contrario, la existencia de *bundling* mixto supondría que la entidad de crédito ofertaría también sus préstamos hipotecarios de forma separada, pudiendo adquirirse sin vinculaciones, aunque la coacción podría existir gracias a la naturaleza del descuento, o de la negociación con el personal de la entidad.

No resulta sencillo diferenciar en la práctica (contratos anudados en los que exige la suscripción del producto vinculado para la concesión del principal, aplicando sobre el primero un descuento en función del número de seguros suscritos) la existencia de *bundling* puro (imposibilidad del consumidor de poder adquirir cada uno de los productos de forma separada) y *tying*²⁸⁵.

Un enfoque para diferenciar entre *bundling* puro y *tying* podría consistir al constatar si la vinculación con los clientes se realiza en proporciones variables, dependiendo de consumidor a consumidor (*bundling*), o se exija la vinculación producto con producto independientemente de cualquier factor o circunstancia a tener en cuenta (*tying*)²⁸⁶. En este punto, se enfrentan dos posturas: (1) que la

²⁸⁴ *Ibidem. cit.*, pg. 3.

²⁸⁵ Vid. ODRIOZOLA ALÉN, M. y BARRANTES DÍAZ, B., “La vinculación de productos. Referencia al asunto Microsoft”, en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ JUAN, A., (Dirs.), *El abuso de posición de dominio*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, pg. 368.

²⁸⁶ De acuerdo a GUPTA, A., “Concept of tying and bundling and its effect on competition: A critical study of it in various jurisdictions”, *Competition Commission of India*, 2012, pgs. 9 y 10, la diferencia entre *bundling* y *tying* es que el agrupamiento se realiza sin forzar al cliente. En el *bundling* hay dos o más productos y existen incentivos (descuentos) para adquirir todo el conjunto. La diferencia, a su vez, entre *tying* y *bundling* puro estriba en que el producto vinculado se puede adquirir de forma independiente, pero en el *bundling* puro no es así, sino que hay que comprar el conjunto de productos para adquirir el vinculado. La otra diferencia, indica el autor, entre el *bundling* mixto y el *tying* consiste es que es posible adquirir los bienes cada uno por separado, mientras que por medio del *tying* se obliga a adquirir el producto vinculado para obtener el producto vinculante. No obstante, indicar que *tying* es un concepto jurídico y *bundling* un término eminentemente económico, si bien, agrupación y vinculación, son sancionados del mismo modo por la norma de competencia europea, aunque constituyan dos formas de abusos diferenciados.

entidad de crédito vincule a los clientes que deseen financiación para la adquisición de una vivienda un seguro de hogar que garantice el bien que actúa como garantía de la operación en caso de destrucción, todo ello de forma automática sin considerar la situación de solvencia del consumidor²⁸⁷; y (2) que las entidades de crédito puedan variar sus políticas de vinculación, agrupando el producto financiero junto con un producto asegurador, en aquellos supuestos en los que el comprador no disponga de suficiente solvencia para concederle el préstamo sin vinculaciones.

A pesar de estas consideraciones teóricas entre una y otra figura, las entidades de crédito podrían estar operando a través de ambas para lograr sus objetivos de venta. La suscripción de un seguro no es un producto atado a la operación crediticia con carácter sempiterno: los clientes podrían resolver el seguro de vida *ex art. 83 a) LCS*, o incluso dejar de abonar la prima, sin que constituya causa legal para que el contrato de préstamo pudiera resolverse anticipadamente. La vinculación directa es, por tanto, temporal, en la medida en que el cliente desea mantener vigente el seguro en las condiciones exigidas por la entidad de crédito para obtener una reducción del diferencial aplicable.

Ante estos supuestos, podríamos considerar que se ha producido una práctica de vinculación (en este caso, *bundling* puro) en la fase de celebración de la operación con la entidad de crédito al condicionar la venta del producto principal a la suscripción de otros productos, y que excluye cualquier justificación de solvencia, al requerirse vía promoción publicitaria o negociación verbal a la contratación directa de dichos seguros. Posteriormente, una vez suscritos los productos aseguradores exigidos por la entidad, y no existiendo para el cliente causa legal para mantenerlos vigentes, la venta pasaría a englobar, a nuestro juicio, una agrupación de productos (*bundling* mixto de precio), por el que, sin integración real de ambos productos, se aplicaría un descuento en el precio en forma de condiciones más ventajosas relativas al abono de las correspondientes cuotas.

²⁸⁷ En consonancia con VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 724, «cabe señalar que la mayoría de los seguros de personas que los bancos ofrecen a sus clientes son seguros colectivos o de grupo. A la posibilidad de contratar seguros de este tipo hace referencia el art. 81 LCS, que establece que el contrato puede celebrarse con referencia a riesgos relativos a un grupo de personas siempre que este grupo esté delimitado por alguna características común extraña al propósito de asegurarse, por ejemplo, ser titular de una tarjeta de crédito, tener concedido un crédito por la entidad o haber domiciliado una nómina, etc.».

III. Marco normativo aplicable a la vinculación de seguros

1. Consideraciones iniciales

Al estudiar el marco normativo aplicable a las ventas vinculadas y combinadas en el ámbito nacional y comunitario de la banca-seguros, destaca la inacción del legislador español a la hora de definir límites y prohibiciones a la distribución de productos que se comercializan conjuntamente²⁸⁸. De esta forma, el crecimiento del canal banca-seguros ha sido una constante en etapas de aumento de operaciones de crédito (préstamos hipotecarios, emisión de tarjetas de crédito, préstamos personales o créditos al consumo...), cuya legislación precisamente permitía y sigue permitiendo, no sólo la subordinación de productos, sino la constitución generalizada de situaciones de abuso²⁸⁹. Estas circunstancias perjudiciales son ampliamente conocidas por las entidades de crédito, que arrastran al cliente a suscribir el seguro producido por una filial del grupo bancario o mediante una aseguradora con la que le une una relación comercial aunque el seguro exigido se convirtiese en un elemento absolutamente innecesario y costoso para el prestatario, en contra de las lógicas disposiciones contenidas en la LCS²⁹⁰.

²⁸⁸ La vinculación de seguros con productos financieros no es una práctica obligatoria, en términos legales, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico. La única referencia a la obligatoriedad legal a la vinculación comercial se deriva de la suscripción de un seguro de daños para los bienes hipotecados cuando la entidad de crédito desee emitir títulos hipotecarios de conformidad con la normativa del mercado hipotecario que examinaremos a continuación. No obstante, esta imposición a las entidades de crédito no puede traducirse en su contrapartida imposición al consumidor, por lo que dicha obligación de este último será exclusivamente contractual y no legal (Vid. Criterio de la DGSFP titulado «*Seguros de daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios*»).

²⁸⁹ Con la práctica de supeditar a la concesión de un producto u operación financiera resulta usual que ambos contratos contengan cláusulas que justifiquen la rentabilidad de la venta por las entidades de crédito. Estas cláusulas con un supuesto carácter abusivo dependen de la naturaleza de la operación financiera, así como del contrato de seguro que se pretenda vincular. No obstante, en la práctica comercial suele advertirse la repetición de determinadas conductas que atienden fundamentalmente al mantenimiento de la vigencia del seguro a costa de la resolución del producto financiero o la pérdida de ventajas o bonificaciones.

²⁹⁰ En este sentido, existe una fuerte tensión entre las especificidades técnicas del contrato de seguro, que requieren de un pleno conocimiento y comprensión por parte del tomador-asegurado, y de las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios celebrados en masa (Vid. VARGAS VASSEROT, C., *La contratación de seguro...*, op. cit., pg. 1343). La legalidad de la práctica, por tanto, se extiende desde los acuerdos de banca-seguros hasta las estipulaciones contenidas en los contratos, así como a su posterior ejecución y resolución, especialmente respecto al abono de la indemnización. En el caso de la actividad parabancaria en la que se incluye la distribución de seguros, el riesgo de desprotección del consumidor resulta muy significativo. Si bien, como señalamos anteriormente, la supeditación no es una práctica contraria a la normativa, ésta se ha desarrollado atendiendo al cumplimiento de una serie de requisitos y principios, entre los que

Si bien no existe ninguna disposición que prohíba en nuestro país las ventas vinculadas con seguros ya sea para créditos hipotecarios (a día de hoy no se ha transpuesto en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2014/17/UE) o cualquier otra operación financiera (préstamos personales, créditos al consumo, tarjetas de crédito...), tampoco nuestra LMSRP impide que las entidades de crédito, constituidas como OBS por sí mismas o mediante sociedades mercantiles controladas o participadas por aquéllas, puedan distribuir los seguros producidos por sus filiales a través del canal bancario, sin más límites que los establecidos en el art. 25 LMSRP²⁹¹. En virtud de este sistema de distribución sin limitaciones legales, y concurriendo una fuerte demanda por los consumidores de productos financieros, las entidades de crédito han implementado diferentes estrategias en sus procesos de negociación que han potenciado la distribución de seguros relacionados con la actividad bancaria, atendiendo, preferentemente, al coste del producto vinculado, que resulta muy inferior al importe de productos financieros como los créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda.

En este sentido, resultaría conveniente examinar la actual regulación comunitaria y española acerca de la vinculación de productos (especialmente de seguros) en el ámbito banco-asegurador, con el propósito de delimitar jurídicamente una parte esencial de nuestro objeto de estudio, considerándolo previamente al análisis de la cuestión bajo el prisma de la aplicación del Derecho de la Competencia.

destaca el derecho de información y elección del consumidor y el equilibrio de posiciones entre las partes.

²⁹¹ Ahora bien, si bien resulta fraudulenta la vinculación con motivo de la imposición legal del consumidor a suscribir el seguro, la supeditación a la contratación no resulta una práctica contraria al ordenamiento jurídico por sí misma. Por medio de distintas normas el legislador avala la supeditación contractual atendiendo a la necesidad de proporcionar al consumidor información suficiente sobre la contratación (necesidad de vinculación de una póliza de seguro, designación por el consumidor de entidad aseguradora, condiciones contractuales más equilibradas...).

2. Las ventas cruzadas desde el ámbito de la distribución de seguros

La Directiva 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre distribución de seguros²⁹² (DDS), tiene como finalidad introducir una serie de modificaciones a la Directiva 2002/92/CE del Parlamento y del Consejo de 9 de diciembre de 2002 sobre la mediación de seguros (IMD I)²⁹³. Estas mejoras respecto a la disposición derogada están basadas, por un lado, en dotar de una mayor regulación y armonización a la distribución de seguros con el objeto de facilitar el ejercicio de la distribución de seguros, y, por otro, en ampliar la protección de los consumidores a todas las ventas de productos de seguro, independientemente del canal de distribución elegido²⁹⁴.

En cuanto a las prácticas vinculadas, la DDS en su art. 24 regula las llamadas «*ventas cruzadas*» de las que forma parte un producto asegurador²⁹⁵. Así, se establece que, cuando un seguro se ofrezca conjuntamente con servicios o productos auxiliares distintos a los productos de seguro y que formen parte de un mismo paquete o acuerdo, el distribuidor de seguros deberá informar al cliente si

²⁹² DOUE núm. 26, de 2 de febrero de 2016. A fecha del estudio (08/11/2017), la DDS no ha sido transpuesta a nuestro Derecho Interno. Disponemos del Borrador del Anteproyecto de Ley de distribución y reaseguros privados, la nueva norma de mediación. No obstante, conforme al art. 24.3 DDS (art. 58.2 del Anteproyecto), la obligación de que el distribuidor de seguros ofrezca al cliente la posibilidad de adquirir el bien o servicio por separado no se aplicará «cuando el producto de seguro sea complementario de un servicio o actividad de inversión en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2014/65/UE, un contrato de crédito en el sentido del artículo 4, punto 3, de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, o una cuenta de pago en el sentido del artículo 2, punto 3, de la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo».

²⁹³ DOUE núm. 331, de 7 de diciembre de 2002.

²⁹⁴ La mayor novedad con respecto a la IMD I es que las entidades aseguradoras se reconocen como distribuidoras de seguros (la IMD I únicamente regulaba los intermediarios de seguros) y, por ello, quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria en condiciones muy similares al de los agentes y corredores de seguros. Al respecto, el art. 2.1 DDS define la distribución de seguros como: «toda actividad de asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro, de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro, incluida la aportación de información relativa a uno o varios contratos de seguro de acuerdo con los criterios elegidos por los clientes a través de un sitio web o de otros medios, y la elaboración de una clasificación de productos de seguro, incluidos precios y comparaciones de productos, o un descuento sobre el precio de un contrato de seguro, cuando el cliente pueda celebrar un contrato de seguro directa o indirectamente utilizando un sitio web u otros medios»; y al distribuidor de seguros como «todo intermediario de seguros, intermediario de seguros complementarios o empresa de seguros».

²⁹⁵ Igualmente puede consultarse DÍAZ LLAVONA, C., «La venta cruzada de productos financieros a la luz de la última normativa europea y comparada en la materia», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año n.º. 36, n.º. 145, 2017, pgs. 307-340.

los distintos componentes (seguro/producto auxiliar) pueden adquirirse separadamente, y de ser así, ofrecerá una descripción adecuada tanto de los componentes del paquete como de los costes y gastos de cada producto. No obstante, el apartado 3 del art. 24 DDS establece que no se obligará a los distribuidores de seguros (intermediarios de seguros, intermediarios de seguros complementarios y entidades aseguradoras) a ofrecer al cliente la posibilidad de adquirir el bien o servicio por separado cuando el seguro complementa un servicio o una actividad de inversión en el sentido del art. 4.1, punto 2, de la Directiva 2014/65/UE, un contrato de crédito inmobiliario en el sentido de la Directiva 2014/17/UE, o una cuenta de pago en el sentido de la Directiva 2014/92/UE. En este sentido, será de aplicación, para el caso de que el producto principal sea un préstamo hipotecario, el régimen legal de ventas cruzadas establecido en la Directiva 2014/17/UE, de modo que las entidades de crédito (OBS) deberán atender a dichos criterios una vez se transponga la norma comunitaria a nuestro Derecho interno.

Fijando el ámbito de aplicación de la DDS sobre los distribuidores de seguros, no se establece una prohibición general de la venta cruzada, ya sea con productos no aseguradores así como con servicios complementarios como es el caso de las pólizas multirriesgo. El art. 24.1 permite la vinculación de un seguro con otro servicio o productos auxiliar distinto de los seguros siempre que el distribuidor de seguros informe al cliente de la posibilidad o no de adquirir ambos productos separadamente. De la misma manera, el art. 24.3 obliga a los distribuidores de seguros, cuando el seguro sea auxiliar a un bien o servicio que no sea de seguros, a ofrecer al cliente la posibilidad de adquirir el bien o servicio por separado²⁹⁶.

Sin embargo, en la práctica, esta obligación que establece el art. 24.3 DDS en relación al ofrecimiento del producto principal presenta importantes dudas. En los supuestos en que el intermediario o la entidad aseguradora no sea titular, junto con el producto de seguro, del bien o servicio principal, dicha posibilidad resultaría imposible dado que sería el titular del producto principal (entidad de crédito), es el responsable de ofrecer su bien por separado, y no así el distribuidor de seguros, que es la que media precisamente el producto secundario. En tales casos, hubiera sido más coherente, bajo nuestro punto de vista, que, si lo que se quisiera fuere plasmar con carácter directo la prohibición de las ventas vinculadas, habría que obligar a los distribuidores de seguros a no ofrecer el seguro si el producto principal no pudiese

²⁹⁶ La Directiva establece su transposición al Derecho nacional, a más tardar, para el 23 de febrero de 2018 (art. 42.1).

adquirirse por separado. En este sentido, la obligación contenida en la Directiva se traslada al ámbito del asesoramiento e información al cliente pero no la decisión, puesto que quien determina las condiciones de vinculación sobre un producto auxiliar y complementario, y, fundamentalmente, su oportuna concesión si se cumplen dichos requisitos, es el proveedor del bien o servicio principal (entidad de crédito).

3. Límites en la legislación comunitaria a las ventas cruzadas de seguros con créditos hipotecarios

Una de las finalidades pretendidas por la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 (DCCC)²⁹⁷ ha sido la de desarrollar un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo, con un mayor grado de protección de los consumidores (personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o a su profesión), mediante unos contratos de crédito para bienes inmuebles coherentes con el mercado.

La citada Directiva es aplicable: (1) a los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada por un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial; y (2) los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir (art. 1.1 letras a y b).

En cuanto a las prácticas de vinculación, entre las que destaca la vinculación de préstamos hipotecarios a la suscripción de contratos de seguros, el art. 12.1 (relativo a las prácticas vinculadas y combinadas) prohíbe expresamente las prácticas de ventas vinculadas (producto vinculante/producto vinculado), dejando abierta la vía para que los Estados miembros puedan autorizar las prácticas de ventas combinadas (productos del paquete que pueden adquirirse de forma separada).

En relación a la vinculación de seguros, el legislador comunitario establece en su apartado 3 una exención por eficiencias a favor del prestamista respecto a la

²⁹⁷ DOUE núm. 60, de 28 de febrero de 2014.

prohibición de las ventas vinculadas. De esta forma, los Estados miembros podrán igualmente permitir dichas prácticas (producto principal supeditado a la contratación de otros productos) cuando el prestamista pueda demostrar a su autoridad competente que los productos vinculados o las categorías de productos ofrecidos, en condiciones similares entre sí, y que no se oferten por separado, puedan acarrear un claro beneficio a los consumidores, teniendo en cuenta tanto la disponibilidad como los precios de los productos que son objeto de vinculación ofrecidos en el mercado.

Sin embargo, la prohibición general a las ventas vinculadas es inaplicable en los casos en el que prestamista pretenda supeditar un préstamo hipotecario a la suscripción, por ejemplo, de un seguro de hogar o de amortización. Así, el art. 12.4 dispone que los Estados miembros podrán permitir que los prestamistas exijan al consumidor suscribir una póliza de seguro pertinente en relación con el contrato de crédito, debiendo velar, igualmente, para que el prestamista acepte la póliza de seguro de un proveedor distinto cuando aquélla posea un nivel de garantía equivalente al nivel que haya propuesto el prestamista²⁹⁸.

La DCCC pretende prohibir, de modo general, las prácticas de vinculación directa, a menos que el producto o servicio financiero vinculado con el crédito no

²⁹⁸ La Autoridad Europea de Valores y Mercados (en inglés, «*European Security and Markets Authority*», ESMA) publicó el 11 de julio de 2016 (ESMA/2016/574), sus Directivas sobre prácticas de venta cruzada («*Guidelines on cross-selling practices*»), por las que se intenta aclarar a las autoridades competentes las normas de conductas y los mecanismos organizativos deseados de aquellas empresas que lleven a cabo prácticas de venta cruzada (las autoridades competentes deberán atenerse a ellas incorporándolas a sus prácticas de supervisión). Así, las citadas Directivas se aplican a la oferta de un servicio de inversión junto con otro servicio o producto que forme parte de un paquete, o como condición para el mismo acuerdo o paquete, y definen por un lado el paquete combinado («un paquete de productos y/o servicios en el que cada uno de los productos o servicios ofrecidos se encuentra disponible por separado, y en el que el cliente mantiene la opción de adquirir cada componente del paquete por separado a la empresa») y el paquete vinculado («un paquete de productos y/o servicios en el que al menos uno de los productos o servicios ofrecidos en el paquete no se encuentra disponible por separado en la empresa para el cliente»). En cuanto al contenido de las diez directrices, éstas se ciñen en: (1) la revelación completa de la información de precios y costes del paquete y cada uno de sus productos componentes; (2) la presentación destacada y comunicación a tiempo de la información sobre precios y costes para permitir al cliente adoptar una decisión informada; (3) la difusión completa de la información fundamental sobre características y riesgos no relacionados con el precio, cuando sean relevantes; (4) la presentación destacada y comunicación a tiempo de la información fundamental sobre características y riesgos no relacionados con el precio, cuando sea relevante; (5) la presentación destacada y comunicación del “carácter opcional de la compra”; (6) la formación adecuada para el personal relevante; (7) los conflictos de intereses en las estructuras de remuneración del personal de las ventas; y (8) los derechos de cancelación post-venta. La elaboración de dichas Directrices cumplen con lo dispuesto en el apartado 11 del art. 24 de 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.

pueda desvincularse con éste (v.gr. la constitución de una cuenta bancaria que se utilice para reembolsar el crédito). En materia de vinculación de seguros, la DCCC permite que los prestamistas requieran al consumidor, de manera generalizada, la suscripción de una póliza de seguro de cualquier tipo para garantizar el reembolso del crédito o asegurar el valor de la garantía (consid. 25º). Esta ventaja comercial se compensa otorgando al consumidor la posibilidad de que pueda seleccionar su propio proveedor de seguros a condición de que las condiciones de cobertura se ajusten a las propuestas por la entidad de crédito. Para normalizar estos nuevos derechos del prestatario, cada Estado miembro podrá desarrollar recomendaciones acerca de la cobertura que deberá plasmarse en dichos contratos de seguros con el fin de que el consumidor pueda comparar fácilmente entre diversas ofertas de la competencia.

En nuestro ordenamiento jurídico, en la Disposición Adicional Vigésima de la LOSSEC titulada: «*Propuestas en materia de protección al cliente*», en aras de mejorar la regulación de protección del cliente deudor hipotecario, se establece un plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma para que el Gobierno remita a las Cortes Generales un proyecto de ley para la transposición de la DCCC. A fecha de este estudio, el Ministerio de Economía y Competitividad presentó para dar curso al trámite de audiencia pública, ya finalizado, el Anteproyecto de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario²⁹⁹. El contenido del texto, que sitúa al Banco de España como la autoridad competente para autorizar las prácticas vinculadas cuando el prestamista pueda demostrar que la vinculación resultaría satisfactoria para los intereses de los consumidores, posibilita que, de modo generalizado, los prestamistas puedan requerir la suscripción de una póliza de seguro para garantizar el cumplimiento de las obligaciones nacidas del préstamo (art. 7.4). En el mismo sentido recogido en la DCCC, la autoridad competente, el Banco de España, podrá establecer mediante Circular los criterios para desarrollar una aplicación común de las prácticas relativas a las ventas vinculadas permitidas que forman parte de la prohibición general (art. 7.1 b).

En el caso de vinculación de seguros (art. 7.4), esta práctica supone una excepción de las ventas vinculadas prohibidas en el art. 7.1, que dispone: «Quedan prohibidas las prácticas de venta vinculada de préstamos, con las excepciones previstas en este artículo». A su vez, el Anteproyecto transpone el párrafo del art.

²⁹⁹ Como puede observarse en relación a la nota a pie de página anterior, el Anteproyecto se encuentra a un nivel de protección de los consumidores significativamente inferior al texto publicado por la ESMA.

12.4 de la DCCC, que dice: «4. Los Estados miembros podrán permitir que exijan al consumidor suscribir una póliza de seguros pertinente en relación con el contrato de crédito [...]», con la aceptación de la permisión ya plasmada en su texto: «Los prestamistas o intermediarios de crédito podrán requerir al prestatario la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo. En este caso el prestamista deberá aceptar pólizas, de forma no discriminatoria, de todos aquellos proveedores que ofrezcan un nivel de garantías equivalente al propuesto por aquélla».

Las nuevas disposiciones relativas a la vinculación de seguros contenidas en la DCCC traen causa principalmente, tal y como refiere la misma en su considerando 1º, en dos textos de la Comisión Europea. En primer lugar, el *Libro Blanco sobre integración de los mercados de crédito hipotecario en la UE*³⁰⁰, que justifica la adopción de estas medidas de prohibición como un instrumento que facilitaría la movilidad del cliente y la propensión del consumidor a cambiar de un prestamista hipotecario a otro, lo que influiría positivamente en la competencia. Estas prácticas de vinculación, indica el texto, no sólo afectan de modo decisivo a la movilidad del cliente, sino que reducen también la competencia tanto en precios como en productos en los mercados de los productos vinculados y vinculantes, bloqueando el acceso al mercado de nuevos operadores que se especializan en el producto vinculado. En este sentido, el *Libro verde sobre los servicios financieros al por menor*³⁰¹, que tiene como objetivo describir los obstáculos que impiden que los consumidores y las empresas puedan hacer uso del mercado único (pg. 3), señala que los productos vinculados y el empaquetamiento también pueden ser una barrera a la elección del consumidor, por lo que los clientes deben ser informados de la posibilidad de adquirir cada producto del paquete de forma independiente, así como una información clara de los costes y gastos (pg. 11).

En segundo lugar, el texto de referencia que ha alarmado a la Comisión Europea para adoptar medidas de prohibición de las ventas vinculadas ha sido el extenso estudio titulado: «*Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial services sector*», publicado en noviembre de 2009. El documento, elaborado por el *Centre for European Policy Studies* (CEPS) y por Van

³⁰⁰ *Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE*. COM/2007/807 final.

³⁰¹ *Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor. Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas*. COM (2015) 630 final, de 10 de diciembre de 2015.

Dijk Management Consultants, a petición de la Comisión, tiene como objetivos: (1) definir y examinar las prácticas de vinculación existentes en el sector de los servicios financieros minoristas (*retail financial services sector*), esto es, las ventas cruzadas, y en particular, *tying* (vinculación de productos en un paquete y al menos uno de esos productos no puede adquirirse separadamente), *pure bundling* (productos que se venden juntos en un paquete sin que puedan adquirirse separadamente ninguno de aquéllos, ofreciéndose los componentes en proporciones fijas), *mixed bundling* (cuando dos o más productos puedan adquirirse juntos en un paquete, pudiéndose adquirir los mismos separadamente en el mercado), y *multi-product rebates* (el paquete de productos se ofrece aplicándole un descuento); y (2) interpretar los datos aportados por encuestas sobre las consultas efectuadas, así como las denuncias de los consumidores.

No obstante, parece significativo que el texto de la DCCC refiera en su art. 12 la suscripción de una única póliza de seguro que, a requerimiento del prestamista, deba contratarse en cumplimiento de las obligaciones del préstamo. Esta póliza de seguro podría tratarse, por ejemplo, de un seguro de hogar o de un seguro de vida, sin que se especifique cuál debe ser el ramo más conveniente para garantizar la operación hipotecaria y los límites o características principales que deben pactarse en dichas pólizas, dejando, por ello, su elección en manos de la entidad de crédito. Esta situación pone de manifiesto ciertas incoherencias con los objetivos de destrucción de barreras de entrada que han existido en el mercado asegurador en relación a esta cuestión. Por un lado, se prohíben con carácter absoluto las ventas vinculadas en el ámbito hipotecario, pero, por otro, se deja constancia en la Directiva del derecho que ya disfrutaban las entidades de crédito de exigir garantías adicionales con sus operaciones principales, sin moderar la necesidad de justificar dicho aseguramiento a algún tipo de criterio económico o de solvencia del prestatario³⁰².

Por último, la Directiva no menciona nada en relación a la pérdida de descuentos o ventajas económicas si el prestatario no acepta la póliza de seguros designada por la entidad de crédito. En el Anteproyecto a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, que incorpora la norma comunitaria a nuestro ordenamiento jurídico, dispone en su art. 8.4, sorpresivamente, lo siguiente: «En ningún caso la aceptación por el prestamista de una póliza alternativa distinta de la propuesta por su parte podrá suponer empeoramiento en las condiciones de cualquier naturaleza

³⁰² Recordemos que el art. 88.1 LGDCU considera abusivas las cláusulas que impongan garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

del préstamo. A estos efectos, el prestamista deberá entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías del seguro que exige junto a la oferta vinculante». A nuestro juicio, la entidad de crédito no tendría obligación alguna de mantener los descuentos ofertados previamente si el prestatario no aceptara su póliza (que puede ser legalmente requerida de acuerdo al texto), y todo ello por cuanto lo que estaría prohibido sería que la entidad empeorase las condiciones iniciales del préstamo, y no así las sujetas a bonificaciones. En este sentido, de acuerdo a la literalidad del artículo, las entidades de crédito tendrían que ofertar el crédito o préstamo hipotecario con el mismo precio ya se suscriba la póliza propuesta o la aportada por el prestatario procedente de otra aseguradora, pero podrían reducirlo (conducta no prohibida) si el cliente aceptara una serie de vinculaciones. En cualquier caso, puede observarse la falta de concreción de la prohibición y los posibles perjuicios que podrían derivarse contra los derechos de los consumidores³⁰³.

A nuestro juicio, entendiendo la dificultad del problema, la solución no sería obligar a las entidades de crédito a aceptar pólizas de seguros producidas por aseguradoras ajenas, sino establecer criterios económicos estandarizados y previamente estipulados (nos referimos a los criterios de evaluación de solvencia) que determinen la necesidad de la suscripción del seguro junto con la operación financiera (la DCCC ampara esta posibilidad expresamente), ya que, de lo contrario, como ocurre con la Directiva y el Anteproyecto, lo que sucede es justamente lo contrario, se incentiva es la suscripción masiva de pólizas

³⁰³ En relación a los productos de inversión, el apartado 11 del art. 24 de 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 (MiFID II)³⁰³, a día de hoy no transpuesta en nuestro ordenamiento jurídico, dispone que cuando se ofrezca un servicio de inversión junto con otro servicio o producto como parte de un paquete o como condición del mismo, la empresa de servicios de inversión comunicará al cliente si se pueden comprar por separado los distintos componentes y facilitará aparte justificantes de los costes y cargas de cada componente. Si es probable que los riesgos asociados a dicho acuerdo o paquete ofrecido a un cliente minorista sean diferentes de los riesgos asociados a los componentes considerados por separado, la empresa de servicios de inversión facilitará una descripción adecuada de los diferentes componentes del acuerdo o paquete y del modo en que la interacción entre ellos modifica los riesgos. Conforme señala CHRISTOFILOU, A., “Cross selling practices in insurance products and the IMD2 Proposal”, *Journal of Insurance Law*, nº. 4/2014, 2014, pgs. 68 y 69, de acuerdo a la Directiva, cuando el seguro es parte de un producto empaquetado, el intermediario o empresa de seguros debe hacer constar que cada producto esté disponible por separado y proporcionar al cliente un precio también separado. A petición del cliente, se deberá describir de qué forma el riesgo puede variar si se adquiere el producto separado o como parte de un paquete. En conclusión, advierte el autor, que la agrupación puede resultar beneficiosa para el consumidor, siempre que las prácticas de venta sean conformes con la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales.

innecesarias y comercializadas abusivamente³⁰⁴. Además, parece evidente concluir que si la entidad de crédito obliga a la suscripción de un seguro y propone la mediación del suyo, los clientes no aportarían otra póliza si, estando igualmente obligados, pudieran perder bonificaciones en sus productos financieros. En términos del art. 101.1 TFUE (art. 1.1 LDC), las entidades de crédito podrían ponerse de acuerdo en elevar los intereses del crédito o préstamo hipotecario, con el fin de forzar a los prestatarios a suscribir sus seguros, de manera que seguirían sin vincularse pólizas producidas por aseguradoras separadas.

4. Las ventas cruzadas e información contractual en los contratos de crédito

Mediante la publicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo³⁰⁵ (DCC), se pretendió una armonización total de las legislaciones de los Estados miembros con el fin de garantizar que todos los consumidores de la Unión Europea pudieran beneficiarse de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses, todo ello con el objetivo de constituir un verdadero mercado interior (consid. 9º)³⁰⁶.

³⁰⁴ No obstante, como indica CUENA CASAS, M., “Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 3, 2017, disponible en WEB (22/10/2017): <http://www.indret.com/pdf/1323.pdf>, «[...] De todas las ventajas que presenta el hecho de que los prestamistas compartan información positiva, destaca su papel para prevenir el sobreendeudamiento activo en cuanto coadyuva al cumplimiento de la obligación legal de evaluar la solvencia por parte de las entidades financieras. Imponer tal obligación y no dotar a los prestamistas de información necesaria para cumplirla de manera eficiente es incoherente. Tal información debe, a mi juicio, incluir datos positivos, porque un deudor sin datos negativos, que no haya incumplido, no necesariamente es solvente, dado que puede tener muchos pasivos asumidos. Solo si se les concede a los prestamistas acceso a información financiera completa y fiable de los solicitantes de crédito, con obligación legal de consulta de bases de datos de solvencia, podrá ésta evaluarse y anudarse consecuencias jurídicas para el prestamista que incumpla los deberes legales de préstamo responsable. En suma, a mi juicio, no se puede construir un régimen adecuado del préstamo responsable, cuyos efectos se trasladen al contrato celebrado con el prestatario, si con carácter previo no se ordena un sistema de información crediticia en el que los prestamistas compartan información positiva».

³⁰⁵ DOUE núm. 133, de 22 de mayo de 2008. Transpuesta mediante la vigente Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC).

³⁰⁶ La norma, que contiene 32 artículos, regula bajo sus ocho capítulos las siguientes cuestiones: (1) la información y prácticas previas a la celebración del contrato de crédito; (2) el acceso de las bases de datos utilizadas por los prestamistas para la evaluación de la solvencia de los consumidores; (3) la información y derechos en relación con los contratos de crédito; (4) el cálculo de la tasa anual equivalente; (5) la regulación de los prestamistas y determinadas obligaciones de los intermediarios

La DCC se aplicará, precisa su art. 2.1, a los contratos de crédito al consumo, esto es, por los que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago, exceptuando los contratos para la prestación continuada de servicios o para el suministro de bienes de un mismo tipo en el marco de los cuales el consumidor paga por tales bienes o servicios de manera escalonada mientras dure la prestación [art. 3 c)].

En relación a la vinculación de seguros, la DCC no prohíbe que un prestamista pueda considerar necesario para conceder el crédito la suscripción, a costa del consumidor, uno o varios contratos de seguros, y si éstos pueden proveerse a través de su entidad aseguradora, seleccionada previamente (no se establecen limitaciones ni prohibiciones a la hora de que la entidad de crédito pretenda supeditar sus créditos al consumo con sus seguros, esto es, se permiten las ventas vinculadas). Se establece, potenciando la fase de información precontractual, la obligación del prestamista o intermediario de crédito de informar al consumidor en la publicidad emitida sobre la necesidad de suscribir un seguro de manera clara, concisa y destacada, junto con la tasa anual equivalente [arts. 4.3 y 5.1 k)]³⁰⁷. En el mismo sentido, el art. 10.2 o), en relación a la información que debe mencionarse en los contratos de crédito, se establece la obligación de hacer constar, de forma clara y concisa, las garantías y los seguros exigidos, no pudiendo el prestamista reclamar compensación alguna por reembolso anticipado cuando se haya efectuado en cumplimiento de un contrato de seguro destinado a garantizar el reembolso del crédito [art. 16.3 a)]. No obstante, la entidad deberá devolver al prestatario, una vez reembolsado anticipadamente el crédito, la prima no consumida en los términos ajustados en la póliza, que quedaría extinguida desde ese momento [art. 16.2 r)].

5. Normativa sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios

La legislación en materia de transparencia financiera en nuestro país ha seguido un rumbo constante desde la aplicación del art. 48.2 de la derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito

de crédito respecto a los consumidores; y (5) las medidas de ejecución, esto es, el régimen de sanciones aplicables a las infracciones en materia de consumo.

³⁰⁷ Art. 9.3 LCCC.

(LDICE)³⁰⁸, que facultaba al Ministerio de Economía y Hacienda para proteger los intereses de la clientela frente a las entidades de crédito, todo ello con el propósito de obtener la máxima transparencia en las operaciones³⁰⁹.

A la importancia del desarrollo reglamentario que tuvo el citado art. 48.2 habría que sumarle lo que dispone el art. 29.2 de la Ley de 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible³¹⁰, facultando, de nuevo, al Ministro de Economía y Hacienda, para que apruebe las normas necesarias con el fin de garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyendo medidas relativas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y de crédito al consumo.

En cuanto a la vinculación de seguros, el art. 12 párr. 1º de la Orden EHA/2899/2011, perteneciente a Título I relativo a «Disposiciones generales», dispone que las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, ya sea o no financiero, deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de

³⁰⁸ BOE núm. 182, de 30 de julio de 1988.

³⁰⁹ Conforme a TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 319, la Orden EHA fue la única disposición, a falta de aplicación de la MiFID, que ha servido de protección para el cliente que hubiera contratado instrumentos financieros derivados. En nuestro país, a finales del año 2006, señala la autora, se produjo una comercialización masiva, y, a la postre, abusiva, de instrumentos financieros derivados denominados «swaps» o contratos de permuta financiera de tipos de interés, esto es, contratos por el que su precio deriva del valor de otro activo, llamado subyacente, al que se asocia, liquidándose en fechas futuras de manera única o periódica. Mediante este instrumento financiero, que se ha comercializado por las entidades de crédito como si de un seguro o depósito se tratara y que muchas veces estaba vinculado con préstamos hipotecarios, el cliente puede fijar el coste por todo o parte del plazo de su financiación (ya sea un préstamo, un leasing...), o fijar el ingreso por otro o parte del plazo de una inversión ligada a tipos de interés. Al respecto, la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 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 (MiFID II) tiene como propósito fortalecer el marco regulador de los mercados de instrumentos financieros, aumentando su transparencia, mejorando la protección de los inversores, abordando ámbitos no regulados, y garantizando a los supervisores competencias necesarias para desarrollar sus cometidos. El ámbito de actuación previsto en su art. 1.1 se circunscribe a las empresas de servicios de gestión, a los organismos rectores del mercado, a los proveedores de servicios de suministro de datos y a las empresas de terceros países que presten servicios de inversión y/o ejerzan actividades mediante el establecimiento de una sucursal en la Unión, quedando excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las entidades aseguradoras [art. 2.1 letra a)], y aquellas personas que no presenten servicios de inversión a terceros, sino a sus compañías matrices, filiales o a otras filiales de sus empresas matrices [art. 2.1 letra b)]. También quedarán excluidos de dicho ámbito los productos de inversión basados en seguros que no ofrezcan posibilidades de inversión (Consid. 89º).

³¹⁰ BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

contratar cada servicio de forma independiente y en qué condiciones. Más significativo resulta su párrafo 2º, que señala que, en caso de que solo sea posible contratar el servicio bancario junto a la contratación de otros bajo las condiciones ofertadas y exigidas por la entidad de crédito, en la información y documentación del servicio bancario deberá especificarse: (1) qué parte del coste total corresponde a cada uno de los servicios, siempre que dicha información pueda ser obtenida por la entidad; (2) cuáles serían los efectos de su no contratación individual; y (3) qué efectos produciría su cancelación anticipada sobre el coste total de los servicios bancarios.

Estos detalles relativos a los productos vinculados que deberán figurar en la información precontractual del servicio bancario han de constar en la FIPRE cuando los clientes soliciten un crédito o préstamo hipotecario³¹¹. Conforme se indica en el art. 21, el modelo FIPRE, que figura en el Anexo I de la Orden, deberá contener información clara y suficiente de los préstamos que se ofertan, y se entregará de forma gratuita en todos los canales de comercialización utilizados por la entidad. En la sección 4ª de dicho modelo deberá incluirse un listado de productos o servicios vinculados obligatorios para obtener el préstamo en las condiciones exigidas, así como los gastos preparatorios de la operación. La utilización del modelo FIPRE tiene como propósito esencial posibilitar un mayor y rápido acceso a las distintas ofertadas emitidas por las entidades de crédito, al objeto de comparar cuál de aquéllas se ajusta más a las necesidades de los clientes.

Comparadas las distintas ofertas comprendidas en el modelo FIPRE, y seleccionada la entidad de crédito con la que se desee contratar el servicio bancario, una vez trasladados a la entidad los datos requeridos y situación de solvencia, el cliente deberá reclamar la entrega de la Ficha de Información Precontractual (FIPER), que figura en el Anexo II. Este modelo, conforme dispone el art. 22, deberá contener información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a la demanda de crédito, de forma que el cliente pueda comparar aquélla con otras ofertas de la competencia y adoptar una decisión fundada sobre la suscripción o no del contrato.

Asimismo, dicha Ficha deberá entregarse a todos los clientes de préstamos, gratuitamente, con la debida antelación y, en cualquier caso, con anterioridad a que

³¹¹ El ámbito de aplicación de los modelos FIPRE y FIPER es el de los servicios de crédito y préstamo hipotecarios celebrados con un cliente en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir (art. 19.1).

el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta. Una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de celebrar el servicio bancario, aquél podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante (art. 23). Lo más significativo de dicha Ficha es que la entidad indicará las vinculaciones que resulten necesarias para conceder el crédito o préstamo hipotecario, pudiendo exigir la contratación de cualquier servicio con la misma entidad o con otra (Sección 7ª FIPER)

Hay que destacar que la norma del Ministerio de Economía y Hacienda no limita cuántos productos vinculados podrían resultar requeridos, oportunamente, por una entidad de crédito en el trámite de la contratación de un crédito o préstamo hipotecario, como tampoco prohíbe que la entidad pueda exigir que los mismos se suscriban con su aseguradora favorita. La labor de la entidad se circunscribe, exclusivamente, en proporcionar información específica sobre los productos vinculados, especialmente de los productos de seguros que van a exigirse, de formalizarse, en el futuro, la operación³¹².

No obstante, en la práctica, el personal de las entidades de crédito suele manifestar al usuario bancario, de manera verbal, los productos vinculados que son necesarios para concederle el préstamo o crédito días antes de la formalización de la escritura de préstamo hipotecario, e, incluso, el mismo día de su firma ante notario, lo que reduce enormemente las posibilidades de negociación³¹³. Estas

³¹² En el mismo sentido, el Anejo 6º (apartado 11 párr. 1º) de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, dispone que: «cuando la concesión del préstamo se vincule, de hecho o como requisito de ésta, a la suscripción de otros servicios bancarios o no, la entidad deberá informar adecuadamente al cliente de los costes de cada uno de esos servicios, y en el caso de que fueran prestados por un tercero ajeno al grupo de la entidad, y aquélla no dispusiese de información exacta sobre su coste, realizará una estimación plausible sobre aquellos costes». No obstante, en el supuesto de que el producto principal fuere un crédito o préstamo hipotecario, y éste se vincule con productos de protección de pagos (seguros de protección de pagos...) que cubran contingencias como el desempleo o la incapacidad temporal del prestatario, la entidad deberá contar con procedimientos que garanticen que estos productos de protección de pagos pueden proteger efectivamente al deudor, teniendo en consideración sus circunstancias y características personales (apartado 11 párr. 2º).

³¹³ Señala DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 2.2.2.b), cap. 7, que: «si bien en virtud del mencionado contrato de prestación de servicios la entidad accede a que su red sea empleada por el OBS para el desarrollo de la actividad de mediación, el uso que vaya a hacerse de la misma no le es indiferente. Como he apuntado ya en varias ocasiones, el hecho de que la comercialización se lleve a cabo en la red bancaria hace que el seguro sea percibido por los clientes como un producto financiero más que la entidad pone a su disposición. El modo en que se desarrolle la mediación afectará sin duda a su reputación corporativa. Partiendo de que se trata de su red, y de que los productos se dirigen a quienes en todo momento han de considerarse sus clientes, no puede negarse a la entidad de crédito cierta capacidad de supervisión sobre la actividad

especificaciones relativas a la vinculación de seguros en créditos y préstamos hipotecarios contenidas en el Capítulo II sobre «normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios» resultan contrarias, no sólo al contenido de la DCCC, sino al art. 18.4 de la citada Orden que dispone que, en ningún caso, la suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos podrá sustituir la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con las obligaciones dimanantes del préstamo por sus propios medios³¹⁴.

Existe, por tanto, una clara contradicción entre la legislación nacional en materia de vinculación de servicios accesorios con créditos y préstamos hipotecarios, que se ocupa principalmente de aspectos informativos y de transparencia en las operaciones, y lo contenido en la DCCC, cuyo art. 12.3 establece que serán permitidas las prácticas de vinculación (vía Banco de España conforme Anteproyecto publicado), siempre que el prestamista demuestre que los productos vinculados ofrecidos acarrear un claro beneficio a los consumidores³¹⁵.

de mediación desarrollada. La Ley ya tiene en cuenta esta posición especial cuando, en el artículo 25.1, encomienda al banco la obligación de formación adecuada de las personas que formen parte de la red y participen directamente en la mediación de los seguros para el ejercicio de sus funciones. Puesto que son sus empleados y no dejan de serlo en ningún momento, la entidad de crédito debe poder conocer el modo en el que actúan al llevar a cabo las labores de mediación y, en su caso, añadir alguna instrucción u orientación a las que formule la compañía de seguros. Del mismo modo en que debe ocuparse de la formación general de su red en materia de mediación de seguros sin perjuicio de que la formación especial acerca de los productos concierna a la aseguradora correspondiente, también deberá poder añadir directrices a las que se formulen desde la aseguradora. Es más, tratándose de un OBS vinculado, en la primera fase de mediación en la que el mediador no actúa por cuenta de ninguna compañía en particular, las instrucciones de la entidad de crédito serán las únicas a tener en cuenta, más allá de lo que indique el órgano de dirección responsable de la mediación dentro del propio OBS».

³¹⁴ Importante recordar que el art. 5.2 e) LMSRP prohíbe a los mediadores de seguros imponer directa o indirectamente la celebración de un contrato de seguro.

³¹⁵ Otra de las notas importantes a destacar de la acción pública de las autoridades de defensa de la competencia es la protección que brindan a los derechos de los consumidores y usuarios en el marco tanto de la interpretación como de la aplicación sancionadora de las normas de competencia. La Constitución no contiene ningún principio de defensa de la competencia, por lo que la definición de sus objetivos debe ser extraída a partir de la naturaleza constitucional que por títulos competenciales asumen los poderes públicos. En este sentido, por el art. 38 «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizarán y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de economía general, y, en su caso, de la planificación». El Derecho del consumo puede caracterizarse por ser un conjunto normativo que (1) engloba distintas disciplinas como el Derecho civil, el Derecho administrativo o el mercantil; (2) dispone de diferentes fuentes normativas, esto es, sus normas pueden dimanar tanto del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea como de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas; (3) sus normas reconocen derechos ejercitables y exigibles por los consumidores y usuarios adquiriendo un verdadero carácter imperativo; (4) tiene como objetivo la protección de los derechos de aquellas personas que ostenten la cualidad de consumidores y usuarios frente al empresario; y (5) su cuerpo normativo es compatible y complementario con el resto del

A esta situación, se une lo establecido en el art. 12.4 DCCC obligando a las entidades de crédito a aceptar pólizas de seguro de todos aquellos proveedores que ofrezcan un nivel de garantías equivalente al propuesto inicialmente (en relación a créditos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial). Se añaden nuevas condiciones para el aseguramiento de operaciones hipotecarias que impiden que las entidades de crédito puedan vincular, de modo discriminatorio, sus productos aseguradores sin antes ofrecer al prestatario la posibilidad de aportar una póliza producida por su proveedor favorito (nuevo derecho). Aunque, por otro lado, se posibilita que requieran los seguros sin establecer, como hemos indicado en apartados anteriores, ningún criterio de solvencia óptimo, lo que deja a la discrecionalidad de la entidad esta cuestión, y permite a las entidades de crédito diferentes comportamientos para inducirlos a la contratación de sus seguros³¹⁶.

No obstante, tal y como ocurre con los préstamos personales sujetos a la LCCC, no existe ninguna limitación legal que opere contra la práctica de ofertar contratos de seguro para vincularlos con depósitos a la vista y de ahorro o a plazo (cuentas corrientes, libretas de ahorro y depósitos a plazo), todo ello con el fin de que, una vez suscritos por el cliente, puedan reducir los costes de mantenimiento así como ofrecer una mayor rentabilidad del depósito. La vinculación, por tanto, también puede extender a operaciones de pasivo ofrecidas al público y generar los mismos efectos anticompetitivos (precios excesivos, exclusión de la competencia, discriminación de precios...) que los producidos por la suscripción de seguros, por ejemplo, con préstamos hipotecarios. Estos seguros que se vinculan al depósito resultan, pues, los mismos seguros mediados por el OBS de la entidad utilizados para las prácticas vinculadas con operaciones de activo o de pasivo en relación a depósitos a la vista y de ahorro, o a plazos³¹⁷.

ordenamiento jurídico (Vid. ACEDO PENCO, A., "Fundamentos constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y en la Unión Europea", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º. 29, 2012, pgs. 7-29).

³¹⁶ En este sentido, el punto 3 párr. 2º de la norma duodécima de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos se indica, en relación al préstamo responsable, que: «Lo indicado en el párrafo anterior deberá entenderse sin menoscabo de la libertad de contratación a que se refiere el apartado 6 del artículo 18 de la Orden, de la plena validez y eficacia de los contratos, y de la plena responsabilidad de los clientes por el incumplimiento de las obligaciones que contractualmente hubieran asumido».

³¹⁷ En contra, Vid. DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 2.1.2.b).1, cap. 8, que manifiesta: «En el caso que nos ocupa no cabe duda de que existe un mercado diferenciado de los contratos de seguro en relación a los productos crediticios. Podría pensarse que dentro de este mercado general, existen parcelas concretas, como es el caso de los

Por otro lado, en relación a la información que deben proporcionar y resaltar ante los clientes cuando éstos contraten depósitos a la vista y de ahorro o depósitos a plazo³¹⁸, no se exige, como ocurre con la contratación de créditos al consumo, que las entidades deban hacer mención expresa a las características de otros productos vinculados como pueden ser los contratos de seguro. En términos de publicidad del depósito, deberán hacer una mera referencia al Fondo de Garantía de Depósitos al que se encuentra adherida la entidad, cuando éste sea diferente de los previstos en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito³¹⁹.

6. Transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos

Las entidades de crédito han venido justificando constantemente la imposición de vinculaciones en atención a lo dispuesto en varias disposiciones en relación a los productos que van a vincularse a la operación, fundamentalmente, desde un deber de información precontractual, esto es, a través de una labor estrictamente informativa. La Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos³²⁰, dictada *ex art. 48.2 de la derogada LDICE*, tiene como objeto establecer las normas precisas

seguros de amortización de préstamos, determinadas modalidades de los seguros de vida, o el seguro obligatorio de daños previsto en el artículo 10 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, en los que la suscripción aparece indisolublemente unida a la contratación de préstamos hipotecarios o personales. Cabría, en este contexto, plantearse la posibilidad de que el uso comercial hubiera consolidado la existencia de un mercado separado, que tuviera como prestación compleja los contratos de préstamo personal o hipotecario ligados a los pertinentes contratos de seguro exigidos por la entidad bancaria. Sin embargo, para concebir siquiera tal posibilidad, sería necesario que con todo contrato bancario de préstamo se exigiera, siempre y por todas las entidades financieras competidoras, el mismo tipo de seguros, lo que no ocurre en la práctica, pues en la mayoría de los casos no hay imposición, ni es posible apreciar una identidad de los productos exigidos como complemento».

³¹⁸ Vid. norma sexta y Anejo 3 relativo a la información precontractual que se debe resaltar ante los clientes de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos; así como arts. 15 a 17 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

³¹⁹ Art. 17 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

³²⁰ BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012.

para el desarrollo y ejecución de las disposiciones de la Orden EHA/2899/2011 (norma primera), aplicándose a los servicios bancarios dirigidos o prestados en España por las entidades de crédito españolas y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras a la clientela (norma segunda relativa al ámbito de aplicación).

Respecto a los productos vinculados, la Circular 5/2012 menciona, en tres de sus apartados, el modo de proceder en caso de suscribirse un seguro junto con un préstamo o crédito. Así, en su norma quinta relativa a explicaciones adecuadas y deber de diligencia, se obliga a las entidades de crédito, con anterioridad a cualquier relación contractual con un cliente, a informar del precio de los productos vinculados cuya contratación resultare necesaria³²¹.

Esta información precontractual acerca de los productos vinculados, señala el Anejo 3º, deberá realizarse de forma diligente, resaltándola de todo el conjunto de información proporcionada al cliente. En cuanto a la forma ya establecida, el citado Anejo 3º de la Circular remite al modelo FIPRE contenido en el Anexo I de la Orden EHA/2899/2011, cuyo apartado 4 relativo a vinculaciones y gastos preparatorios se deberá indicar tanto «el listado de productos o servicios vinculados para obtener el préstamo en las condiciones ofrecidas como los gastos preparatorios». Del mismo modo, en el apartado 12 del citado modelo, las entidades de crédito deberán señalar las consecuencias financieras o jurídicas para el cliente que dimanen del incumplimiento de los compromisos vinculados al préstamo.

Si bien esta disposición legal obliga a las entidades de crédito a informar precontractualmente al cliente de la necesidad y coste de los servicios vinculados, esto es, seguros y otros productos o servicios bancarios, como, por ejemplo, la apertura de una cuenta bancaria, no se limita, como es esperable, a que la actuación de la entidad, en relación a la imposición de un seguro, deba seguir un criterio razonable con el fin de que éste no suponga una carga innecesaria para el cliente. Se establece, por otro lado, una mera obligación de informar al cliente de la necesidad de suscribir dichos productos, no prohibiéndose que la entidad de crédito pueda designar previamente una entidad aseguradora con la que mantiene un acuerdo comercial y obligar al cliente, como condición para la concesión del préstamo o crédito, a suscribir el producto de seguros con aquélla.

³²¹ A estos efectos, puede consultarse GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., “Normas de transparencia en la contratación bancaria”, *Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, nº. 3, 1996, pgs. 339-392.

7. Valoración de los criterios legales relativos a la práctica de vinculación de seguros en las redes bancarias

Una vez examinados los distintos criterios legales asociados a la vinculación de productos y servicios bancarios con la suscripción de contratos de seguros³²², cabe destacar, por su importancia³²³, los siguientes aspectos que afectan, por un lado, a los préstamos personales, entre los que se incluyen los denominados créditos al consumo, y por otro, a los créditos o préstamos hipotecarios³²⁴.

Respecto a los préstamos personales³²⁵, aquéllos pueden definirse como préstamos con garantía personal destinados a la rápida adquisición de bienes o servicios perecederos, que, si bien no suelen ser de importe muy elevado, es usual que la entidad de crédito pacte con el consumidor un tipo de interés bastante significativo, lo que encarece el servicio financiero.

Tanto la LCCC como la DCC establecen una serie de requisitos de información y transparencia que deberá respetar la entidad de crédito cuando se vincule junto al crédito al consumo un contrato de seguro. Merece destacar que: (1) en la información básica que deberá figurar en la publicidad, cuando se condicione la concesión del crédito en las condiciones ofrecidas a la suscripción de seguro, y

³²² A la fecha de este estudio todavía no han sido transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico tanto la DCCC como la DDS.

³²³ Otros productos bancarios como las cuentas corrientes están siendo asociadas a la vinculación de seguros con la reducción, por ejemplo, de los gastos de mantenimiento. Puede compararse la cuenta nómina de *Bankia*; cuenta mediterránea de *BMN*; o los contratos de cuenta y tarjeta pertenecientes al Programa Adiós Comisiones del *BBVA*.

³²⁴ Hay que tener en cuenta que, en un mercado verdaderamente competitivo, la fuerza de la acción competitiva forzaría a las entidades de crédito a ofrecer sus productos sin vinculaciones. En este sentido, CHIOVEANU I., "Is bundling anticompetitive?", *Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, S.A.*, 2008, pgs. 22-23, considera que, sobre un modelo de competencia imperfecta con diferenciación de productos en mercados de bienes complementarios, los incentivos para agrupar aumentan con el tamaño del sistema, y son más poderosos cuando la demanda es más elástica que inelástica. Así, la autora advierte que, a menos que las decisiones de entrada al mercado estén en juego, la agrupación no puede considerarse una forma de lograr una posición ventajosa, toda vez que se permiten las demandas elásticas. La potencial anticompetitividad de la agrupación no sólo es especialmente sensible a la elasticidad de la demanda, sino que, bajo ciertas condiciones, la práctica puede fomentar la competencia de precios.

³²⁵ Dentro de la categoría de los préstamos personales, quedan circunscritos los llamados créditos al consumo, que se definen, de acuerdo al art. 1.1 LCCC, como aquellos contratos por los que «un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación». De esta manera, para que exista un crédito al consumo debe ser parte en el contrato un consumidor (conforme al art. 2.1 LCCC ha de ser una persona física que actúa al margen de su actividad comercial o profesional) y un prestamista (persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional (art. 2.2 LCCC).

no pudiere determinarse su coste previamente, dicha condición deberá mencionarse de forma clara, concisa y destacada, junto con la TAE; (2) en la información previa al contrato, la entidad deberá facilitar al consumidor aquellas condiciones resultantes alternativamente de no suscribir el seguro; y (3) en el contrato se deberán especificar los seguros a los que se condiciona la concesión del crédito.

El legislador, por tanto, no prohíbe ni limita los seguros que pudieren ser exigidos, eventualmente, por el prestamista en relación a la concesión de un crédito o préstamo personal, en particular de un crédito al consumo, e, incluso de forma más extensible, sobre préstamos o créditos concedidos a las sociedades mercantiles y a todas las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente (art. 1 Cco). De igual forma, tampoco se prohíbe que el prestamista condicione la concesión del préstamo o crédito a la suscripción de un seguro previamente seleccionado. En este sentido, los arts. 9.3.10 k) y 12 LCCC definen dicha práctica como un servicio accesorio al contrato de crédito, por lo aquél puede ser suministrado, realizando una labor de mediación, por el mismo prestamista, siempre y cuando se respeten todas y cada una de las condiciones de transparencia exigidas en la norma.

Esta situación de omisión legislativa ha variado en relación a los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, por cuanto la DCCC establece que los Estados miembros, si bien podrán permitir que se exija al consumidor un póliza de seguro, pertinente con el contrato de crédito, deberán velar porque los prestamistas acepten pólizas de un proveedor distinto de su proveedor favorito cuando aquéllas posean un nivel de garantía equivalente al nivel originariamente propuesto (art. 12.4 DCCC).

Constando en la Directiva el pasado día 21 de marzo de 2016 (art. 42 DCCC) como fecha máxima para su armonización con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en la norma comunitaria, el Estado español ha incumplido su deber de transposición (a día de hoy el Anteproyecto de la Ley, reguladora de los contratos de crédito hipotecario, que transpone la citada Directiva, ha finalizado su fase de audiencia pública), lo que puede acarrear la constitución de una infracción. No obstante, los consumidores podrán hacer valer sus derechos concedidos en la DCCC ante las instituciones y autoridades públicas en virtud de la eficacia directa de la

norma, siempre que aquellas disposiciones cuya aplicación se solicite sean incondicionales y precisas³²⁶.

Asimismo, para ambos productos bancarios (préstamos y créditos personales e hipotecarios) resultarían de aplicación las disposiciones contenidas en la Orden EHA/2899/2011. Así, el art. 18.4 de la Orden manifiesta que «en el caso de suscripción e seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios». De este modo, se establece que las entidades de crédito deberán atender, parte fundamental del estudio sobre las posibilidades de conceder el préstamo o crédito, al estado de solvencia del cliente, todo ello con el fin de evitar que aquél, reuniendo las condiciones económicas necesarias para hacer frente a un posible incumplimiento, tenga que costear la póliza de seguro requerida por la entidad. Por otro lado, este análisis de la solvencia no parece, desde nuestro ordenamiento jurídico, que pudiere ser vinculante en aras de la autonomía de la voluntad (libertad de contratación) de la entidad de cursar o denegar la concesión de un producto financiero concreto³²⁷.

Los criterios a tener en cuenta para determinar la solvencia del cliente, y que deben concluir en la concesión o no de la operación, se encuentran recogidos en el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, siendo éstos: (1) la ejecución de los protocolos internos desarrollados por las entidades para evaluación de la solvencia; (2) exigencia de documentación de ingresos del cliente; (3) consulta del historial crediticio del cliente ubicado en la Central de Información de Riesgos del Banco de España, y ficheros de solvencia patrimonial y crédito referidos en el art. 29 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal; (4) un nivel previsible de ingresos a percibir por el cliente tras su jubilación; y (5) en caso de créditos o préstamos con garantía real, deberá considerarse, sobre la capacidad estimada del cliente de

³²⁶ Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º. 17/2016, 2016, pg. 168.

³²⁷ Cfr. art. 18.6 Orden EHA/2899/2011: «La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes».

cumplir con sus obligaciones, la cuantía del producto, su tipo de interés y el sistema de amortización.

La vinculación de productos no encuentra obstáculos e impedimentos legales en nuestro marco normativo para desarrollarse en el espacio de la banca-seguros³²⁸. La CNC en su Resolución *Entidades de crédito* (2009)³²⁹ afirmó que no existía «ninguna disposición que excluya la posibilidad de que la entidad de crédito pueda vincular la concesión de préstamos hipotecarios o personales a la celebración de determinados seguros». En este sentido, la legislación comunitaria y española atendió, exclusivamente, a términos relativos a la transparencia e información del cliente, sin advertir que su desarrollo podría acarrear serios problemas para el interés general, como podría ser la afectación de la libre competencia.

IV. Prácticas generalizadas de vinculación en el mercado banco-asegurador

1. Consideraciones iniciales

La vinculación de seguros con productos financieros es una práctica bancaria habitual también en el resto de Estados miembros. La dimensión de esta cuestión fue advertida, asimismo, por el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea, que publicó la DCCC. El planteamiento de esta Directiva no fue otro que corregir y proteger los derechos de los consumidores en relación con la vinculación de seguros, especialmente sobre seguros contra incendios o de vida vinculados a contratos de créditos y préstamos hipotecarios para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial.

Esta generalización en el mercado comunitario se desarrolló en distintos tiempos, atendiendo a llegada de la liberalización de la distribución de seguros por entidades de crédito a cada Estado miembro. En nuestro país, el debate de la vinculación en el canal bancario surgió a raíz de la promulgación de la LMSP, y se

³²⁸ Asimismo, la DCCC, como hemos indicado, autoriza a las entidades de crédito a exigir una póliza de seguro junto con un préstamo hipotecario.

³²⁹ Resolución de 29 de mayo de 2009, (Expte. 2789, *Entidades de crédito*), FJ 5º y 7º.

mantuvo posteriormente con motivo del desarrollo legislativo de los OBS recogido en la LMSRP³³⁰.

Si bien la enmienda en contra la supeditación de productos en la LMSRP no prosperó, el debate acerca de la generalización de la vinculación se desarrolló inexcusablemente ante la autoridad nacional de competencia. Al respecto, la cuestión de la generalización de la vinculación de seguros con entidades aseguradoras pertenecientes al mismo grupo que la entidad de crédito surgió a raíz de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de septiembre de 2003 (nº. de recurso 27/20025)³³¹, posteriormente ratificada por el Tribunal Supremo. En esta resolución, la Audiencia Nacional advertía la posibilidad de que los hechos pudieran parecer *prima facie* una práctica generalizada, incidiendo en los sectores relevantes como el de créditos hipotecarios o el de seguros de vida. De esta forma, la generalización de la práctica, en términos de la contratación de seguros con entidades aseguradoras controladas por entidades de crédito, tuvo un mayor análisis en la Resolución de la CNC de 29 de mayo de 2009, (Expte. 2789, *Entidades de crédito*).

No obstante, debemos señalar que de la mera vinculación o supeditación de un producto u operación financiera con un contrato de seguro, de acuerdo al Derecho interno y comunitario, no podría derivarse un ilícito civil directo o una conducta anticompetitiva por su sí misma (necesidad de apreciar sus efectos). Tampoco podría considerarse ilícita la subordinación del producto financiero a la suscripción de un seguro con una entidad aseguradora controlada por la entidad de crédito. En este sentido, la legislación en materia de mediación de seguros no prohíbe su práctica una vez se demuestre que la distribución cumpla con todos los requisitos de información precontractual y oferta del seguro. La vinculación puede establecerse de distintas formas atendiendo a las características del seguro mediado y del producto bancario. De esta manera, las políticas de vinculación de cada entidad de crédito podrían diferenciarse en el tipo de seguro obligatorio, la duración del contrato de seguro vinculado, el abono de la prima, así como del diferencial

³³⁰ Al respecto, tan sólo basta señalar la Enmienda núm. 11 presentada por el Senador D. Francisco Xesús Jorquera Caselas del GPS, interesando la prohibición de supeditar, por un lado, la concesión de una operación financiera a la contratación de uno o varios seguros, y, por otro, la concesión de ventajas en la contratación de productos financieros a la contratación de seguros mediados por OBS controlados por la entidad de crédito. Vid. TIRADO SUÁREZ, F.J., *Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados...*, op. cit., pg. 454.

³³¹ La autoridad nacional de competencia dio curso a lo dispuesto en la citada Sentencia de la Audiencia Nacional por medio de la Resolución del TDC de ejecución de Sentencia de 23 de marzo de 2007 (Expte. r 467/01, *Cajamadrid/Ausbanc*).

aplicable a la operación financiera, entre otras condiciones exigidas a los prestatarios.

Por tanto, la discusión acerca de la subordinación del seguro a una entidad aseguradora controlada no resuelve la cuestión de la vinculación. La generalización de la subordinación de vincular seguros contratados con una aseguradora de grupo no supone *per se* un fraude de ley; podría llegar a serlo cuando la proposición, la oferta, y las condiciones del contrato de seguro supongan un perjuicio directo a los derechos de los consumidores, fundamentalmente, entre otros, en relación a la libertad de elección de entidad aseguradora (afectando posiblemente a la libre competencia)³³². En virtud de sus efectos relevantes en el mercado de seguros, existe una preocupación desde el Derecho de Defensa de la Competencia en determinar el grado de generalización de estas prácticas de vinculación empleadas por entidades de crédito.

2. Subordinación de productos bancarios a la suscripción de seguros

El principal motivo de discusión acerca de la legitimación de la vinculación de seguros es, principalmente, la subordinación a productos y servicios bancarios³³³. Esta subordinación puede establecerse tanto para la obtención del

³³² En el capítulo siguiente precisaremos con más detalle la aplicación del Derecho de la Competencia sobre esta materia. De acuerdo a CACHAFEIRO GARCÍA, F., *Los acuerdos de precios de la banca*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Manuel Areán Lalín, Universidad de La Coruña, 2002, disponible en WEB (22/10/2017): <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1145>, pg. 128: «A pesar de las dudas suscitadas acerca de la aplicabilidad del Derecho *antitrust* en el sector financiero, el Tribunal de Justicia emitió dos sentencias en las que puso fin a la polémica al declarar que ninguno de los argumentos reseñados anteriormente, bastaba para excluir la aplicación de los artículos 81 y 82 CE en el sector. En primer lugar, en el asunto *seguro de incendio*, se afirma implícitamente que la aplicación del Derecho de la competencia es perfectamente compatible con la existencia de regulación de carácter preventivo. Durante la tramitación del asunto, las entidades de seguros afectadas alegaron que las particularidades del sector habían hecho necesario adoptar normativas sectoriales que condicionaban el juego de la competencia en el mercado. En particular, la legislación alemana establecía un régimen especial de supervisión y acceso a la actividad aseguradora, al tiempo que preveía una normativa especial para la aplicación del Derecho de la competencia. Pues bien, el Tribunal de Luxemburgo concluyó que en ausencia de norma específica en el plano comunitario, la existencia de normas sectoriales de ámbito nacional no era suficiente para excluir la aplicación del régimen general de competencia previsto en el Tratado CE. Debe entenderse que el citado pronunciamiento del TJCE puede aplicarse también a la banca, dada la similitud de argumentos empleados por las entidades de seguros y de crédito para excluir la aplicación plena de las normas de competencia a sus respectivos sectores económicos».

³³³ No sólo los seguros sirven como productos o servicios accesorios asociados a productos financieros. Es práctica habitual de las entidades de crédito exigir para la oferta de operaciones financieras la domiciliación de la nómina o recibos, planes de pensiones, tarjetas de crédito o de

crédito como para obtener aquellas ventajas adheridas al producto financiero que dependen de su suscripción y mantenimiento posterior, por ejemplo, respecto a la reducción del diferencial en un préstamo hipotecario³³⁴.

Si bien en la historia del seguro español las entidades de crédito venían anudando préstamos hipotecarios a la suscripción de seguros, principalmente de daños o de amortización, el punto de inflexión fue, sin lugar a dudas, la pujanza económica derivada del sector inmobiliario³³⁵. Esta etapa o ciclo de comercialización masiva de préstamos hipotecarios tuvo, igualmente, su reflejo en el sector banca-seguros a través de la creación de acuerdos importantes para la distribución de seguros en redes bancarias, especialmente entre entidades aseguradoras y cajas de ahorro.

Fue en la década de los años ochenta cuando las entidades de crédito comenzaron a vincular comercialmente sus productos tradicionales con seguros de daños y de vida (v.gr. con seguros de amortización de créditos y préstamos)³³⁶. Esta situación incentivó los acuerdos de banca-seguros entre entidades de crédito y otras entidades aseguradoras ajenas, en función de la existencia o no de filiales aseguradoras. La evolución de estos acuerdos de banca-seguros dependió del

débito, etc. Vid. DEL ESTAL SASTRE, R., *Vinculación entre contrato de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 2.

³³⁴ Indica DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 2.1.2.b).1, cap. 8, que: «ha de tenerse en cuenta otra cuestión con carácter previo. Si bien se habla de subordinación de prestaciones que, como hemos señalado, implica la imposibilidad de adquisición por separado de los productos o servicios vinculados, tanto en la doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y de la CNC, como en la jurisprudencia del TJCE se vienen admitiendo también aquellos supuestos en los que la adquisición conjunta, meramente facultativa en principio, se fomenta mediante la concesión de ciertas condiciones que se presentan como ventajosas para el cliente. Tal estrategia comercial será tenida en cuenta en la medida en que podría provocar un efecto lesivo del proceso competitivo excluyendo competidores o impidiendo el acceso a otros en el mercado del producto vinculado, en aquellos casos en que sea consecuencia de una práctica colusoria o, principalmente, en aquellos en los que la empresa ostente una situación de dominio del mercado en relación con el producto o servicio principal. No ha de olvidarse que lo que se persigue en el ámbito de esta Ley no es la subordinación de prestaciones per se, sino que tal subordinación se produzca como consecuencia de la realización de determinadas conductas y que tenga por efecto la posibilidad de impedir la competencia efectiva en el mercado mediante la exclusión de competidores o el bloqueo al acceso de otros nuevos».

³³⁵ Vid. TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España...*, op. cit., pg. 413.

³³⁶ *Ibidem*. cit., pg. 372.

dinamismo del mercado, de suerte que, a finales del s. XX, el sector ya canalizaba el 78,21% del volumen total de primas de vida³³⁷.

La subordinación de seguros es una práctica fuertemente extendida en las políticas comerciales de las entidades de crédito por diversos motivos. En primer lugar, porque su aplicación no es exclusiva para los préstamos hipotecarios, pudiéndose vincular entre otros productos a créditos al consumo, préstamos personales o cuentas corrientes, por lo que el espectro o gama de productos financieros es amplio³³⁸; en segundo lugar, el ordenamiento jurídico no prohíbe la práctica de supeditar la concesión de una operación financiera a un seguro, sino todo lo contrario, existe normativa que regula la vinculación³³⁹; en tercer lugar, se añade un nuevo producto a la operación que resulta más rentable para la entidad de crédito, y, de esta manera, se suman comisiones por venta de seguros; y por último, a través de la subordinación de seguros de vida, las entidades de crédito se garantizan el pago del préstamo en caso de fallecimiento o incapacidad del tomador del seguro, reduciendo los riesgos significativamente cuando la aseguradora con la que se suscribe el seguro es separada.

Las ventajas económicas resultan, por tanto, muy favorecedoras para las entidades de crédito, y así, también, en principio, para los consumidores que garantizan una operación financiera importante obteniendo condiciones más beneficiosas en sus productos financieros.

³³⁷ *Ibidem. cit.*, pg. 374.

³³⁸ Vid. DEL ESTAL SASTRE, R., *Vinculación entre contrato de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 2.

³³⁹ Ahora bien, desde la posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia, GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 205, indica que «más dudosa es la situación en la que la norma permite, pero no impide, la conducta comercial de la empresa dominante. Al margen de los supuestos en que dicha norma jurídica tiene rango legal (que podría encontrar en juego la excepción del artículo 4 LDC), la conformidad de la conducta con el ordenamiento jurídico (p.ej. regulación sectorial) no suele ser admitida como elemento de defensa sobre la base de la justificación objetiva. Desde una perspectiva general, la compatibilidad de una conducta comercial con una norma jurídica ajena a la LDC no garantiza en modo alguna la consecución de los objetivos concretos de orden público que persigue la propia norma LDC (y su artículo 2 en particular). Y desde una óptica más concreta, la especial responsabilidad que incumbe a la empresa dominante le obligaría, según la CNC, a comportarse siempre de una forma competitiva incluso aunque otro tipo de comportamiento no resultara contrario (o incluso fuera conforme) al marco regulatorio aplicable».

3. Designación unilateral de entidad aseguradora vinculada con la entidad de crédito con la que suscribir el contrato de seguro

Con la subordinación del seguro a un producto u operación financiera se unió, en base a su rentabilidad a corto plazo, la vinculación de la contratación del seguro con una entidad controlada o designada unilateralmente por la entidad de crédito. La práctica consiste en obligar al consumidor a suscribir, como segunda obligación, el seguro con una entidad aseguradora que pertenece al mismo grupo que la entidad de crédito o controlada por ésta, por ejemplo, mediante una *joint-venture* con una aseguradora separada, o con una entidad aseguradora distinta de la entidad de crédito (acuerdos de distribución generales)³⁴⁰.

Dentro de estos supuestos de designación unilateral de entidad aseguradora, resulta de aplicación el art. 5.2 e) LMSRP respecto a la prohibición de imponer al consumidor, directa o indirectamente, la contratación de un contrato de seguro. Esta prohibición considera fraudulenta la imposición de la condición de subordinar la contratación del seguro a una determinada aseguradora, manteniendo dicho pacto sin respetar el derecho de elección del consumidor de aportar a la vinculación una póliza de una entidad aseguradora distinta, pero con mejores condiciones económicas.

No obstante, de acuerdo a la LMSRP, la mediación de un seguro producido por una entidad aseguradora controlada o afín a la entidad de crédito (mediador) no supone que su distribución por la entidad de crédito signifique la constitución de un fraude de ley. La entidad de crédito deberá respetar el derecho del asegurado a recibir información veraz y suficiente en la promoción, oferta y suscripción del seguro (art. 6.1 LMSRP), así como a mediar un seguro que no contenga condiciones generales lesivas para los asegurados³⁴¹.

³⁴⁰ Puede consultarse, al respecto, GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y Derecho de Sociedades*, Granada, Editorial Comares, 2001; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el derecho español” en AA.VV., *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, Editorial McGraw-Hill, Vol. 5, 2002, pgs. 5303-5322; EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Editorial Comares, 2003; y también, del mismo autor, EMBID IRUJO, J.M., “Los grupos de sociedades en el Derecho Comunitario y español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, pgs. 31-51.

³⁴¹ Además, conforme al art. 3 LCS, deberán destacarse de forma especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser aceptadas por escrito.

En términos de generalización de la práctica, a nuestro juicio, atendiendo a los datos puestos de manifiesto en el Capítulo I, deducimos que aquélla resulta muy acusada en el canal bancario, y en concreto, por la relevancia del volumen de primas, en el mercado de vida y de daños. Profundizando sobre esta cuestión, sobre la subordinación del contrato de seguro con una entidad aseguradora perteneciente al mismo grupo empresarial que la entidad de crédito cabe preguntarse, tal y como lo hizo la autoridad nacional de competencia, la generalización de la misma.

En este sentido, en el análisis esgrimido por la CNC en su Resolución *Entidades de crédito* (2009), los porcentajes de vinculación de préstamos personales e hipotecarios con seguros con aseguradoras propias en el año 2007 figuran dispersos y distintos entre las 21 entidades de crédito investigadas. La CNC consideró, atendiendo a los datos aportados exclusivamente por las entidades de crédito, que buena parte de los clientes no suscriben seguros con aseguradoras vinculadas a la entidad de crédito, y que, de cualquiera forma, no se les obligaban a contratar dicho seguro, aunque pudieran ofertárselo³⁴².

Sin embargo, en el examen realizado por la CNC, se obvia el muestreo de datos sobre la vinculación a la contratación con entidades aseguradoras no pertenecientes al mismo grupo que las entidades de crédito (aseguradoras separadas, *joint-ventures...*)³⁴³. En virtud de la participación en el estudio de aseguradoras ajenas a la entidad de crédito, no cabe duda que los porcentajes de vinculación, a nuestro parecer, serían suficientemente altos para considerar que la práctica podría tener un carácter generalizado, así como una relevancia capaz de alterar la libre competencia en el mercado de seguros.

En relación a la consulta, resulta especialmente destacable lo referido en la Orden EHA/2899/2011 sobre la designación unilateral de aseguradora. Así, en su art. 18 relativo a la evaluación de la solvencia, además de prohibir que un seguro de amortización de crédito o préstamo pueda ser instrumentalizado por una entidad de crédito con el fin de sustituir una completa evaluación de la solvencia del cliente, advierte a las partes de que dicha evaluación se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que debe presidir en la relación. Algunos de los problemas surgidos

³⁴² Resolución *Entidades de crédito* (2009), pg. 24. A esta justificación podría añadirse la aplicación de la exención por eficiencias del art. 1.3 LDC, dado que, señala la Resolución, «podría venir justificada en determinados casos como medida lógica de riesgos de la cartera crediticia».

³⁴³ Esta insuficiencia en el estudio de los datos respecto a entidades aseguradoras ajenas, se debe fundamentalmente al interés que perseguía la denuncia presentada por AUSBANC en junio de 2000 y que dio origen al Expediente R 467/01, *CajaMadrid/Ausbanc*.

sobre este particular pueden evitarse, en cumplimiento de la Sección 4ª de la citada Orden relativa a vinculaciones y gastos preparatorios, al resultar obligatorio que conste en el FIPRE, en los casos de préstamos cuya finalidad es la adquisición de vivienda, la entidad aseguradora que vaya a cubrir las contingencias que la entidad de crédito exija al cliente para conceder el préstamo.

4. Bonificaciones y descuentos ofrecidos al cliente a través de la vinculación

No ninguna existe disposición legal que prohíba la condición de contratar seguros como medio para la concesión de un préstamo o crédito. Esta posibilidad viene reconocida de forma manifiesta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, de igual modo, resulta necesario referirnos a la oferta descuentos sobre el precio del producto financiero.

De cualquier forma, el art. 12 de la Orden EHA/2899/2011 establece la obligación de las entidades, en el proceso de comercialización de productos vinculados (financieros o no) a la operación principal, de informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de forma independiente y en qué condiciones. De igual manera, el párrafo 2º del citado artículo dispone que cuando la contratación del servicio bancario sea posible únicamente suscribiendo otro servicio, financiero o no, la entidad de crédito deberá informar al cliente de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, así como de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada generaría en el coste total de los servicios bancarios.

Conforme a esta situación, no se restringe el tipo de producto vinculado por la entidad, dado que la normativa hace depender a la cuestión a la voluntad de aquella, por lo que la validez de la venta conjunta se ciñe al cumplimiento de unos mínimos de información al cliente³⁴⁴. Tampoco, como hemos visto, se añade limitación alguna a las bonificaciones de la operación bancaria que pueden aplicarse por las entidades de crédito por la suscripción de uno o varios seguros. La evaluación de la solvencia debería ser el criterio principal que obligara al cliente a suscribir un seguro con la aseguradora afín a la entidad de crédito u otra diferente.

³⁴⁴ Vid. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario...*, op. cit., pgs. 316 y 317. Para más información, puede consultarse igualmente CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., *Armonización del derecho de seguro de daños en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Civitas, 1996.

Esta evaluación debería regirse atendiendo, no sólo a la situación económica del prestatario (salario, otras propiedades...), sino al valor de tasación del bien inmueble que garantiza el incumplimiento de la operación.

V. Seguros típicamente vinculados por entidades de crédito

1. Seguros de daños. Especialidades para los préstamos hipotecarios

De acuerdo al art. 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario (LMH)³⁴⁵, «los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen». Asimismo, el art. 10.1 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero³⁴⁶ dispone que «los bienes sobre los que se constituya la garantía hipotecaria deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos. Los riesgos cubiertos deberán ser, al menos, los incluidos en los ramos de seguro 8 y 9 del art. 6.1 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, con excepción del robo. La suma asegurada deberá coincidir con el valor de tasación del bien asegurado excluido el valor de los bienes no asegurables por naturaleza, en particular el suelo».

Esta imposición se efectúa, directamente, a la entidad de crédito y no así al consumidor. Al respecto, el art. 1 párr. 2º LMH establece que el régimen de aplicación de la norma, así como su normativa de desarrollo, comprenderá todos los títulos que en ella se regulan y que se emitan en territorio español. Por este motivo, si las entidades de crédito desean emitir cédulas o bonos hipotecarios en el mercado hipotecario, el legislador obliga a éstas a cumplir los requisitos establecidos en la norma que regula dicho mercado, por lo que, en ningún momento, podríamos estar hablando de una obligación con carácter general³⁴⁷. Se trata, pues,

³⁴⁵ BOE núm. 90, de 15 de abril de 1981.

³⁴⁶ BOE núm. 107, de 2 de mayo de 2009.

³⁴⁷ Asimismo, como apunta LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J., *El intervencionismo público en los seguros privados*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Enrique Linde Paniagua, UNED,

de una obligación entre partes en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad recogido en el art. 1255 CC³⁴⁸.

Con la titulización de la garantía hipotecaria las entidades de crédito tendrían la posibilidad, de acuerdo al art. 24 LMH, de negociar sus propios títulos hipotecarios, esto es, comprarlos, venderlos y pignorarlos, dentro de los límites reglamentariamente establecidos. Igualmente, conforme al art. 25 de dicha norma, las entidades de crédito que emitan títulos hipotecarios podrán participar en fondos de regulación del mercado de títulos hipotecarios. A través del cumplimiento relativo a la suscripción del seguro de daños, resulta muy provechoso para las entidades de crédito la titulización en un futuro de sus créditos hipotecarios, en atención a la obtención de liquidez a través del citado mercado hipotecario³⁴⁹.

Por tanto, no existe obligación legal para el consumidor de suscribir un seguro de daños junto con el préstamo hipotecario, salvo que la entidad de crédito quisiera emitir células o bonos hipotecarios en el mercado hipotecario, por lo que la obligada sería directamente la entidad de crédito y no así el prestatario. Sin embargo, sí podría existir dicha obligación exclusivamente en términos contractuales, en el sentido de garantizar el bien que actúa como garantía de cobro para la entidad prestamista en caso de su destrucción, dado que la garantía prestada

2010: «al Estado le interesa promover su contratación porque así los ciudadanos están mejor preparados para hacer frente a un posible infortunio sobre su propiedad, por lo que se incentiva fiscalmente su contratación».

³⁴⁸ En la misma dirección VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 707, indicando que «la falta de obligación legal de asegurador los bienes hipotecarios fuera de las hipotecas que participan en el mercado hipotecario, se suple contractualmente en el contrato de hipoteca, donde la entidad de crédito condiciona la concesión del crédito al aseguramiento de los bienes hipotecados. Ninguna consideración jurídica cuestiona la licitud del pacto por el cual el deudor hipotecantes se compromete a asegurar los bienes hipotecados y a pagar las primas del seguro».

³⁴⁹ Al respecto puede consultarse BLANCO GARCÍA, S., *La titulización de activos en España*, Tesis Doctoral dirigida por la Profesora D^a. María José Baquero López, Universidad Complutense de Madrid, 1999. Disponible en WEB (22/10/2017): <http://eprints.ucm.es/3617/>. En relación al concepto de titulización, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Shadow banking y regulación”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n^o. 17, 2015, pgs. 7-32, refiere que: «la titulización se refiere a las operaciones que permiten a un prestamista o una originadora de activos (normalmente una entidad de crédito) refinanciar un conjunto de préstamos o activos (por ejemplo, hipotecas, arrendamientos de automóviles, créditos de consumo, tarjetas de crédito) mediante su conversión en valores»; también del mismo autor, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Hoja de ruta de la Comisión Europea para el tratamiento normativo del «shadow banking»”, en MARIMÓN DURÁ, R. (Dir.), *La regulación del «shadow banking» en el contexto de la reforma del mercado financiero*. Pamplona, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pgs. 71-104.

desparecería³⁵⁰. En cualquier caso, esta obligación contractual debería respetar las normas de regulación y de mediación de seguros (prohibición de imposición del seguro, separación de actividades, cláusulas abusivas y condiciones generales lesivas para los asegurados...) ³⁵¹.

Este seguro de daños puede ser exigido discrecionalmente por las entidades de crédito como condición para la concesión de una operación crediticia sin que exista ninguna disposición legal que lo prohíba. Sin embargo, las entidades de crédito han operado bajo este criterio o facultad discrecional de manera más rentable para sus intereses. Así, usualmente exigen la suscripción de un seguro multirriesgo del hogar u otros seguros distintos, en sustitución del tradicional seguro de daños o incendios, quedando obligado el asegurado abonar una prima más alta por estas amplias coberturas³⁵². La exigencia de las entidades de crédito de contratar y mantener en vigor el seguro de daños se extiende a las escrituras de préstamos hipotecarios mediante la inclusión de cláusulas que permitan a aquéllas suscribir un seguro en defecto del deudor. No obstante, se trataría de una cláusula abusiva por cuanto, de acuerdo a la normativa de mediación de seguros, resulta imprescindible contar con el consentimiento expreso del asegurado, de manera que los cargos emitidos por la entidad sobre este particular no serían legítimos³⁵³.

En cuanto a la duración del seguro de daños, está fijada hasta el vencimiento de la operación crediticia, lo que supone, cuando el seguro se contrata a prima única,

³⁵⁰ Punto 1º del Criterio de la DGSFP titulado «Seguros de daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios».

³⁵¹ Por otra parte, la aparición de cláusulas abusivas en los contratos bancarios ha resultado ser una práctica común o generalizada. Este es el caso de las denominadas «cláusulas suelo», por las que, por parte de la entidad de crédito, se establece un mínimo a abonar en las cuotas hipotecarias, aunque los intereses ordinarios (frecuentemente, índice de referencia más diferencial) acordados por ambas partes fueren inferiores. Esta práctica supone un grave perjuicio económico para los consumidores, especialmente para aquéllos que, habiendo suscrito uno o varios seguros para reducir el tipo de interés aplicable, deben abonar dicho *suelo*. Por este motivo, no sólo resultaría fraudulenta la venta combinada, sino el posterior mantenimiento de la vigencia del seguro suscrito con tales finales, dado que la penalización por cancelación nada alteraría las condiciones económicas del préstamo. Sobre los derechos de los consumidores y usuarios y obligaciones de la entidad de crédito en la comercialización de préstamos con la inclusión de cláusulas suelo, Vid. MARÍN NARROS, H.D., “Las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios y la STS de 9 de mayo de 2013”, en MARÍN NARROS, H.D. (Coord.), *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Barcelona, Ed. J.M. Bosch, 2015, pgs. 105-149; y DE CASTRO VITORES, G., “Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 750, 2015, pgs. 2827-2862.

³⁵² Vid. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 325.

³⁵³ *Ibidem*. cit., pg. 327.

verdaderos perjuicios a los derechos del cliente, que queda ligado a la aseguradora inicial de manera perpetua. Satisfecho el préstamo, el asegurado podrá anular o modificar las condiciones del contrato de seguro para excluir a la entidad de crédito como beneficiaria en caso de siniestro³⁵⁴.

2. Seguros de protección de pagos

Mediante el seguro de protección de pagos la entidad aseguradora se obliga a asumir el pago de las cuotas de un préstamo personal o hipotecario sobre determinadas situaciones imprevistas para el tomador-asegurado fijadas en la póliza de seguro, como la pérdida de ingresos, desempleo, incapacidad temporal, enfermedad o fallecimiento³⁵⁵.

La duración del seguro coincidirá con el periodo de vigencia del préstamo cuyas mensualidades se garantizan. Respecto al abono de estas cuotas, podrán satisfacerse por la entidad hasta un determinado límite y de la forma prevista en el contrato de seguro, pudiéndose abonar de forma consecutiva o en meses alternos. Sobre la prima a abonar por el tomador-asegurado, usualmente será de prima única hasta un límite máximo de 60 meses, que será abonada de una vez y financiada de forma conjunta con el préstamo³⁵⁶.

El seguro de protección de pagos suele asociarse, de forma exclusiva, con la formalización de un préstamo personal o hipotecario. No obstante, a pesar de que la normativa no obligue a la vinculación del préstamo con el seguro, las entidades de crédito han venido asociando al producto financiero esta garantía adicional como condición para la concesión de la operación. A consecuencia de la demanda de préstamos hipotecarios, las entidades de crédito han vinculado la concesión de la operación a seguros de protección de pagos especialmente para aquellas personas que disponían de contratos indefinidos. De esta forma, cuando al asegurado le deviniese la citada situación de desempleo pero desde un contrato temporal, las aseguradoras habitualmente rechazaban la reclamación de la indemnización al no

³⁵⁴ *Ibidem.* cit., pg. 326.

³⁵⁵ Sin embargo, entre estas coberturas posibles para el seguro de protección de pagos, comúnmente el desempleo resulta ser la cobertura más comercializada.

³⁵⁶ Vid. GARCÍA MONTORO, L., “Seguros de protección de pagos: una garantía limitada ante situaciones de fallecimiento, desempleo o incapacidad temporal”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº. 10/2014, 2014, pg. 2.

reunir las condiciones exigidas en el contrato de seguro. A esta mala práctica bancaria, podría añadirse la usual exigencia de mantener vigente el seguro contratado inicialmente con la operación una vez cancelado la deuda del préstamo, figurando las entidades de crédito, indebidamente, como primeras beneficiarias en caso de ocurrir el siniestro³⁵⁷.

Las motivaciones que derivaron a una vinculación masiva de estos seguros (conocidos en el Reino Unido como SPP o PPIs -*Payment Protection Insurance*-)³⁵⁸, podrían establecerse en las siguientes. En primer lugar, con la crisis económica, las entidades de crédito han exigido, como condición para la concesión de préstamos, diversas garantías accesorias a la operación, por temor a una mayor probabilidad de incumplimiento por el consumidor; en segundo lugar, se obliga al consumidor a celebrar un nuevo contrato con la entidad de crédito, incrementándose el rendimiento económico en la cuenta de resultados con la venta conjunta de productos; en tercer lugar, la comercialización de estos seguros suele realizarse de forma automática y masiva a través de una póliza de naturaleza colectiva, lo que permite la inclusión de cláusulas abusivas en los productos vinculados, fundamentalmente en las condiciones económicas del seguro; en cuarto lugar, no existiendo un protocolo de actuación de obligado cumplimiento por las entidades de crédito, la existencia de abusos en la comercialización ha ido en aumento en estos últimos años; y por último, las entidades de crédito suelen figurar en las pólizas como beneficiarias irrevocables, por lo que se aseguran, directa y automáticamente, el cobro de la indemnización hasta el límite de la suma asegurada³⁵⁹.

³⁵⁷ Vid. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 326.

³⁵⁸ Vid. CORTÉS CONTRERAS, I. y RUIZ ECHAURI, J., “Los seguros de protección de pagos: impacto en nuestro sistema jurídico de la problemática surgida en el Reino Unido respecto a los PPI”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº. 39, 2011, pg. 32.

³⁵⁹ La repercusión que ha obtenido la vinculación de seguros de protección de pagos a préstamos ha venido en aumento. De esta manera, la Recomendación 2.4 del Defensor del Pueblo denunciada «el establecimiento de restricciones a la práctica generalizada de las entidades bancarias de imponer la contratación de los seguros de protección de préstamos» (Crisis económica y deudores hipotecarios: Actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo, 2013). Al respecto, se proponía implantar restricciones sobre la vinculación de estos seguros dado que, indica la recomendación, en la gran mayoría de casos estos seguros no garantizan el pago de los préstamos, en atención a la existencia de numerosas limitaciones para desplegar las coberturas contratadas. Indica la recomendación que el elevado coste de estos seguros, y el enriquecimiento irregular de las entidades de crédito. Recogido igualmente en BERROCAL LANZAROT, A.N., “La protección del deudor hipotecario en el actual contexto de crisis económica”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº. 58, 2012, pg. 187.

A pesar de que en la LCS no figure el desarrollo legislativo del seguro de protección de pagos, en el Anexo relativo a los ramos de seguro incluido en la LOSSEAR aparece la finalidad del seguro en el ramo de seguros distintos del seguro de vida y riesgos accesorios como pérdidas pecuniarias diversas³⁶⁰. Aparecen auténticas similitudes en la función de este seguro con el seguro de crédito definido en el art. 69 LCS como aquél por el que el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores³⁶¹. Sin embargo, la finalidad de ambos seguros es distinta, por el seguro de protección de pagos se garantizan distintas situaciones en las que puede caer el asegurado poniendo en riesgo el impago del préstamo, y por el seguro de crédito, en caso de absoluta insolvencia del deudor (conforme a los requisitos de insolvencia recogidos en el art. 70 LCS), la entidad de crédito podría dar parte a la aseguradora para satisfacer su derecho de cobro de la deuda³⁶².

La DGSFP, por su parte, en su Criterio de febrero de 2009 titulado «*Seguros de vida a prima única para la amortización de préstamos*», en respuesta a la inclusión de otras coberturas en los seguros de amortización que cubren fallecimiento o invalidez, manifestó el objeto de esta práctica para una garantía integral de un préstamo hipotecario. El Órgano Director señala que la formalización del seguro de protección de pagos se comercializa usualmente de forma independiente o como parte de coberturas adicionales en un seguro de amortización. No obstante, advierte que las contingencias de desempleo e incapacidad temporal se conciben como alternativas, por lo que, atendiendo a los términos recogidos en la póliza, el asegurado podría únicamente percibir una entre las dos coberturas hasta que dure la citada situación³⁶³.

³⁶⁰ Así, el punto nº. 16 dispone para la modalidad de «Pérdidas pecuniarias diversas»: «Incluye riesgos del empleo, insuficiencia de ingresos (en general), mal tiempo, pérdida de beneficios, subsidio por privación temporal del permiso de conducir, persistencia de gastos generales, gastos comerciales imprevistos, pérdida del valor venal, pérdidas de alquileres o rentas, pérdidas comerciales indirectas distintas de las anteriormente mencionadas, pérdidas pecuniarias no comerciales y otras pérdidas pecuniarias».

³⁶¹ En el mismo sentido, Vid. CORTÉS CONTRERAS, I. y RUIZ ECHAURI, J., *Los seguros de protección de pagos...*, op. cit., pg. 36.

³⁶² De acuerdo al art. 18.3 de la Orden EHA/2899/2011, «en el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios». Disposición citada en BERROCAL LANZAROT, A.N., *La protección del deudor hipotecario...*, op. cit., pg. 57.

³⁶³ Punto 5º del Criterio.

No existe, por tanto, obligación legal alguna para el consumidor de suscribir este seguro junto con el producto financiero. Sin embargo, al igual que lo referido respecto al seguro de daños, la entidad de crédito podría supeditar la concesión del préstamo a la suscripción del seguro por motivos de garantía de su cartera crediticia y, particularmente, cuando exista riesgo real de impago por el consumidor. En todo caso, la póliza de seguro deberá comercializarse cumpliendo los requisitos exigidos en la ley, sin que pueda producirse, entre otros incumplimientos, un abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo de acuerdo al art. 7 CC.

3. Seguros de amortización

Los seguros de amortización de préstamos son seguros de vida decrecientes destinados a aquellas personas que, habiendo formalizado un contrato de préstamo con una entidad de crédito, desean garantizar el perjuicio económico a sus herederos derivado de su fallecimiento o de una situación de incapacidad permanente. Por tanto, realizándose el hecho amparado por la póliza, cubre la deuda pendiente del préstamo, liberando de cargas al resto de miembros de la unidad familiar³⁶⁴.

La duración común del seguro de amortización puede pactarse entre tres años y la fecha de vencimiento del préstamo. En los casos de fallecimiento, la entidad aseguradora podrá abonar el capital pendiente de amortizar, y, en los supuestos de incapacidad permanente, el tomador-asegurado recibiría dicho capital. Respecto a la forma de pago, es posible abonar la prima de forma mensual, trimestral, semestral o anualmente³⁶⁵. No obstante, es práctica habitual o usual que las entidades de crédito obliguen al cliente a suscribir un seguro de vida a prima

³⁶⁴ Para más información acerca del seguro de amortización de créditos o préstamos, puede consultarse BOLDÓ RODA, C., “El seguro de amortización de préstamos”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año n.º. 17, n.º. 71, 1998, pgs. 695-746; DEL ESTAL SASTRE, R., *Vinculación entre contrato de préstamo hipotecario...*, op. cit., pgs. 56-93; así como GÓMEZ LOZANO, M.R., “Contratación de seguros de vida vinculados a préstamos hipotecarios (seguros de amortización)”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 2, n.º. 1, 2015, pgs. 215-219.

³⁶⁵ Indica VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pgs. 704 que «hay que tener en cuenta que el precio final de estos seguros, dado que el periodo medio de vida de una hipoteca supera los diez años, y que hoy día llegan hasta los cincuenta, encarece mucho el precio final del préstamo, por lo que en todo caso debe quedar bien reflejado el coste de los mismos si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas».

única de tamaño considerable³⁶⁶, que se une al capital del préstamo, y cuya duración se ajustaría al del vencimiento del mismo³⁶⁷.

Con anterioridad a la aplicación de la Orden EHA 2899/2011, las entidades de crédito forzaban al cliente a suscribir este seguro de vida momentos antes de formalizar la escritura de préstamo hipotecario. Para lograr rescindir el contrato de seguro a prima única, resulta necesario cancelar total y anticipadamente del préstamo, debiendo la entidad de crédito devolver al asegurado la parte proporcional de la prima no consumida (extorno de prima)³⁶⁸.

Nos encontramos ante un seguro de suscripción voluntaria con el préstamo, por lo que ninguna disposición legal obliga a las partes a una comercialización conjunta con un contrato de préstamo³⁶⁹. Para las entidades de crédito aparece como un servicio accesorio de notable rentabilidad, no sólo por las mismas causas referidas para los seguros de protección de pagos, sino por la práctica usual de obligar al tomador-asegurado a designar como beneficiaria para el cobro de la indemnización a la propia entidad de crédito. La otra posibilidad es mantener a los herederos como beneficiarios y conferir a la entidad de crédito la cesión de derechos para que el cobro de la indemnización se dirija automáticamente al abono del saldo deudor.

³⁶⁶ Habitualmente para préstamos de más de 100.000 euros.

³⁶⁷ De acuerdo a VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pgs. 704, «[...] sí hay importantes riesgos para el asegurador en cuanto a la imposición de una determinada entidad aseguradora por parte del banco que concede el crédito. Es evidente que el contrato principal es el del crédito, y por ello el cliente del banco se ve obligado a aceptar el seguro que le ofrece la entidad de crédito si quiere conseguir el crédito y no se suele detener a buscar un seguro con mejores condiciones de precio y cobertura, entre otras cosas porque muchas veces no puede, aunque se le impone la contratación del seguro con la entidad que elija el banco como requisito para la concesión del crédito».

³⁶⁸ Vid. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 321.

³⁶⁹ Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 92, indican que «también han encontrado incardinación en el artículo 1 de la LDC los acuerdos entre competidores para la comercialización conjunta de bienes o servicios. Las Directrices Horizontales establecen en su apartado sexto los elementos que han de tomarse en consideración para valorar cuándo un acuerdo de comercialización conjunta puede beneficiarse de la exención del apartado tercero del artículo 1 de la LDC. La CNC tuvo ocasión de analizar algunos acuerdos de esta naturaleza. En estos casos se observa una clara preferencia por la búsqueda de modificaciones a los términos de los acuerdos, en el marco de procedimientos de determinación convencional, en lugar de la opción de declarar la existencia de infracción y sancionar a los partícipes del acuerdo».

En este último caso, la entidad de crédito únicamente podrá percibir la indemnización para amortizar la deuda pendiente, debiendo entregar el exceso del capital asegurado a los beneficiarios. Sin embargo, es mala práctica bancaria, habitual en cierto grado, que las entidades de crédito, habiéndose designado a sí mismas como beneficiarias del seguro, y acreditándose la producción del siniestro, éstas reclamen la deuda a los herederos del prestatario, y no así a la entidad aseguradora con la que suscribió dicha cobertura³⁷⁰. Esta actuación reprobable tiene más sentido cuando la aseguradora pertenece al mismo grupo empresarial que la entidad de crédito, dado que dicha reclamación generaría una pérdida o coste económico importante al grupo mismo.

No obstante, a pesar de que se trata de un seguro voluntario, las entidades de crédito, tradicional y generalizadamente, han venido obligando al consumidor a suscribir el seguro con determinadas condiciones desventajosas para sus derechos. Estas entidades de crédito, además, suelen ofertar descuentos en forma de bonificaciones en el tipo de interés aplicable al préstamo si el seguro se celebra con una entidad aseguradora controlada o afín.

Esta supuesta vinculación legal ha sido alegada generalizadamente en la comercialización de estos seguros en virtud de la Circular del Banco de España nº. 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela³⁷¹. Así, en el apartado 11 c) de la norma sexta, relativa a la entrega de documentos contractuales y de tarifas de comisiones y normas de valoración, y en relación a las operaciones de préstamo o crédito, las entidades deberán hacer constar «la necesidad de constitución, en su caso, de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular».

Al respecto, dicho apartado no obliga a las partes a suscribir junto con el préstamo un seguro de amortización, sino que exige a las entidades de crédito hacer constar en los contratos la necesidad de la supeditación del seguro para la concesión del préstamo. Se trata, por ello, de un criterio arbitrario y subjetivo sin base o fundamento normativo, debiéndose respetar, en cualquier caso, la aplicación de las normas de mediación de seguros y contratación con consumidores y usuarios³⁷².

³⁷⁰ En el mismo sentido, Vid. VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 704.

³⁷¹ BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012.

³⁷² Conforme manifiesta VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pgs. 703 y 704, «la práctica habitual de imposición de un seguro de

Este carácter voluntario del seguro de amortización se expresa, asimismo, en la derogada *Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*³⁷³. De esta forma, en su Anexo II relativo a las cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario, se señala que podrán incluirse como gastos a cargo del prestatario (conceptos de gasto futuros o pendientes de pago que sean o se pacten a cargo del prestatario) los derivados del seguro de vida, cuando fueran aplicables. La Orden del Ministerio de Presidencia se refiere, evidentemente, al coste efectivo de la operación, entre las que se encuentran las comisiones o gastos a cargo del prestatario.

La cuestión de la voluntariedad del seguro se confirma con la vigente Orden EHA/2899/2011. En este sentido, de conformidad con su art. 18.4, el Ministerio de Economía y Hacienda manifiesta, sobre la evaluación de la solvencia del cliente, que «en el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios». Se establece, en virtud de la aplicación de la Orden, la citada voluntariedad del seguro cuya supeditación a la concesión del préstamo dependerá exclusivamente de la situación de solvencia del cliente, y no de otros factores arbitrarios o subjetivos determinados por las entidades de crédito para obligar al consumidor a suscribir un seguro junto con el producto financiero.

4. Seguros vinculados a tarjetas de crédito

Las tarjetas de crédito se han impuesto por méritos propios en la sociedad moderna, constituyendo el medio alternativo para el pago en efectivo. No obstante,

amortización del préstamo hipotecario tiene cierto reconocimiento legal en el sector bancario que cuenta con reconocimiento legal. Así, en relación con los denominados “productos vinculados” la Guía de acceso al Préstamo Hipotecario del Banco de España de 2013, considera que “En el caso particular de los préstamos hipotecarios, no existe, en principio, limitación alguna a las condiciones y cláusulas que se pueden incluir en un contrato de préstamo. Por tanto, nada impide que una entidad, para conceder un préstamo, exija del prestatario el cumplimiento de uno varios requisitos adicionales, como puede ser, por ejemplo [...] un seguro de unas determinadas características. Por otro lado, en las operaciones a tipo de interés variable, es frecuente que las entidades ofrezcan bonificar el diferencial que, adicionado al tipo de interés de referencia, determina el tipo de interés aplicable, a cambio de la contratación de determinados productos y/servicios». La citada Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario del Banco de España, referida anteriormente por el Profesor D. Carlos Vargas Vasserot se encuentra disponible en WEB (22/10/2017): https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf

³⁷³ BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994.

con la suscripción de este servicio financiero las entidades de crédito suelen combinar su contratación con la de otros seguros, aunque la línea comercial entre entidades difiere enormemente sobre el seguro en cuestión, cobertura, etc. Estos seguros pueden comercializarse junto a la tarjeta de forma gratuita u onerosa, dependiendo, como indicamos, de la política de vinculación de la entidad de crédito. La inclusión y condiciones de estos seguros resultan proporcionadas a la gama de la tarjeta de crédito de que se trate, esto es, de acuerdo a la contratación de una gama superior (denominadas bajo su modalidad “oro” o “platino”), se verá incrementado tanto el número de seguros asociados como el límite de sus coberturas.

Sin embargo, es práctica habitual de las entidades de crédito incluir gratuitamente uno o varios seguros genéricos a la tarjeta de crédito, pudiendo éstos estar incluidos en los gastos de mantenimiento de la tarjeta³⁷⁴. Las modalidades de seguros que pueden contratarse con la tarjeta de crédito resultan suficientemente variadas para atender la hipotética demanda del consumidor. De esta forma, entre los seguros asociados podemos referir: (1) seguros de vida; (2) seguros contra el fraude; (3) seguros de accidentes y asistencia en viaje; (4) seguros de robo; (5) seguros de protección de compras; (6) seguros contra la infidelidad de los empleados; o (7) seguros de protección de robo en cajeros³⁷⁵.

Las entidades de crédito comercializan estos seguros de forma predeterminada o automática con las tarjetas de crédito, por lo que, en ningún caso, son exigidos expresamente por los consumidores. A esta falta de voluntariedad se suma la carencia de información de los consumidores respecto a la existencia de seguros asociados a sus tarjetas de crédito y del precio de los mismos que se carga en los gastos de mantenimiento. En cierta forma, tratándose de seguros supuestamente gratuitos, las entidades de crédito interesan la reducción de

³⁷⁴ Vid. *¿Qué seguros pueden incluir las tarjetas de crédito?* (16 de mayo de 2015), Periódico Expansión. De acuerdo a esta práctica, el artículo contiene una descripción de las políticas comerciales más usuales derivadas vinculación. Conforme al portal Bankimia, los seguros más habituales incorporados a tarjetas son los relacionados con seguros de accidente y asistencia en viaje, concretamente seguros que cubran accidentes en transporte público, los gastos médicos surgidos durante el viaje, gastos de repatriación o la pérdida de equipajes. Igualmente, la cobertura por robo constituye un seguro habitual con la contratación de la tarjeta de crédito.

³⁷⁵ Conforme expone VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 725, «volviendo a las coberturas que ofrecen los seguros gratuitos asociados a tarjetas de crédito, estos varían según el tipo de tarjeta de que se trate, siendo las más frecuentes las de vida y accidentes, y la asistencia en viaje, aunque no en todos los casos opera automáticamente, sino que a veces se exige el uso y no solo la titularidad de la tarjeta».

información suficiente del producto de seguro para el servicio financiero sea aún más rentable en caso de concurrencia del siniestro.

Como hemos indicado, las entidades de crédito también asocian seguros a las tarjetas de débito³⁷⁶, si bien de forma considerablemente más reducida que en la comercialización de las tarjetas de crédito. Respecto a la situación de los titulares de la tarjeta de crédito, las entidades de crédito figuran en la posición de tomador, y el consumidor como asegurado. Sin embargo, es práctica habitual que la entidad de crédito se designe como beneficiaria preferente en caso de que el titular de la tarjeta debiera cantidad alguna a la entidad emisora de la misma. En este caso, la entidad de crédito sería la primera beneficiaria hasta el importe de dicha deuda.

En cualquier caso, no existe para el consumidor obligación legal de suscribir estos seguros asociados, y menos aún con una entidad aseguradora designada previamente por la entidad de crédito. Nos referimos a coberturas accesorias, comúnmente gratuitas, que aseguran determinados riesgos vinculados con el uso de las tarjetas de crédito, como el atraco ante un cajero automático, o un accidente en un medio de transporte autorizado, cuyo coste del viaje haya sido abonado a través de la tarjeta en cuestión³⁷⁷. No obstante, debemos cuestionar en este examen la gratuidad de estos seguros promocionada por la entidad, dado que, en la práctica comercial, las entidades de crédito pueden estar elevando discrecionalmente los gastos de mantenimiento de las mismas alegando una mayor seguridad del servicio.

5. Productos financieros relacionados con el aseguramiento

La vinculación de seguros con productos financieros es de naturaleza amplia, de forma que casi cualquier riesgo financiero puede garantizarse a través de la contratación de un seguro. Este es el caso de los seguros «*Unit United*», esto es, seguros de vida por los que la prima abonada por el tomador se invierte por la entidad aseguradora en valores o fondos de inversión designados previamente por

³⁷⁶ Son aquellas tarjetas cuya función es cargar el importe directamente en la cuenta corriente del consumidor.

³⁷⁷ Advierte VARGAS VASSEROT, C., *La comercialización de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., pg. 725, que «las principales cuestiones jurídicas que plantean estos seguros derivan del carácter colectivo o de grupo d seguro, la falta de información al asegurado de su misma existencia, la falta de suscripción del boletín individual de suscripción y del conocimiento del condicionado general de las pólizas contratadas».

éste, soportando el riesgo de la inversión³⁷⁸. Es decir, el tomador invierte en un seguro de vida, elige los activos en los que desea invertir, y la aseguradora los asigna a la póliza confiriéndose la titularidad de los mismos³⁷⁹. Se trata, evidentemente, de un complejo producto de inversión y no tanto de un seguro, resultando imprescindible, sobre un producto de estas características, el pleno de consentimiento del tomador que otorgue validez jurídica al contrato³⁸⁰.

La jurisprudencia no ha dudado en estimar las acciones de nulidad presentadas por los tomadores, al concurrir en muchas ocasiones error o vicio en el consentimiento motivado por la falta de información y dolo negocial al comercializar un producto complejo como éste a una persona que no reúne el perfil y la experiencia suficientes para otorgar su consentimiento³⁸¹. Existen, por otro lado, otros productos financieros que tienen por objeto cubrir contingencias de índole financiera, no considerándose de ninguna forma un producto asegurador, es el caso de los contratos «SWAP», «CAP», o «FLOOR», es decir, instrumentos de cobertura de tipos de interés, denominados erróneamente «seguros de tipos de interés»³⁸².

³⁷⁸ Estos productos financieros, en concreto los relacionados con la cobertura de tipos de interés, se han venido vinculando también a los préstamos hipotecarios. Es decir, bajo el riesgo de una posible subida de los tipos de interés del préstamo, la entidad de crédito asumía el exceso de dicha cuantía, y en el caso de su reducción, el consumidor se obligaba a su abono que se sumaba al de la cuota hipotecaria. Vid. BERROCAL LANZAROT, A.N., *La protección del deudor hipotecario...*, op. cit., pg. 53.

³⁷⁹ Vid. Diccionario Mapfre, Fundación Mapfre, Para más información acerca de la venta de estos productos: Vid. ALONSO SOTO, R., “¿Puede una compañía de seguros comercializar productos de ahorro-inversión asociados a un seguro de vida?”, *Despacho Gómez-Acebo & Pompo*, 2015.

³⁸⁰ Para más información sobre la comercialización de estos productos financieros a personas mayores o en situación de dependencia, Vid. MORILLAS JARILLO, M.J., “La comercialización de productos financieros complejos entre personas vulnerables”, en GARCÍA GARNICA, M.C. (Dir.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid, Editorial Dykinson, 2014.

³⁸¹ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 12 de enero de 2015 (nº. de recurso 2290/2012), de 10 de septiembre de 2015 (nº. de recurso 2162/2011), y de 3 de enero de 2011 (nº. de recurso 279/2007).

³⁸² Conforme a NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 727, 2011, pg. 2686, los «SWAPS» no podrían considerarse seguros en atención a dos motivos: 1º no cumple el requisito del art. 1 LCS de asegurar a cambio del abono de una prima; y 2º el producto financiero genera en sí mismo un riesgo de tipo de interés, lo que genera, por su naturaleza, un alto componente especulativo en contra, como decimos, de la naturaleza del contrato de seguro. Por otra parte, respecto a la naturaleza jurídica e implicaciones del seguro de vida, Vid. ACOSTA MÉRIDA, M.P., *Seguro de vida y Derecho de sucesiones*, Madrid, Editorial Dykinson, 2006.

Esta discusión acerca de la naturaleza del seguro se ha mantenido también en las pólizas de seguro ahorro-inversión. Para diferenciar un contrato de seguro de vida de un contrato financiero resultaría necesario examinar si «la prestación convenida en la póliza ha sido determinada por el asegurador mediante la utilización de criterios y bases de técnica actuarial referidas a la esperanza de vida del asegurado»³⁸³.

Además de parecer incierta la denominación de contrato de seguro respecto a determinados contratos financieros complejos, no existe disposición alguna en el ordenamiento jurídico español que obligue a la contratación de un seguro junto con un contrato financiero de estas características. La suscripción de aquéllos se deriva de una manifestación de la voluntariedad del consumidor, esto es, de la existencia de su válido consentimiento en el sentido que establece el art. 1266 CC³⁸⁴.

³⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 12 de marzo de 2015 (nº. de recurso 222/2013).

³⁸⁴ Al respecto, indica PAGADOR LÓPEZ, J., “Los swaps en el sistema contractual español”, *La Ley, Derecho de los Negocios, Sección Temas de Hoy*, nº. 257, La Ley nº. 315/2012, 2012, pg. 3: «Lo importante es que ambas partes sean libres de contratar y decidan libremente si contratan o no, porque si, libremente, o sea, pudiendo no hacerlo, alguien contrata, debe quedar vinculado por el contrato celebrado (*pacta sunt servanda*); y debe quedar vinculado no porque el contrato sea más o menos justo conforme a parámetros de terceros, sino porque el procedimiento contractual (o sea, el hecho de decidir libremente celebrar el contrato pudiendo no haberlo hecho) garantiza la justicia de lo acordado (*volenti non fit iniuria*). Naturalmente, lo que garantiza la justicia de los contratos es lo que garantiza la libertad de su celebración, o sea, el que habiendo alternativas transparentes, alguien haya decidido, libremente, celebrar el contrato. Por tanto, es el contexto de mercado en que se celebran los contratos, o sea, el procedimiento contractual, en nuestro modelo normativo vigente el que garantiza la justicia de lo acordado, y, por tanto, da cuenta de su inexpugnabilidad a valoraciones de terceros, especialmente las de los jueces. [...] Eso explica que lo que es objeto de protección en nuestros Códigos es el proceso de formación del contrato, y, más en concreto, el proceso de formación del consentimiento negocial. El contrato podrá ser declarado inválido, podrá ser anulado, si el consentimiento no se formó correctamente, por haber existido, por ejemplo, violencia o error. Ahora bien, en la mentalidad de nuestros codificadores éstos eran sucesos excepcionales, apreciables de manera extraordinariamente restrictiva, y con el límite, siempre, del deber de actuación diligente del sujeto que padece el vicio. Si alguien celebra un contrato por error por no haber actuado con la diligencia exigible, por tanto, el contrato no será anulado».

Segunda Parte

**PROTECCIÓN DE LA LIBRE
COMPETENCIA ANTE LA
VINCULACIÓN DE SEGUROS
CON PRODUCTOS
BANCARIOS**

Capítulo III

Aplicación del Derecho de defensa de la competencia al mercado de seguros privados

I. Introducción

La aplicación del Derecho de la Competencia viene generalizada respecto de casi cualquier sector del mercado, manteniendo ciertas especialidades en función de los mismos³⁸⁵. Aunque, no ha sido una posición unánimemente defendida en el tiempo, en la actualidad no existen dudas acerca de su aplicación sobre el mercado de seguros³⁸⁶, cuestión que ha sido repetidamente confirmada por la Comisión Europea. Debe asumirse, con carácter general, la aplicación de las normas de competencia al sector asegurador (y, por ende, a la mediación de seguros), por lo que sus particularidades y el comportamiento de sus operadores no se hallan exclusivamente limitados, exclusivamente, a las normas de ordenación y supervisión de los Estados miembros.

El *Informe Anual sobre Política de la Competencia de 1973*³⁸⁷ confirmaría que la imposición, por parte de los Estados miembros, de requisitos previos para el acceso al mercado asegurador, no entraba en conflicto con la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE (actuales arts. 101 y 102 TFUE). Posteriormente, la posición de la

³⁸⁵ Una de sus limitaciones se encuentra, concretamente, en el sector agroalimentario, fuertemente supervisado por la administración. En este sentido, Vid. ALONSO SOTO, R., “La aplicación de la normativa de la competencia al seguro”, *RES: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, n.º. 136, 2008, pg. 579; GUILLEM CARRAU, J., “Política Agrícola Común y Derecho de la Competencia”, *Revista Española de la Unión Europea*, n.º. 26, 2014, pg. 140; NÚÑEZ OSORIO, M.I., *El abuso anticompetitivo bajo el artículo 82 del Tratado CE: rebajas y precios predatorios*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Ricardo Alonso Soto, Universidad Autónoma de Madrid, 2009, pg. 25. Al respecto, el legislador comunitario tuvo en cuenta, en los arts. 36 y 37 TCE (hoy arts. 42 y 43 TFUE), la incompatibilidad entre la Política Agraria Común y la aplicación de las disposiciones relativas a la competencia, prevaleciendo la primera sobre dichas disposiciones. Así las cosas, el citado art. 42 TFUE establece la limitación de la aplicación de las normas sobre la competencia a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Consejo, y en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en los apartados 2 y 3 del art. 43 TFUE, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el art. 39.

³⁸⁶ Conforme señala ALONSO SOTO, R., *La aplicación de la normativa...*, op. cit., pg. 580, estas dudas y cuestiones acerca de la aplicación del sistema de Defensa de la Competencia se deben a la existencia de un control estatal específico que conllevaba usualmente la regulación de precios y condiciones comerciales, a la heterogeneidad y exhaustividad del marco ordenatorio de la actividad, a la tutela de un interés público en garantizar la solvencia de las entidades aseguradoras, así como a las peculiaridades en el mecanismo del cálculo de los precios de los productos aseguradores. A estas razones, podemos añadir la existencia de un extenso marco regulatorio, las discrepancias entre las legislaciones de los estados miembros por una falta de armonización, y, por último, las particularidades de las prácticas acometidas por las entidades aseguradoras. Vid. GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C., “El sector asegurador y el Derecho de la Competencia”, en BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Dir.), *Estudio sobre el sector asegurador en España*, Madrid, Fundación de Estudios Financieros, n.º. 35, 2010, pg. 237.

³⁸⁷ Second Report on Competition Policy (annexed to the «Sixth General Report on the Activities of the Communities»), 1973, apdo. 54.

Comisión fue reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, principalmente, a través de sus Sentencias de 9 de junio de 1977³⁸⁸ y de 27 de enero de 1987³⁸⁹.

La Comisión, atendiendo a la necesidad de eximir ciertas conductas de cooperación entre entidades aseguradoras que resultaban beneficiosas para el sector y los consumidores, aprobó el Reglamento n.º. 1534/1991, 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 seguros³⁹⁰, por el que se habilitaba a la Comisión para elaborar futuros reglamentos de exención hasta en seis categorías de acuerdos y prácticas³⁹¹, aprobándose posteriormente, en virtud de dicha disposición, el Reglamento (CEE) n.º 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 seguros³⁹², sobre cuatro de las seis categorías habilitadas inicialmente³⁹³.

El legislador comunitario reconoció, no sólo las particularidades del sector del seguro, sino la importancia de regular el tránsito de información entre operadores para dotar al sistema de mayor transparencia y eficiencia. Esta atención en el cumplimiento de las normas de competencia obedece a la liberalización de la actividad aseguradora en el mercado común, salvando cuestiones relativas al régimen de supervisión y ordenación exhaustivamente reguladas por los propios Estados miembros³⁹⁴.

³⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 1977 (As. C-90/76, *Van Ameyde/UCI*).

³⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1987 (As. 45/85, *Verband der Sachversicherer*).

³⁹⁰ DOCE núm. 143, de 7 de junio de 1991.

³⁹¹ Conforme a NÚÑEZ OSORIO, M.I., *El abuso anticompetitivo...*, op. cit., pg. 27, los redactores del Tratado autorizaron al Consejo a adoptar los reglamentos o directivas adecuadas para la aplicación de las prohibiciones de los arts. 81 y 82 TCE.

³⁹² DOCE núm. L398, de 31 de diciembre de 1992.

³⁹³ Por un lado, la labor legislativa desarrollada por la Comisión reafirma el convencimiento de las instituciones europeas de impulsar políticas de competencia más allá de las normas internas de ordenación y supervisión de los Estados miembros. Por otro lado, las disposiciones comunitarias en materia de exenciones tienen su justificación por el gran número de procedimientos de exenciones individuales que amenazaban con colapsar la Comisión. En este sentido, Vid. GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C., *El sector asegurador...*, op. cit., pg. 239.

³⁹⁴ Vid. ALONSO SOTO, R., *La aplicación de la normativa...*, op. cit., pg. 581.

La aplicación de las normas de competencia sobre esta actividad ha sido fuertemente inspirada por los principios y objetivos comprendidos, particularmente, en el TCE. Al respecto, el art. 1 TCE dispuso que la CEE tiene como objeto promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, y una elevación acelerada tanto del nivel de vida como de las relaciones entre los Estados miembros.

En su art. 3, el legislador comunitario se preocupó no sólo de suprimir los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales sino de garantizar que la competencia no será falseada en el mercado común (letras c y g del art. 3 TCE). La consecución de estos fines, de acuerdo con el art. 119 TFUE, deberá llevarse a cabo con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia³⁹⁵.

La libertad de circulación de servicios y capitales se ve directamente reflejada en el derecho de establecimiento de entidades aseguradoras en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea (arts. 14.2 y 43 TCE)³⁹⁶. El respeto

³⁹⁵ Asimismo, indica FIGUEIREDO ALMACA, J., *Análisis estratégico del sector asegurador europeo (estudio de ventajas competitivas en la Región Ibérica)*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Eduardo Bueno Campos, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, pg. 6, que: «la ventaja competitiva es, por tanto, la capacidad de superar a los rivales en el aspecto más fundamental y primordial que no es otro que la rentabilidad de la empresa. Sin embargo, la ventaja competitiva no se determina sólo en función de la rentabilidad, pues también podemos entenderla como la lucha por ganar cuota de mercado, la cual, en última instancia conduce a la destrucción del rival. Aunque, sin duda, los dos aspectos se encuentran interrelacionados. Las ventajas se pueden obtener como reacción a cambios externos e internos. El papel del cambio externo en crear ventajas competitivas no es simplemente la confirmación de ventajas o desventajas sobre firmas con comportamientos pasivos en el mercado. La ventaja competitiva que proviene del cambio externo depende también de la capacidad de respuesta a ese cambio. El cambio interno proviene de la innovación, la cual no sólo crea ventajas competitivas sino también aporta las bases para sobrepasar las ventajas de otros competidores».

³⁹⁶ Conforme expone LINDE PANIAGUA, E., «El significado del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión en la Constitución Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº. 10, 2006, pgs. 18 y 19: «la Constitución Europea, en la línea de las constituciones española y portuguesa, no sólo considera a la libertad, la seguridad y la justicia como objetivos sino también como valores (art. 1-2). Además, tanto la Constitución Europea como la española y la portuguesa consideran a la libertad y la justicia como derechos fundamentales (Parte II en la Constitución Europea, Título primero en la Constitución española y Título segundo de la Constitución portuguesa). De manera que podría afirmarse que los antecedentes que han servido de inspiración a la Constitución Europea, en el punto que analizamos, son las constituciones española y portuguesa, únicas constituciones europeas que desvelan de modo explícito los valores que les sirven de fundamento. La caracterización de la justicia, la libertad y la seguridad como objetivos y valores nos sitúa ante unos constituyentes sinceros, que saben que la realización de los mismos es una aspiración, una utopía, que debe presidir la acción de los poderes públicos». Puede consultarse, igualmente, BLANCO-

de este derecho entraña una preocupación constante, como es la de dotar al sistema de una mayor eficiencia en beneficio de los consumidores y usuarios. La Comisión, por medio de los Reglamentos de exención, tiene bien presente tanto la libertad de establecimiento de las entidades aseguradoras, así como los límites de aplicación de las normas de competencia, dentro de las competencias y de los objetivos designados en el Tratado (art. 5 TCE).

Con la liberalización del establecimiento de entidades aseguradoras quedarían suprimidas cuantas restricciones a la libre prestación de servicios existieran en la CEE. Este objetivo comercial, para con el ámbito asegurador, quedaría plasmado en el art. 51.2 TCE (actual art. 58.2 TFUE), que garantiza la liberalización de los servicios de seguros vinculados a los movimientos de capitales en armonía con la liberalización de la circulación de capitales.

La preocupación sobre la necesidad de las políticas de competencia se transmitió, también, al legislador español. Por este motivo, nuestras leyes de ordenación de los seguros privados incluyen una cláusula de exención en relación al uso de primas de riesgo que estén basadas en estadísticas comunes (art. 23.3 de la derogada Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado³⁹⁷, y art. 25.3 de la vigente LOSSP), práctica de cooperación entre entidades que genera más estabilidad y solvencia al sector asegurador.

II. El sector del seguro como mercado de referencia

1. Consideraciones iniciales sobre el mercado de referencia

La importancia de la definición del mercado de referencia es una cuestión clave en el Derecho de la Competencia. Su efectividad permite determinar y definir los límites del espacio de competencia entre empresas, así como establecer el contexto por el que las correspondientes autoridades de competencia aplican la política de competencia³⁹⁸. En caso de infracción de las normas de competencia, el

MORALES LIMONES, P. y CARBONELL PUIG, J., “Actividad en régimen de establecimiento y libre prestación de servicios”, en AA.VV., *Estudios y comentarios sobre la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Madrid, Fundación Mapfre, 1997, pgs. 291-332.

³⁹⁷ BOE núm. 186, de 4 de agosto de 1984.

³⁹⁸ DOUE núm. C372 de 9 de diciembre de 2007.

primer y más importante elemento a tener en cuenta es el mercado de referencia que engloba tanto el mercado de producto como el mercado geográfico y temporal.

El texto orientativo que debe tenerse presente a la hora de resolver la cuestión sobre la definición y determinación del mercado de referencia es la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia³⁹⁹. La noción que contiene el texto sobre el mercado de referencia es sustancialmente distinta a la empleada por las empresas para referirse al mercado al que van dirigidos sus productos.

El mercado de productos comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables y sustituibles en atención a sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos (apdo. 7). Los criterios de intercambiabilidad y sustituibilidad no son los únicos a tener en cuenta a la hora de determinar las características de los productos o servicios, sino que es necesario examinar las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y de la demanda en el mercado⁴⁰⁰.

El análisis de la sustituibilidad de la demanda (clientes) implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera sustitutivos. El apartado 15 de la citada Comunicación invita a realizar un ejercicio mental que presuponga: (1) la variación pequeña y no transitoria de los precios relativos, y (2) la posible reacción de los consumidores frente a dicha variación. Mediante esta orientación podemos examinar qué productos y zonas se incluirán o excluirán de la definición del mercado de referencia dependiendo de que la competencia de estos

³⁹⁹ DOCE núm. C372, de 9 de diciembre de 1997. Nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado, a través de la vía del Real Decreto, la aplicación de las exenciones por categorías contenidas en los Reglamentos de exención comunitarios. Este desarrollo de la norma de competencia española derivó en la incorporación al Derecho interno del Reglamento de exención nº. 358/2003 en materia de seguros. Además de estas medidas normativas, debemos hacer mención a los expedientes tramitados por las autoridades de competencia, principalmente sobre acuerdos horizontales. A través de estos procedimientos de aplicación de la normativa de competencia se puede profundizar y examinar elementos clave en esta cuestión como son la definición del mercado de referencia, el mercado de producto en cuestión, así como el cálculo de las cuotas de mercado de las empresas.

⁴⁰⁰ Sentencia del Tribunal General (Sala 4ª) de 15 de diciembre de 2010 [As. T-427/08, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) c. Comisión*], consid. 66 a 68.

productos y zonas afecten suficientemente a las políticas de fijación de precios de las partes a corto plazo o la restrinja⁴⁰¹.

Por otro lado, la sustituibilidad de la oferta (proveedores) puede tenerse en cuenta al definir el mercado cuando sus efectos son equivalentes a los de la demanda en términos de eficacia y de respuesta automática. Ambos elementos conforman el mercado de producto, uno de los dos principales elementos para definir el mercado de referencia.

Respecto al mercado geográfico, el apartado 28 de la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia establece el enfoque necesario para dar curso a esta definición. Conforme expresa la Comunicación, para comenzar con este análisis, se debe obtener una primera idea de las dimensiones del mercado geográfico a partir de indicaciones generales sobre la distribución de las cuotas de mercado de las partes y de sus competidores, así como de la fijación y diferencias de precios a escala nacional y comunitaria.

Seguidamente, deben examinarse las razones que determinan una concreta configuración de precios y cuotas de mercado. Este estudio se realizará, por un lado, considerando las características de la demanda (preferencias nacionales o locales, hábitos de compra...), con el fin de determinar si empresas de otras zonas constituyen fuente de real de suministro alternativo para los consumidores; y por otro, podrá realizarse un nuevo examen de los factores de la oferta con el fin de determinar qué empresas de zonas distintas no encuentran obstáculos para comercializar sus productos en condiciones de competencia en todo el mercado geográfico.

Destaca su apartado 33 por el que, en los casos en que se considere necesaria una definición precisa del mercado, la Comisión podrá ponerse en contacto con las principales empresas del sector para conocer su opinión acerca de los límites del mercado de productos y del mercado geográfico, e incluso realizar una inspección en el lugar o lugares relacionados con los hechos.

Estas definiciones del mercado de producto y geográfico permiten determinar los proveedores y consumidores que participan en el mismo. El análisis,

⁴⁰¹ Sentencia, cit. ut supra. consid. 16. En este sentido, NAVARRO VARONA, E., "Comunicaciones recientes de la Comisión europea en materia de competencia", *Revista General de Derecho*, 1999, pgs. 2359-2360, manifiesta que resultaría necesario evaluar si los clientes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos que estén fácilmente disponibles, así como a proveedores ubicados en otras zonas cuando se incrementen los precios entre un 5% al 10%.

relativo a los proveedores de las empresas investigadas, se realiza partiendo de las ventas de los productos efectuadas en una zona determinada para calcular el tamaño total del mercado, así como de las cuotas de mercado de cada proveedor. Junto a esta labor, pueden considerarse otros factores que sirven como información útil para el cálculo de las cuotas, como son el volumen y el valor de las ventas (apdo. 53).

2. Mercado del producto

En relación al mercado del producto vinculado a la operación, esto es, al contrato de seguro. Atendiendo a la clasificación de los distintos riesgos en ramos, la autorización administrativa comprende, por un lado, los ramos de vida⁴⁰² y riesgos complementarios, y, por otro lado, los ramos distintos al de vida⁴⁰³ y riesgos accesorios⁴⁰⁴.

Numerosas resoluciones de las autoridades de competencia nacional y comunitaria, considerando la importancia de definir el mercado de producto⁴⁰⁵, han desarrollado esta labor desde la investigación de asuntos que ponen de manifiesto la variedad y diversidad de criterios a la hora de delimitar el mercado del

⁴⁰² Seguro directo sobre la vida que comprende el seguro sobre la vida para muerte o supervivencia, operaciones de capitalización basadas en técnica actuarial y operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación.

⁴⁰³ Accidentes, enfermedad, vehículos terrestres no ferroviarios, vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas, incendio y elementos naturales, de otros daños a bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres, aéreos, marítimos, lacustres y fluviales, responsabilidad civil en general, crédito, caución, pérdidas, defensa jurídica, asistencia, y decesos.

⁴⁰⁴ Anexo relativo a los ramos de seguro de la LOSSP.

⁴⁰⁵ De acuerdo a BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado y su referencia en el Derecho de la competencia europeo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº. 17, 2013, pg. 491: «el mercado de producto consiste en el grupo de aquellos bienes o servicios que pueden ser sustituidos por el consumidor, esto es, el elenco de productos o servicios con los que se puede satisfacer la misma necesidad. El concepto clave para definir el mercado de producto relevante a efectos de Derecho de la competencia es el de sustituibilidad o grado de disposición de los consumidores para cambiar de un producto a otro dependiendo de sus gustos o de las posibilidades reales. En otras palabras, para determinar los bienes o servicios que integran un único mercado de producto es necesario saber cuáles son los productos que pueden ser sustituidos por el consumidor. Este tipo de sustituibilidad se conoce como sustituibilidad de la demanda. También se usa otro tipo de sustituibilidad para completar el análisis del mercado de producto conocido como sustituibilidad de la oferta y que consiste en la disposición de un fabricante para dejar de producir un producto, en favor de otro nuevo, teniendo en consideración determinadas circunstancias. Dependiendo del grado de sustituibilidad de la demanda y/o de la oferta de un producto, la empresa productora del mismo sentirá mayor o menor presión competitiva».

producto⁴⁰⁶. Este es el caso de los siguientes expedientes que traemos a colación, y que desarrollan la fijación del mercado de producto en expedientes relacionados con el sector del seguro y de la mediación⁴⁰⁷:

(1) En la Resolución de la CNC de 29 de mayo de 2009 (Expte. 2789, *Entidades de Crédito*), el Consejo, en relación a la subordinación de préstamos hipotecarios a la suscripción de un seguro de vida o de amortización con una aseguradora del mismo grupo que la entidad de crédito, en detrimento de la eficacia del seguro, estimó como suficiente el análisis del mercado de los préstamos hipotecarios y personales, y más en concreto, sobre aquéllos que venían vinculados con contratos de seguros y que hubieren sido suscritos con aseguradoras del mismo grupo bancario.

(2) La Resolución de la CNC de 16 de febrero de 2010 (Expte. S/0194/09, *Banca-Seguros*), en relación a supuestas prácticas por infracción de los arts. 1.1 e) y 2.2 a) LDC, consistentes en ofertar bonificaciones en operaciones crediticias, la autoridad nacional de competencia afirmó que ninguna de las entidades de crédito

⁴⁰⁶ Conforme a expresa BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia: El reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2014, pg. 361, citando las Directrices de Verticales, indica que: «para determinar la posición del proveedor en el mercado se tienen que tener en cuenta las barreras de entrada al mercado del producto vinculante. En aquellos casos en los que “la vinculación se combina con una cláusula de no competencia con respecto al bien vinculante, el proveedor fortalece considerablemente su posición, ya que impide que sus compradores adquieran productos competidores que puedan contrarrestar su vinculación” (apdo. 220). El poder de compra de la demanda es también un “factor importante”, ya que si los principales clientes ostentan un poder de mercado significativo, difícilmente se verán forzados a aceptar la vinculación de dos productos, inicialmente vendidos separadamente, que les quiera imponer un proveedor, sin obtener a cambio alguna eficiencia. La comisión concluye que la vinculación que no esté basada en la eficiencia supone fundamentalmente un riesgo en el caso de compradores sin un poder de compra significativo».

⁴⁰⁷ En el cómputo total de expedientes incoados por la autoridad española de la competencia en relación a la infracción del art. 1.1 LDC, conforme a los autores JIMÉNEZ LAIGLESIA, J. y JIMÉNEZ LAIGLESIA, J.M., “Tipología de restricciones horizontales: Limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria [Art. 1.1.b), 1.1.c), 1.1.d) y 1.1.e) de la Ley 15/2007]”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Dirs.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2009, pgs. 164 y 165: «Si tomamos datos de una serie temporal de 2004 a 2007 podemos observar que en 2004, de los expedientes incoados por denuncia atendiendo al artículo de la LDC infringido, 15 lo fueron del art. 1, y entre éstos, 7 por fijación de precios, 4 por limitación de producción y 4 por condiciones discriminatorias. En 2005 hubo 20 expedientes de esta naturaleza, entre los cuales 9 lo fueron por limitación de la producción o distribución, más incluso que los incoados por fijación de precios y condiciones comerciales. En 2006 el número total bajó a 12 expedientes incoándose el mismo número (4) por infracción del apartado a) y del apartado b). Por último, durante el año 2007 las autoridades de competencia españolas han incoado 16 expedientes por conductas prohibidas correspondientes a acuerdos restrictivos de la competencia sancionados por el art. 1 de la LDC. El total de expedientes sancionadores asciende a 26».

investigadas ostentaba en el mercado de banca minorista posición dominante, y particularmente en segmentos más estrechos como la concesión de préstamos hipotecarios o personales.

(3) La Resolución de la CNC de 19 de junio de 2010 (Expte. S/0204/09, *Seguros Decesos*), establece como marco para definir el mercado de producto sobre la investigación de la concertación de precios abusivos en el ramo de decesos y el impedimento a sus clientes de cambiar de entidad aseguradora, el cálculo de las primas para tres categorías de productos: prima única, prima nivelada, y prima seminatural. En este sentido, los contratos de seguros ofrecidos por las aseguradoras quedan determinados por estas tres primas. A la hora de definir el mercado de producto, el ramo de decesos investigado quedaría ajustado por el volumen de primas y por su correspondiente tipo distribuidas por las empresas investigadas.

(4) La Resolución del TDC de 6 de mayo de 1999 (Expte. r 351/99, *Unespa*), en relación a una investigación de supuestas prácticas prohibidas sobre convenios entre UNESPA y entidades y organismos públicos de sanidad, dispone que el mercado de producto se determina en la prestación de servicios sanitarios no financiados por la Seguridad Social.

Aunque pudiera considerarse que cada tipo de seguro podría constituir un mercado de producto, la autoridad nacional de competencia, con influencia directa de la comunitaria, ha obrado en otro sentido en los supuestos de operaciones de concentraciones entre entidades aseguradoras⁴⁰⁸. En este sentido, destacan los Informes del Servicio de Defensa de la Competencia de 23 de septiembre de 2003 (Expte. N-03050, *Mapfre-CajaMadrid Holding/Musini*) y de 5 de febrero de 2004 (Expte. N-04009, *Axa Aurora/Hilo Direct Seguros*). En ambos Informes, el Servicio señala que la Comisión ha distinguido tres submercados en el mercado de seguros: seguros de vida, seguros de no vida y reaseguros; definiciones que comparte la jurisprudencia nacional sobre expedientes de concentración. En particular, en relación a los de vida y no vida, éstos pueden subdividirse en ramos tantos como riesgos garantizan, pudiéndose considerar todos ellos como mercados de producto separados dado que cubren riesgos distintos y poseen características, primas y utilidades diferentes.

⁴⁰⁸ Sobre esta cuestión puede consultarse MIRANDA SERRANO, L.M., “El procedimiento de control de las operaciones de concentración de empresas en el Derecho comunitario de la competencia”, *La Ley Mercantil*, año n.º 3, n.º 16, Madrid, 1992, pgs. 8-18.

Por último, hay que añadir que, desde el punto de vista de la oferta, las entidades aseguradoras suelen ofrecer productos destinados a cubrir un conjunto de riesgos relativos. Esto significa que las entidades aseguradoras pueden operar simultáneamente en diversos ramos ofreciendo seguros que cubrirían un mismo riesgo. Aunque podría definirse un mercado diferenciado dentro un mismo riesgo, esta tarea no resultaría precisa si la operación no obstaculiza la competencia en un seguro más general como, por ejemplo, el seguro de hogar⁴⁰⁹.

3. Mercado geográfico

La jurisprudencia nacional y comunitaria determina, con carácter general, que el mercado geográfico afectado en las cuestiones sobre contratos de seguros es el nacional⁴¹⁰. Este criterio se fundamenta en las estructuras de los mercados, en los canales de distribución, en las limitaciones fiscales, así como en las diferentes legislaciones que se aplican en cada Estado miembro⁴¹¹.

4. El mercado del producto vinculado

Como hemos advertido anteriormente, el mercado del producto vinculado es el asegurador, y, específicamente, el mercado del seguro de vida o no vida asociado al producto o servicio bancario. De acuerdo a la normativa de competencia española y comunitaria, cuando a través de la vinculación se combinen dos productos o más

⁴⁰⁹ Vid. GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C., *El sector asegurador...*, op. cit., pg. 254.

⁴¹⁰ Conforme a BAHAMONDE DELGADO, R., *El poder de mercado y su referencia en el Derecho de la competencia europeo...* op. cit., pgs. 493 y 494: «el mercado geográfico de referencia debe entenderse como aquella zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, siendo sus condiciones de competencia suficientemente homogéneas, pudiendo además distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas. La determinación del mercado geográfico es de gran importancia porque sirve para acotar el grupo de empresas que ejerce presión competitiva sobre el comportamiento de la empresa estudiada. Dependiendo de las condiciones existentes en cada mercado, podrá hablarse de mercados mundiales, europeos, nacionales, regionales, etc. Al igual que para la determinación del mercado de producto, para delimitar geográficamente el mercado de referencia se utiliza la sustituibilidad de la demanda y la sustituibilidad de la oferta».

⁴¹¹ Si bien, en los seguros de transportes, por los característicos riesgos por daños que cubren, se realizan a nivel transnacional por lo que el mercado geográfico puede ser, al menos, comunitario. Vid. Informe del Servicio de Defensa de la Competencia de 5 de febrero de 2004 (Expte. N-04009, *Axa Aurora/Hilo Direct Seguros*).

productos que no guarden relación por su naturaleza o uso comercial, dicha práctica podría calificarse como una práctica restrictiva de la competencia⁴¹².

El mercado del producto vinculado resulta, a tenor de su naturaleza contractual, separado del mercado del producto vinculante. La Comisión en sus *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*⁴¹³, realiza una distinción entre los productos vinculados y sus correspondientes mercados⁴¹⁴.

Para efectuar correctamente tal comparación de productos habría que examinar la demanda de los consumidores, en el sentido de si un número sustancial de clientes compraría el producto vinculante sin adquirir igualmente al mismo proveedor el producto vinculado. Los productos se considerarán distintos, siguiendo la argumentación de la Comisión, si pertenecen a mercados diferenciados, es decir, si el consumidor puede adquirir dichos productos en mercados independientes. En el supuesto de los mercados del producto bancario y del seguro, el consumidor puede abastecerse de ambos servicios y, de forma voluntaria, garantizar el riesgo derivado del producto financiero con un contrato de seguro. Si bien el producto vinculante puede complementarse con un producto o servicio que lo garantice, la práctica describe, en términos generales, que las entidades de crédito formalizan una vinculación técnica y contractual para exigir la contratación de un seguro con una aseguradora propia o designada por aquélla, de manera que puede ser surgir una inducción, coacción o imposición en la contratación.

La consecuencia de estos acuerdos, ya sean horizontales o verticales⁴¹⁵, que tengan como objeto la vinculación entre un producto financiero y un seguro, podría

⁴¹² En este sentido, el art. 1 e) LDC prohíbe la subordinación de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con aquellos contratos. Mediante esta práctica, las entidades de crédito refuerzan, no sólo su posición en el mercado dominado (préstamos hipotecarios, personales...), sino que pueden extender este dominio al mercado del producto vinculado (seguros).

⁴¹³ DOUE núm. C45/7, de 24 de febrero de 2009.

⁴¹⁴ Consid. 51. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2007 (As. T-201/04, *Microsoft/Comisión*), consids. 917, 921 y 922; citada igualmente por la Comisión en sus Orientaciones.

⁴¹⁵ De acuerdo a DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 115: «a primera vista, puede parecer que la figura de las prestaciones vinculadas tiene su ámbito propio en la interdicción del abuso de posición de dominio, cuando el que ofrece las prestaciones está en disposición de hacerlas aceptar por su posición frente

conllevar, por su trascendencia, el cierre anticompetitivo del mercado del producto vinculado. De esta manera, el riesgo que entraña la exclusión de la competencia, advierte el texto de la Comisión, será mayor cuando la estrategia de la vinculación sea duradera a través de una vinculación técnica de productos, cuya resolución resulte onerosa para el consumidor⁴¹⁶. Los efectos de esta vinculación técnica son manifiestamente lesivos para la competencia del mercado vinculado, dado que reducen, indudablemente, las oportunidades de la competencia de comercializar sus productos y servicios (barreras de entrada).

Por tanto, sobre la determinación del mercado del producto vinculado, éste puede desarrollarse de forma estrecha con el mercado del producto vinculante, por lo que sería posible calificar tales mercados, por su proximidad, como vecinos o conexos. El grado de conexión dependerá de la naturaleza del producto financiero, así como de la operación que se trate de garantizar con el contrato de seguro⁴¹⁷.

a la otra parte, sin tener cabida como acuerdo vertical entre comprador y vendedor si no hay posición de dominio porque el adquirente es libre de no aceptar la imposición y de recurrir a proveedores alternativos. Sin embargo, en ningún momento la LDC da a entender que el artículo 1.1 e) no pueda aplicarse a los acuerdos verticales en ausencia de posición de dominio, en los que el vendedor añade indisolublemente a la prestación principal, que es objeto del contrato, otras prestaciones no necesarias y no queridas por el distribuidor, que se ve obligado a aceptarlas si quiere la prestación principal. Hay en este caso una restricción de la libertad del distribuidor/consumidor final que justifica la aplicación del artículo 1.1 e) de la LDC». En el mismo sentido, BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 357, indica que los principales problemas que han ocasionado los acuerdos de vinculación ha sido, principalmente, en sede de posibles abusos de posición de dominio, y no tanto como acuerdos o prácticas restrictivos de la competencia. Sin embargo, posteriormente afirma el autor que, históricamente, contra dichas conductas colusorias la Comisión ha mostrado una postura hostil.

⁴¹⁶ Conforme describe JIMÉNEZ LATORRE, F., “Exclusión a través de precios: la depredación”, en VALERA CARID, F. (Coord.), *Economía y Defensa de la Competencia*, Galicia, Tribunal Galego de Defensa da Competencia, 2010, pg. 105: «en sentido estricto, la exclusión se puede definir como una estrategia comercial de dos etapas. En una primera etapa, se expulsa del mercado a los rivales, o se impide su crecimiento, o simplemente se les disciplina para que no contesten la posición del dominante. Simultáneamente, se introducen barreras de entrada a potenciales competidores, produciéndose un cierre de mercado. En una segunda etapa, se obtiene un beneficio extraordinario, mediante la aplicación de unos precios superiores a los competitivos. La depredación es la conducta que realiza la exclusión mediante la política de precios. El operador dominante adopta una estrategia de reducción de precios que el rival no puede seguir ya que le provoca unas pérdidas que no puede soportar, y acaba abandonando el mercado».

⁴¹⁷ Por ejemplo, podría calificarse como conexo el mercado de préstamos hipotecarios con el mercado de seguros de daños, o el mercado de tarjetas de crédito con el del seguro de protección de pagos.

III. Aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE a las prácticas de vinculación de seguros por entidades de crédito. Aspectos generales

1. Prohibición de prácticas colusorias

En relación a la aplicación de la prohibición contenida en el art. 101 TFUE a supuestos de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas entre aseguradoras, y a pesar de que su aplicación ha tenido especial importancia en la doctrina administrativa de la Comisión, se han incoado cuatro procedimientos formales desde 1998. De igual manera, el TJUE ha resuelto otro reducido número de asuntos, si bien éstos han tenido como motivación cuestiones estrictamente secundarias⁴¹⁸.

El art. 101 TFUE establece una prohibición genérica a los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que pudieren afectar significativamente a la libre competencia en el comercio intracomunitario (mercado único)⁴¹⁹. Esta prohibición se complementa con una serie o lista de ejemplos de prácticas colusorias no exhaustiva, tratándose, por ello, de un *numerus apertus*⁴²⁰. El legislador comunitario prohíbe, en síntesis, toda concertación entre empresas (evidentemente, no pertenecientes a un mismo grupo

⁴¹⁸ Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia...*, op. cit., pg. 49

⁴¹⁹ De acuerdo a DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 59: «El TDC, reiteradamente definió las prácticas concertadas como aquellas conductas anticompetitivas que se derivan de una identidad de comportamientos que no se explican de modo natural por la propia estructura o condiciones de competencia del mercado y que, por esta razón, inducen a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no pueden ser expresamente probados».

⁴²⁰ A estos efectos, el art. 101 TFUE determina cinco ejemplos de prácticas colusorias prohibidas: (a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; (b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; (c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; (d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; y (e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

empresarial como se explicará a continuación) que altere la libre competencia y que no contribuya a mejorar la eficiencia económica y el bienestar social⁴²¹.

La prohibición del art. 101.1 TFUE no es, sin embargo, absoluta⁴²². Las conductas colusorias cometidas pueden verse exoneradas de sanción, de forma automática, en virtud de la aplicación de su apartado 3 si se cumplen una serie de condiciones, y no suponen una alteración grave o significativa para la libre competencia. Los citados acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que se benefician de esta exención legal deberán contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y, al mismo tiempo, deberán reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. La exención por eficiencias podrá aplicarse siempre que: (1) la práctica no imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos y, (2) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Este segundo punto es interesante para nuestro objeto de estudio.

A estas exenciones por eficiencias se añade, igualmente, la posibilidad de que dichas conductas puedan ser autorizadas automáticamente mediante la aplicación de un reglamento de exención por categorías. En todo caso, no será aplicable el art. 101.1 TFUE cuando la conducta revista de menor importancia, concediéndose, pues, más importancia al hecho de que la conducta no altere

⁴²¹ Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia...*, op. cit., pg. 17.

⁴²² Respecto a la aplicación del art. 101 TFUE relativo a las conductas colusorias, los acuerdos entre empresas que contribuyan a la producción o distribución de productos, fomenten el progreso técnico o económico, y sean beneficiosos para los consumidores, podrán declararse, en virtud del apartado 3 de dicho artículo, exentos de la aplicación del art. 101.1 TFUE. No obstante, dichos acuerdos o prácticas podrán ser perseguidos por infracción del art. 102 TFUE en relación a la explotación abusiva de una posición dominante, dado que no existen exenciones aplicables a las empresas dominantes⁴²². Además, tampoco podrán ser declaradas prohibidas aquellas prácticas que revistan de mínima importancia o significancia en el mercado, conforme a los criterios observables en la jurisprudencia nacional y comunitaria. En relación a la reclamación por parte de los consumidores de los daños ocasionados con motivo de un cartel, Vid. OLMEDO PERALTA, E., “La reclamación de daños sufridos por los consumidores como consecuencia de un cártel (Private Enforcement): Follow-on Damages vs. Stand Alone Actions”, en MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LÓPEZ, J. y PINO ABAD, M. (Coords.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Madrid, Editorial Iustel, 2015, pgs. 171-188.

gravemente las condiciones en las que se desarrolla la competencia efectiva en un mercado de referencia⁴²³.

La consecuencia inmediata de la prohibición general es la nulidad de pleno derecho de los acuerdos o decisiones prohibidos. A esta carencia de absoluta eficacia de los pactos o decisiones entre empresas, se le une la obligación de las empresas de cesar con las prácticas prohibidas, así como la aplicación del régimen sancionador correspondiente.

En cuanto a la aplicación general del art. 101.1 TFUE, el Consejo aprobó el Reglamento n.º. 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado⁴²⁴. Mediante este importante Reglamento se detallan las competencias de la Unión Europea para la aplicación del art. 101 TFUE, teniendo en consideración las siguientes aseveraciones de especial relevancia: (1) los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas resultan automáticamente prohibidas si no cumplen las condiciones del apartado 3 del art. 101 TFUE; (2) la carga de la prueba de la existencia de una infracción recae sobre la parte o autoridad que la alegue, y del mismo modo, de la empresa o empresas que quieran beneficiarse de la exención del art. 101.3 TFUE; (3) las autoridades de competencia de los Estados miembros o sus órganos jurisdiccionales podrán aplicar el art. 101 TFUE a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que puedan afectar al comercio intracomunitario,

⁴²³ Resulta de aplicación la 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*). En esta Comunicación se establecen los criterios cuantitativos de lo que no constituye una restricción sensible para la aplicación del art. 101 TFUE. De acuerdo a las consideraciones alcanzadas por la Comisión (Comunicación de la Comisión sobre el efecto en el comercio), se establece, mediante una combinación de un umbral de cuota de mercado del 5% y un umbral de volumen de negocios de 40 millones de euros, qué acuerdos no pueden, en principio, afectar al comercio entre los Estados miembros de forma sensible. Tales acuerdos normalmente están fuera del ámbito del artículo 101, apartado 1, del Tratado, incluso si tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Por otra parte, la Comisión considera que los acuerdos entre empresas que puedan tener por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, no restringirán la competencia de forma sensible, en sede de la aplicación del art. 101.1 TFUE: (a) «cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados (acuerdos entre competidores); y (b) «cuando la cuota de mercado de cada una de las partes en el acuerdo no exceda del 15 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que no sean competidores reales o potenciales en ninguno de dichos mercados (acuerdos entre no competidores)». En los casos en que resulte difícil determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o entre no competidores, se aplicará un umbral del 10%.

⁴²⁴ DOCE núm. L1/1, de 4 de enero de 2003. En vigor desde el 24 de enero de 2003.

reservándose a la Comisión la aplicación del art. 101 para las infracciones más graves con dimensión transnacional; y (4) la Comisión dispondrá de poderes de investigación más amplios, pudiendo solicitar información a las empresas y asociaciones de empresas, recabar declaraciones, o realizar tareas de inspección en el sentido de su art. 20.2.

Respecto a las sanciones a imponer a las empresas y asociaciones de empresas, el art. 23.2 Reglamento n.º. 1/2003 dispone que la Comisión podrá imponer, por cada empresa o asociación que participen en la infracción, multas sancionadoras de hasta el 10% del volumen de negocio total realizado durante el ejercicio anterior. El importe de la multa atenderá, además de la gravedad de la infracción, a su duración⁴²⁵.

2. Explotación abusiva de posición dominante a través de las prácticas vinculadas

Tradicionalmente tanto para la Comisión como para la jurisprudencia comunitaria ha sido más relevante la persecución de los acuerdos de vinculación desde la prohibición de los abusos de posición dominante en sede del art. 102 TFUE

⁴²⁵ Debemos tener presente lo establecido en la importante STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2015 (n.º. de recurso 2872/2013), que clarifica en qué sentido debe interpretarse el art. 63.1 LDC, de modo que el volumen de negocio al que se refiere dicho artículo es el total de la infractora (y no sólo aplicable el porcentaje al ámbito de actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción), confirmando las tesis del Abogado del Estado. De esta manera, indica la Sentencia «la interpretación del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el uno, cinco o diez por ciento del "volumen de negocios total de la empresa infractora", según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición "hasta" - que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007- denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción (dejamos al margen, por el momento, el significado del adjetivo "total" aplicado al sustantivo "volumen de negocios")» (FJ 5º), puesto que, como acierta a significarse en la Sentencia, «precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo "sufran" la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta» (FJ 9º).

que en aplicación del 101.1 TFUE⁴²⁶. El art. 102 TFUE prohíbe, en la medida en que pudiera verse afectado el comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de su posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. La prohibición del art. 102 TFUE no deriva de la propia existencia de una posición de dominio en uno o varios mercados de referencia, sino de la explotación que realiza la empresa o empresas valiéndose de esta posición ventajosa frente a sus competidores. Por este motivo, la idea o clave fundamental de la prohibición estriba en la explotación abusiva, que adquiere una importancia capital a la hora de calificar la conducta en virtud del art. 102 TFUE⁴²⁷.

De igual manera que con la prohibición del art. 101 TFUE, el legislador enumera, a través de otro *numerus apertus*⁴²⁸, distintas prácticas constitutivas de aplicación del art. 102 TFUE⁴²⁹. En la práctica esta serie de ejemplos contenidos en el artículo han demostrado una reducida o nula utilidad. En primer lugar, porque son supuestos genéricos que pueden calificar prácticas con distintos contenidos; en segundo lugar, el legislador compila una lista no exhaustiva con el fin de delimitar el concepto de explotación abusiva; en tercer lugar, estos supuestos no son absolutos *per se*, sino que, por otro lado, podrían constituir meramente presunciones de abuso; y por último, la doctrina de las autoridades de la competencia ha adoptado un verdadero sentido teleológico en la identificación de los elementos que integran los diferentes tipos de abuso⁴³⁰.

⁴²⁶ Vid. BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 357.

⁴²⁷ Vid. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Antoni Font Ribas, Universidad de Barcelona, 2002, pg. 327. El autor señala que, ciertamente, la explotación abusiva es un concepto central de la prohibición del art. 102 TFUE (ex art. 82 TCE), si bien el legislador comunitario no ofrece una definición de dicho concepto en su Tratado ni en la legislación derivada.

⁴²⁸ En este sentido, conforme cita la Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007 (As. T-201/04, *Microsoft Corp*), apdo. 860, las prácticas abusivas que figuran en el art. 82 TCE (hoy art. 102 TFUE) no son limitativas, por lo que dicha enumeración, señala la jurisprudencia, no agota las formas de explotación abusiva.

⁴²⁹ Los ejemplos de posibles abusos de la posición dominante contenidos en el art. 102 TFUE son los siguientes: (a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; (b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; (c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; y (d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

⁴³⁰ Vid. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...* op. cit., pg. 329.

La jurisprudencia comunitaria ha desarrollado la definición de explotación abusiva. Partiendo de la naturaleza objetiva del concepto, se considerará explotación abusiva «a las actividades de una empresa en situación de posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trata, la intensidad de la competencia se encuentra debilitada y produce el efecto de obstaculizar, recurriendo a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basados en las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de dicha competencia»⁴³¹. Los efectos a los que se refiere explícitamente la jurisprudencia son más amplios, esto es, no se ajustan únicamente al comportamiento abusivo imputado, sino que ha de existir, y probarse, que la conducta tiene como objetivo restringir la competencia⁴³².

Respecto a la aplicación del art. 102 TFUE, disponemos de diversos criterios de acción desarrollados en las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*⁴³³. En su apartado 2 relativo al objetivo del documento, la Comisión señala que cuando se aplique el art. 102 TFUE a la conducta excluyente de las empresas dominantes, ésta se centrará sobre los tipos de conducta más lesivas para los consumidores. La acción de la Comisión no será otra que velar por el correcto funcionamiento de los mercados para que los consumidores se beneficien de la eficiencia y productividad por mor de una competencia efectiva entre empresas.

Con estos objetivos se pone en valor, más allá de la protección de los competidores, el buen funcionamiento y eficacia de la competencia, garantizando que las empresas que ostentan posición dominante en uno o varios mercados no excluyan a sus competidores por vías distintas que no estén basadas directamente en los productos o servicios que ofrecen.

⁴³¹ Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003 (As. *T-203/01*), consid. 238., que cita las siguientes Sentencias que refieren aquella definición de explotación abusiva: Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 (As. *Hoffmann-La Roche/Comisión*), apartado 91; de 9 de noviembre de 1983 (As. *Michelin/Comisión*), consid. 70, y de 3 de julio de 1991, (As. *AKZO/Comisión*), consid. 69; Sentencia del TPI de 7 de octubre de 1999 (As. *Irish Sugar/Comisión*), consid. 111.

⁴³² Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003 (As. *T-203/01*), consids. 239.

⁴³³ DOUE núm. C45/7, de 24 de febrero de 2009.

En cuanto a los elementos que deben presentarse para demostrar la existencia de explotación de abuso de posición dominante, la Comisión indica en su Comunicación una serie de condicionantes que constituyen un planteamiento general de la conducta excluyente. En primer lugar, la evaluación de si una empresa ostenta posición dominante se realizará atendiendo al grado de su poder de mercado (apartados 9-18); en segundo lugar, la actividad de control de la conducta excluyente podrá atender a la existencia de la situación de cierre competitivo para los consumidores (apartados 19-22)⁴³⁴, es decir, la posible obstaculización o la eliminación del acceso efectivo de los consumidores reales o potenciales a los suministros o a los mercados; en tercer lugar, el control de la conducta podrá tener en consideración si aquélla está basada en el precio de modo que la Comisión únicamente podrá intervenir cuando la conducta pueda o haya obstaculizado la competencia entre competidores que sean considerados tan eficaces como la empresa dominante (apartados 23-27); y por último, la actividad de control tendrá

⁴³⁴ Conforme indica ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ JUAN, A., (Dir.), *El abuso de posición de dominio*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, pg. 216: «la prohibición de conductas excluyentes encaja mucho más limpiamente con el sentido genérico de la prohibición de abuso: se trata de “mantener los mercados abiertos a la competencia”. Con la prohibición de abuso se pretenden impedir las conductas del dominante que pueden dañar no a los competidores, sino al propio proceso competitivo porque la conducta dificulta la reproducción del proceso en forma de acción-reacción (SCHUMPETER). Sólo un dominante puede influir con su conducta sobre las condiciones competitivas y, al hacerlo, puede distorsionar el funcionamiento del proceso competitivo tal como se desarrollaría en otro caso. Las conductas excluyentes son aquellas -en el lenguaje norteamericano- que contribuyen a que el dominante mantenga, refuerce o prolongue su posición monopolística». Resulta interesante lo afirmado por el Catedrático en su pg. 197: «Las cláusulas generales intermedias de abuso se fundan en un doble criterio formulado -en el Derecho alemán- por Peter ULMER en los años setenta y que afirma que una empresa abusa de su posición de dominio cuando su comportamiento: i) tiene como efecto reducir aún más la escasa competencia existente en el mercado que domina, o ii) impide que se genere una competencia efectiva (conductas obstaculizadoras o excluyentes de la competencia), o iii) perjudica desproporcionadamente a las empresas o a los consumidores que dependen de la dominante (conductas explotadora de la posición de dominio), y iv) tal conducta del dominante no está basada en la competencia por eficiencia (Hoffman-La Roche)». Por otro lado, conforme señala URIBE PIEDRAHITA, C.A., *Las negativas a contratar como abuso de posición de dominio excluyente: La doctrina de los Recursos esenciales*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Fernando Carbajo Cascón, Universidad de Salamanca, 2012, pgs. 12 y 13: «En el derecho de la competencia europeo, el estudio de los comportamientos excluyentes se ha construido sobre una base más intervencionista (que no debe confundirse con una visión proteccionista de las empresas), acorde con las ideas ordoliberales y, más recientemente, sobre aproximaciones neoestructuralistas que propugnan por una competencia en los méritos, sancionando como anticompetitivos comportamientos que alteran los procesos competitivos sin explicaciones claras de los efectos benéficos para el bienestar de los consumidores. Esta aproximación del derecho europeo ha tenido gran impacto en prácticas de descuentos y en negativas a contratar relacionadas con la doctrina de los recursos esenciales, con independencia de que el recurso al que terceros pretenden el acceso sea físico o inmaterial (derechos de propiedad intelectual)».

en cuenta las alegaciones de una empresa dominante que justifiquen su conducta atendiendo a las eficiencias sustanciales beneficiosas para los consumidores. En cualquier caso, la Comisión examinará si la conducta resulta imprescindible y proporcional al supuesto objetivo de la empresa (apartados 28-31).

Sobre la imposición de multas a las empresas que hayan explotado de forma abusiva su posición dominante, la jurisprudencia marca los criterios de fijación de su importe en relación a ciertos factores que pueden presentarse en la conducta. El cálculo de las mismas tendrá en cuenta la aplicación del principio de igualdad de trato. Esta práctica tiene sus limitaciones puesto que la comparación entre multas impuestas contra empresas con posiciones similares no puede servir, en sí misma, como marco jurídico para la totalidad de las multas en materia de competencia, de modo que éstas adquieren, exclusivamente, carácter indicativo⁴³⁵. Esto quiere decir que la Comisión podría aplicar multas con importes superiores a las tomadas en otras decisiones si con ello se garantiza la aplicación de la política de la competencia de la UE (efecto disuasorio).

Por otro lado, los factores a tener en cuenta para el cálculo de la multa pueden resultar numerosos en atención a las circunstancias específicas del asunto, como es su contexto, la gravedad de los hechos, así como el alcance disuasorio de la multa, sin que pueda hablarse de una lista taxativa de criterios a respetar obligatoriamente⁴³⁶.

3. Reglamentos de exención por categorías

Los procedimientos de exención individual iniciados habían crecido exponencialmente y amenazaban con colapsar la Comisión⁴³⁷. Entre los motivos que suscitaron la legislación reglamentaria sobre el mercado asegurador destacaron

⁴³⁵ Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2012 (As. C-549/10, *Tomra Systems*), consid. 101 a 111.

⁴³⁶ Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2012 (As. C-549/10, *Tomra Systems*), consid. 107.

⁴³⁷ Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia...*, op. cit., pg. 17. En el mismo sentido, BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 35, que expresa: «Al objeto de reducir la carga de trabajo de la Comisión y de este modo procurar una mejor asignación de sus recursos a la revisión de las notificaciones individuales de acuerdos o redes de acuerdos que verdaderamente pudiesen ser restrictivos de la competencia, la Comisión decidió incorporar en el sistema comunitario de Derecho de la competencia la técnica de las llamadas “exenciones en bloque” o “exenciones por categorías”». Puede consultarse, igualmente, PÉREZ CARRILLO, E.F., “Exenciones por categorías de determinados acuerdos o prácticas horizontales entre empresas aseguradoras”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo n.º. 25, 2005, pgs. 455-464.

sus propias características así como las de sus operadores y del mismo producto asegurador. Todo ello requería que los operadores cooperasen entre sí para aplicar mejores y más eficientes políticas de distribución y solvencia, en base, principalmente, a dos objetivos. Por un lado, valorar el riesgo asegurado a partir de la información compartida entre empresas del sector asegurador y, por otro, facilitar la comercialización de coberturas que, por su tamaño o desconocimiento, no pudieran garantizarse de forma individual.

El mercado asegurador necesitaba de una normativa específica que amparase inmediatamente conductas que concurrían, usualmente, entre la competencia, y que garantizaban tanto la eficiencia del sector, y, en última instancia, los intereses de los consumidores. A continuación se realiza una breve referencia con el objeto de verificar la importancia de los mismos en la aplicación del Derecho de Defensa de la Competencia al ámbito asegurador; la especialización de este sector demanda soluciones propias, adaptadas a sus singularidades.

A) La primera nombre mencionable es el *Reglamento (CEE) n.º. 1534/91 del Consejo, de 31 de mayo de 1991, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 (hoy art. 101 TFUE) del tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros*⁴³⁸

Habiéndose advertido de forma empírica la imprescindible tarea de exonerar determinados acuerdos de cooperación entre entidades aseguradoras, el Consejo decidió adoptar un Reglamento habilitante hasta en seis categorías de acuerdos.

Este hecho tuvo lugar con la aprobación del Reglamento n.º. 1534/91, por el que el Consejo facultaba a la Comisión, de conformidad con el art. 81.3 TCE (actual art. 101.3 TFUE), para exonerar la aplicación de art. 81 TCE a las siguientes decisiones de asociaciones y prácticas concertadas en el ámbito asegurador: (1) el establecimiento en común de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas de siniestralidad determinadas colectivamente o en el número de siniestros; (2) el establecimiento de las condiciones tipos de las pólizas; (3) la cobertura en común de determinados tipos de riesgo; (4) la liquidación de siniestros; (5) la verificación y conformidad de los dispositivos de seguridad; y (6) los registros de los riesgos

⁴³⁸ DOCE núm. 143, de 7 de junio de 1991.

agravados y los correspondientes sistemas de información, siempre que la llevanza de dichos registros y la gestión de dicha información garanticen la confidencialidad⁴³⁹.

Asimismo, se determinaron pautas a seguir por la Comisión para la aprobación de los Reglamentos resultantes en ejercicio de dicha facultad. En primer lugar, los Reglamentos adoptados debían tener un periodo de vigencia limitado (usualmente siete años); en segundo lugar, podrían ser derogados o modificados cuando las circunstancias hubieran cambiado en relación con un elemento tenido por esencial para su adopción; en tercer lugar, la Comisión podría determinar la retroactividad en que pudieran verse beneficiados los acuerdos alcanzados a su fecha de entrada en vigor; y por último, el beneficio de las disposiciones que se adopten por futuros Reglamentos no podrían invocarse en los litigios pendientes a la fecha de entrada en vigor de los mismos, como tampoco podrían ser invocados para justificar una demanda de daños y perjuicios ante terceros.

Además de estos requerimientos exigidos por el Consejo, la Comisión, antes de aprobar o publicar un Proyecto de Reglamento o de adoptarlo, está obligada a consultar al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes. Una vez adoptado el Reglamento, la Comisión deberá remitir al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre su funcionamiento.

⁴³⁹ Para profundizar acerca de los reglamentos de exención aplicables al sector asegurador, consúltense IBARRA GONZÁLEZ, N. y GARCÍA GALLARDO, R., “Competencia, Comisión Europea: Reglamento de Exención por Categorías para el sector de los seguros”, *La Ley Mercantil*, año n.º. 21, n.º. 236, 2010, pgs. 45-46; GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C., “El sector asegurador y el derecho de la competencia - El nuevo Reglamento 267/2010 de exención por categorías del Sector Asegurador”, en BLANCO-MORALES LIMONES, P. GUILLÉN ESTANY, M., y DOMÍNGUEZ FABÍAN, I. (Coords.), *Estudio sobre el sector asegurador en España 2010: los aspectos cualitativos de solvencia II*, Madrid, Fundación de Estudios Financieros, 2010, pgs. 257-286; y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El empleo de los reglamentos de exención por categorías como instrumento regulatorio: el cálculo de la prima de riesgo en el sector de los seguros”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A. y otros (Dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Madrid, Editorial Lex Nova, 2011, pgs. 917-923.

B) En segundo lugar, el *Reglamento (CEE) n.º. 3932/92 de la Comisión, de 21 de diciembre de 1992, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 (actual 101 TFUE) del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros*⁴⁴⁰

En aplicación del Reglamento n.º. 1534/91, la Comisión aprobó el Reglamento n.º. 3932/92 en base a la experiencia adquirida en el tratamiento de casos individuales de cuatro de las seis categorías de acuerdos habilitadas por el Consejo.

De esta manera, hasta el 31 de marzo de 2003 quedaban exonerados de la aplicación del art. 81 TCE (hoy art. 101.1 TFUE) los siguientes acuerdos, decisiones y prácticas: (1) el establecimiento en común de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas de siniestralidad determinadas colectivamente o en el número de siniestros; (2) el establecimiento de las condiciones tipos de las pólizas; (3) la cobertura en común de determinados tipos de riesgo; y (4) la verificación y conformidad de los dispositivos de seguridad.

La aplicación del Reglamento para estas cuatro categorías de acuerdos exigía el cumplimiento de los términos recogidos en el art. 101.3 TFUE⁴⁴¹. Sin embargo, para determinar la aplicación o inaplicación de la exención a dichas categorías, la Comisión desarrolla aquellas cláusulas que no pueden incluirse en los acuerdos si éstos imponen restricciones injustificadas en las partes o bien situaciones prohibidas que, por su naturaleza, pudieran dar lugar a la presunción general de que no van a constituir las ventajas contenidas en el citado apartado 3⁴⁴².

⁴⁴⁰ DOCE núm. 398/7, de 31 de diciembre de 1992.

⁴⁴¹ Art. 101.3 TFUE: «No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: (1) cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, (2) cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas; que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

⁴⁴² Conforme a PELLISÉ CAPELL, J., *La Explotación abusiva de una posición dominante...*, op. cit., pg. 72, hay que tener en cuenta que la exención legal del art. 101.3 TFUE no puede aplicarse de forma extensiva dado que podría desvirtuarse su carácter quedando vacía la propia prohibición general del art. 101.1.

La determinación de las limitaciones a las exoneraciones no alcanza a ser una tarea sencilla dado que la cooperación de información entre entidades puede conllevar la constitución de prácticas *antitrust*. Por este motivo, la Comisión advierte a las entidades aseguradoras la expresa persecución de aquellas prácticas que, no constituyendo exoneración alguna, pudieran verse implicadas en conductas prohibidas.

En concreto, el Reglamento n.º. 3932/92 exonera las siguientes cuatro prácticas entre entidades aseguradoras relacionadas con los puntos a), b) c) y e) del Reglamento habilitante n.º. 1534/91, siendo éstas: (1) la cooperación en materia de recogida de estadísticas relativas al número de siniestros, al número de riesgos individuales asegurados, al total de indemnizaciones y a la suma de los capitales asegurados, así como la realización de estudios sobre el efecto probable de circunstancias de carácter general en la frecuencia de los siniestros o la rentabilidad de diferentes tipos de inversiones y la difusión de sus resultados; (2) el establecimiento de condiciones o cláusulas tipo para el seguro directo y de modelos comunes ilustrativos sobre los beneficios futuro de una póliza de seguro que incluya un elemento de capitalización; (3) los acuerdos sobre la constitución y funcionamiento de agrupaciones de entidades aseguradoras, o éstas y entidades de reaseguro para la cobertura en común de riesgos en forma de coaseguro o de correaseguro; y (4) determinados acuerdos relativos a la cooperación entre entidades sobre información relacionada con los equipos de seguridad.

El Reglamento dispone que los beneficios de las disposiciones de exoneración no serán aplicables cuando se compruebe que las prácticas exoneradas producen efectos incompatibles con las previsiones del art. 81.3 TCE (hoy art. 101.3 TFUE)⁴⁴³.

⁴⁴³ Art. 17.

- C) En tercer lugar, el *Reglamento (CE) n.º. 358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (vigente art. 101 TFUE) a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros*⁴⁴⁴

Transcurridos más de diez años desde la aprobación del Reglamento n.º. 3932/92, la Comisión decide continuar con el programa de exenciones. Aprovechando la fecha de vencimiento del último Reglamento, incorporó al contenido del Reglamento n.º. 358/2003 determinadas novedades relativas a la definición de las categorías de acuerdos, así como una especificación de las restricciones o cláusulas que no deben plasmarse en los acuerdos⁴⁴⁵.

De esta forma, se mantienen hasta el 31 de marzo de 2010 las mismas categorías de acuerdos habilitadas en el anterior Reglamento de exención, con la salvedad de ciertas modificaciones que nacen de un mayor enfoque económico sobre la repercusión de los acuerdos en un mercado de referencia. Este carácter conservador de la Comisión, respecto de la renovación de las mismas categorías, debe su alcance a la experiencia positiva acumulada a partir de la aprobación del Reglamento n.º. 3932/92⁴⁴⁶.

A pesar del mantenimiento de criterios ya consolidados, en relación al tratamiento de la cobertura conjunta de determinados tipos de riesgos (Capítulo IV) se produjeron alteraciones importantes. En primer lugar, la nueva norma define e introduce el término «*riesgo nuevo*» que queda fuera de la exoneración para los *pools*; en segundo lugar, el reglamento concede la exención a los *pools* que no superen tres años de existencia o que no estén creados para cubrir un riesgo nuevo, con la condición de que sus productos aseguradores no superen el 25% del mercado de referencia en el caso de agrupaciones de correaseguro, y el 20% para agrupaciones de coaseguro; y por último, se elimina la inaplicabilidad de la

⁴⁴⁴ DOCE núm. 53/8, de 28 de febrero de 2003.

⁴⁴⁵ Consid. 6 del Reglamento n.º. 358/2003.

⁴⁴⁶ Asimismo, quedan nuevamente fuera de la exención del Reglamento las categorías a) liquidación de siniestros y f) los registros de riesgos agravados y los correspondientes sistemas de información. Todo ello, se expresa en el Reglamento n.º. 358/2003, por carecer la Comisión de experiencia suficiente en el tratamiento de casos individuales, cuya circunstancia no ha cambiado (consid. 3).

exención cuando las empresas participantes de una agrupación no tuvieran problemas para operar en el mercado sin organizarse en una agrupación⁴⁴⁷.

En suma, la Comisión ha dejado inalterables, salvo por precisiones de origen lingüístico, tres categorías de acuerdos (cálculos, tablas y estudios objetivos; condiciones tipo de las pólizas y modelos; y dispositivos de seguridad). En cuanto a los *pools*, la Comisión ha considerado la aplicación de criterios económicos y técnicos para la aplicación de la exención⁴⁴⁸.

D) Por último, el *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*⁴⁴⁹

Pasados siete años desde la aprobación del Reglamento n°. 358/2003, la Comisión, previendo la caducidad de dicho Reglamento para el 31 de marzo de 2010, aprobó un nuevo Reglamento de exención, esta vez con modificaciones importantes⁴⁵⁰.

De un lado, dejan de renovarse cuatro categorías de acuerdos para aplicar la exención del Reglamento n°. 1534/91 exclusivamente a dos de ellas: el intercambio de información a los efectos del cálculo de riesgos y la cobertura en común de determinados tipos de riesgo. Respecto a estas categorías, efectivamente renovadas, de nuevo la Comisión ofrece una definición de las categorías de acuerdos que

⁴⁴⁷ Art. 17 a) Reglamento n°. 3932/92.

⁴⁴⁸ Para profundizar sobre la materia de exenciones aplicables al sector asegurador, MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia...*, op. cit.

⁴⁴⁹ DOCE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

⁴⁵⁰ Con el Reglamento de exención n°. 267/2010, la Comisión redujo de cuatro a dos las categorías de acuerdos objeto de exención. Este hecho generó numerosas dudas acerca de los supuestos beneficios de los reglamentos comunitarios ya que, por una parte, la Comisión podría sustituir los reglamentos por orientaciones o directrices más precisas, y por otro, con la exención de acuerdos resultaría posible restringir la competencia sin la existencia de un beneficio efectivo para los consumidores (art. 101.3 TFUE). Por tanto, y, en definitiva, cabe revisar cada una de las exenciones por categorías, así como la propia intervención de la Comisión en este sistema de reglamentos en el marco de aplicación del Reglamento n°. 1/2003. Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia...*, op. cit., pg. 90.

quedan exentas hasta un específico nivel de cuota de mercado, con las especificaciones de las cláusulas que no deben plasmarse en los acuerdos que quieran cumplir con la exención⁴⁵¹.

En relación a las dos categorías de acuerdos que no se renuevan, la Comisión estimó oportuno no incluirlas en el Reglamento por cuanto únicamente éste contiene aquéllas que, con suficiente certeza, satisfagan las condiciones del art. 101.3 TFUE. Sin embargo, ante esta falta de positivismo, la Comisión recomienda a las empresas realizar una autoevaluación individual de dichos acuerdos no exentos, teniendo en cuenta varios factores, particularmente la estructura del mercado relevante.

4. Referencia al falseamiento de la libre competencia por actos desleales

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 3 LDC «la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público». Esta particular prohibición de los actos de competencia desleal que, falseando la competencia, pudieren afectar al interés general, ya estaba presente, no sólo en el art. 7 de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia⁴⁵², sino en la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, y, en particular, en su art. 3 d), que declaró, con la técnica del *numerus apertus*, la prohibición del desarrollo de una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores.

Conforme se recoge en la Resolución de la CNC de 11 de junio de 2012 (Expte. S/0304/10, *ENDESA*)⁴⁵³, FJ 4º, «el art. 3 de la Ley 15/2007 establece que tendrán el tratamiento de conducta prohibida aquellos actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. Como se deduce de la lectura de este artículo y establece la mejor doctrina, para concluir la existencia

⁴⁵¹ Consid. 8.

⁴⁵² Art. 7 Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia: «El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público».

⁴⁵³ En el mismo sentido, Resolución de la CNC de 27 de septiembre de 2013 (Expte. S/0410/12, *ASCENSORES-2*), FJ 4º.

de una infracción del artículo 3 se tienen que dar tres elementos, cumulativos aunque estrechamente relacionados: a) un acto o actos de competencia desleal; b) con aptitud para falsear la competencia y c) de modo tal que afecte al interés público». De esta forma, apreciándose la deslealtad competitiva del tipo que establece el art. 3 LDC, corresponde a la autoridad nacional de competencia dicha calificación a la luz de las normas que integran el Derecho contra la Competencia Desleal.

Si bien existen opiniones a favor y en contra de mantener el precepto como una infracción autónoma e independiente en la norma de competencia, tanto la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de junio de 2006 (nº. de recurso 9174/2003)⁴⁵⁴, como el carácter privatizador emanado por el Reglamento nº. 1/2003, así como la competencia funcional de los Juzgados de lo Mercantil en relación a las demandas en las se ejercitan acciones relativas a la competencia desleal (art. 86 ter LOPJ), pueden situar al art. 3 LDC, en el futuro, fuera de la normativa de defensa de la competencia⁴⁵⁵.

Estas dudas acerca de su futuro se ponen de manifiesto por el hecho de que en el texto del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil* se advierte la absoluta

⁴⁵⁴ Al respecto, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de junio de 2006 (nº. de recurso 9174/2003), FJ 10º, establece que: «es importante subrayar, pues, que la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Previsión que se aplica a todo tipo de operadores económicos, gocen o no de una posición de dominio en el mercado. No cabe, pues, ni reducir en exceso el ámbito de aplicación del artículo 7 de la Ley 16/1989, englobando en él tan sólo conductas que precisarían la previa posición dominante de quien las comete, ni extenderlo con el mismo exceso considerando que, preexistente la posición de dominio, cualquier acto desleal de quien la ostenta constituye por sí mismo una explotación abusiva de aquella sancionable a título del artículo 6 de la Ley 16/1989. En efecto, existiendo en la Ley 16/1989 un tipo sancionador específico para los actos desleales en cuanto prácticas anticompetitivas no cabe prescindir de los requerimientos materiales del artículo 7 de dicha Ley para concluir que toda conducta desleal cometida desde la posición de dominio resulta automáticamente sancionable incluso en los casos en que no distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Por decirlo en otros términos, la explotación abusiva por una empresa de su posición de dominio en un mercado será sancionable, como incluida en el artículo 6 de la Ley 16/1989, cuando se lleve a cabo mediante alguna de las conductas tipificadas en el apartado dos de aquél o en otras que respondan a los perfiles propios del tipo sancionador, lo cual no necesariamente ocurrirá por el mero hecho de que aquella empresa actúe de modo desleal respecto de otra».

⁴⁵⁵ Sobre todos, consúltese DÍEZ ESTELLA, F., “El artículo 3 LDC: Falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Noticias de la Unión Europea*, nº. 330, 2012; COSTAS COMESAÑA, J., “Prohibición del falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal”, en BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (Coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Madrid, Editorial Civitas, 2009, pgs. 212-232; así como MARTÍ MOYA, V., “La represión pública de la competencia desleal”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 291, pgs. 491-520

exclusión del precepto. En este sentido, en el Título IV, Capítulo II relativo a la represión de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia, se ha eliminado del Anteproyecto el art. 342-2 que se recogía la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, y que decía: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo I de este Título, las prácticas restrictivas de la competencia tendrán la consideración de infracción en materia de defensa de la competencia a los efectos previstos en la Ley reguladora de las instituciones de defensa de la competencia. Igualmente tendrán la consideración de infracción en materia de defensa de la competencia los actos de competencia desleal que tenga por efecto un falseamiento de la competencia relevante desde el punto de vista del interés público en el mantenimiento de la estructura competitiva de mercado».

IV. Aplicación de la normativa nacional de defensa de la competencia en materia de seguros

1. Referencia a su evolución

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia⁴⁵⁶, nuestro país no disponía de una norma especial que regulara la competencia en los mercados⁴⁵⁷. Esta incipiente necesidad de una legislación especial que se ocupara de esta cuestión de interés general quedó plasmada, asimismo, en la exposición de motivos de dicha Ley, que abogaba por el «indeclinable y permanente deber del Estado de defender al consumidor contra los abusos derivados de las restricciones intencionadas a la competencia»⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ BOE núm. 175, de 23 de julio de 1963.

⁴⁵⁷ Según PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “¿Aplicación pública o aplicación privada del Derecho de la Competencia?”, *Documento de trabajo del Seminario Permanente de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca*, nº. 2011/11, 2011, pg. 14, en el continente europeo no existieron ordenamientos de defensa de la competencia sino después de la Segunda Guerra Mundial. Este hecho se inició con la recepción del Derecho *antitrust* norteamericano con las Leyes de descartelización de la economía alemanas, configurándose la Ley alemana contra las limitaciones de la competencia de 1957 como la precursora de las demás normas de competencia europeas.

⁴⁵⁸ Entre otros factores que consideró el legislador español para afrontar esta importante tarea destacaron los siguientes: (a) la necesidad de enfrentarse contra el abuso de los monopolios, y, en general, a todos los estrangulamientos de los mercados; (b) la introducción de España a una corriente de política económica común a la mayoría de los países occidentales; (c) la norma de competencia

Este desarrollo en la aplicación de normas de competencia a los mercados no afectó directamente a las normas de ordenación de los seguros privados. Al respecto, la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre ordenación de los seguros privados⁴⁵⁹, norma que fue derogada por la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado, se mantuvo sin regular aspectos relacionados con la libre competencia⁴⁶⁰. Esta falta de asunción de políticas de competencia fue progresivamente restablecida desde el ingreso de España en la CEE en enero de 1986 a través del Tratado de Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas firmado el 12 de junio de 1985.

Posteriormente, con motivo de la aprobación de la derogada Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado, el legislador español incorporó sobre determinadas cuestiones una referencia expresa a la aplicación de la norma de competencia. Este fue el caso de su art. 23.3, que obligaba a las entidades aseguradoras a fijar tarifas de primas respetando el régimen de libertad de la competencia en el mercado de seguros. Se aplicaba en el mismo artículo, además, una exención legal, ya conocida, respecto del uso de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes, en el sentido de que no tendrían, en ningún caso, el carácter de práctica restrictiva de la competencia⁴⁶¹. Por último, la aplicación de la norma de la competencia también quedó plasmada en el apartado 2 de la Disposición Transitoria Quinta de dicha Ley, que obligaba a las operaciones de fusión o escisión de entidades de seguros o reaseguros a guardar cumplimiento de las reglas de la libre competencia⁴⁶².

constituye una pieza fundamental del marco de institucional de la economía española, fijando reglas de competencia claras para garantizar la libre empresa; y (d) además, cabe manifestar el conocimiento que adquirirán las instituciones del Estado al posibilitarles llegar a conocer a fondo la estructura del mercado en los más variados sectores. Este conocimiento puede repercutir beneficiosamente en la actuación racional sobre las prácticas restrictivas que, por su carácter estructural, alcanzan una influencia significativa en los mercados.

⁴⁵⁹ BOE núm. 353, de 19 de diciembre de 1954.

⁴⁶⁰ Vid. ALONSO SOTO, R., *La aplicación de la normativa...*, op. cit., pg. 594.

⁴⁶¹ No obstante, la utilización de documentación contractual, bases técnicas o tarifas al margen del citado art. 23, así como participar en prácticas restrictivas de la competencia, se calificaría en dicha ley como infracción muy grave (art. 43.6 e).

⁴⁶² Indica DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 2.2.2.e), cap. 7, que: «en el ámbito de la banca-seguros, son dos principalmente los escenarios en los que podría tener lugar un cambio de posición mediadora: la cesión de la cartera de clientes a otro OBS como consecuencia de una fusión de entidades de crédito – recordemos que conforme al artículo 25.1 de la Ley, una entidad de crédito podrá poner su red de distribución a disposición de un único OBS–, o la transmisión de aquella a una correduría de seguros controlada por el banco».

2. Exenciones legales en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras

En la actual norma de ordenación y supervisión de los seguros privados se mantiene la observancia del Derecho de Defensa de la Competencia sobre la tarificación de las primas, que deberán responder al régimen de libertad de competencia. Igualmente, como hemos referido anteriormente, se aplica la exención en relación a la utilización de tarifas de primas basadas en estadísticas comunes, que no tendrá el carácter de restrictiva (art. 25.3 LOSSP)⁴⁶³.

A esta exención legal (utilización de tarifas de primas que parten de estadísticas comunes entre aseguradoras) se añade la contenida en el apartado 4 del art. 25 LOSSP en relación al «establecimiento por parte de las entidades aseguradoras de ficheros comunes que contengan datos de carácter personal para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico actuarial para permitir la tarificación y selección de riesgos y la elaboración de estudios de técnica aseguradora». Dicha cesión podrá realizarse sin que resulte necesario el consentimiento previo del afectado. Si bien se hace constar la obligación de comunicarle este trámite para que pueda, en ejercicio de su facultad, ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación. Asimismo, podrán establecerse ficheros comunes a fin de prevenir el fraude en el seguro sin que sea exigible el consentimiento del afectado.

No obstante, en contra de lo dispuesto en el art. 43.6 e) de la derogada Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado, el art. 40.3 h) LOSSP no incluye como infracción muy grave la participación de las entidades en prácticas

⁴⁶³ Hay que recordar lo que indica la DGSFP acerca del aumento de primas en los seguros en general conforme consta en el Criterio titulado «*Aumento de primera en los seguros en general*», disponible en WEB (29/10/2017): <https://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/documentos/LC3.pdf>, que dice: «[...] la Ley al referirse al importe de las primas únicamente regula el importe mínimo, al establecer el principio de suficiencia de la prima; es decir, que las tarifas de primas a aplicar por las entidades aseguradoras han de ser suficientes, de tal modo que permitan a la entidad satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro. Ello, sin duda, constituye una garantía de solvencia, necesaria para el ejercicio de la actividad aseguradora en aras del futuro cumplimiento de las obligaciones contraídas. Conviene precisar además que las tarifas de primas no están sujetas a autorización administrativa ni deben ser objeto de remisión sistemática a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y ello con independencia de que este organismo pueda requerir a las entidades aseguradoras la presentación de las tarifas de primas aplicadas, con el fin de comprobar si respetan las disposiciones técnicas y sobre contrato de seguro. En consecuencia, y en virtud del principio de libertad de competencia, no puede incidirse por parte de la Administración en la cuantía de las primas, siempre que las mismas se adecuen a lo previsto en la normativa reguladora a que anteriormente se ha hecho referencia».

restrictivas. La realización de prácticas abusivas deberá ser sancionada, exclusivamente, por las autoridades de la competencia como infracción de la norma de competencia aplicable, y no así desde el régimen sancionador que contiene la LOSSP⁴⁶⁴.

En definitiva, la aplicación de las exenciones legales contenidas tanto en la anterior ley ordenadora como en la vigente LOSSP, citadas anteriormente, resulta amparada por el art. 4 LDC relativo a las conductas exentas en aplicación de una norma⁴⁶⁵.

3. Aplicación de los Reglamentos de exención comunitarios por categorías al sistema de defensa de la competencia español

El art. 5.1 de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia⁴⁶⁶ posibilitó al Gobierno a autorizar, mediante Reglamento, categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, o prácticas que, de acuerdo al art. 3, podrían ser objeto de autorización singular. Con este fin, posteriormente, se aprobó el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia⁴⁶⁷. En virtud de esta disposición, derogada por el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia⁴⁶⁸, quedaron exentos una serie de acuerdos específicos, siempre que éstos fueran adoptados únicamente por dos empresas y que afectasen, exclusivamente, al mercado nacional (art. 1.1 LDC). Esta incorporación de los Reglamentos de exención comunitarios (con aplicación de la misma técnica comunitaria) al Derecho interno se tradujo en la inclusión de acuerdos generales

⁴⁶⁴ Al respecto puede consultarse AA.VV., *Estudios y comentarios sobre la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Madrid, Fundación Mapfre Estudios, 1997.

⁴⁶⁵ Art. 4.1 LDC: «Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley».

⁴⁶⁶ BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989.

⁴⁶⁷ BOE núm. 52, de 29 de febrero de 1992.

⁴⁶⁸ BOE núm. 90, de 15 de abril de 2003.

que se encontraban en su momento vigentes, omitiendo cualquier exención sectorial en relación a la aplicación del art. 101.3 TFUE⁴⁶⁹.

Para subsanar esta omisión legislativa se promulgó el Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrollaba la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia⁴⁷⁰, que se ocupó de las exenciones por categorías, las autorizaciones singulares y la regulación del registro de Defensa de la Competencia. De acuerdo a la exposición de motivos, el objeto de esta nueva disposición fue incluir los recientes Reglamentos de exención comunitarios, y, particularmente, el 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 seguros⁴⁷¹. No obstante, el art. 2 del citado Real Decreto que recogía la exención por categorías de acuerdos en el sector de seguros fue derogado por la letra b) de la Disposición derogatoria única del RDC.

La incorporación de los Reglamentos de exención comunitarios al Derecho español se ha producido sin modificación de su contenido ni trasposición, por lo que, en cuanto a su aplicación, resultan homogéneos tanto para aquellos acuerdos que afecten al comercio intracomunitario como para aquéllos que alteren la competencia en un Estado miembro. En este sentido, y como anclaje legislativo, el art. 1.4 LDC⁴⁷² establece que la prohibición del art. 1 no se aplicará sobre los acuerdos que cumplan las disposiciones contenidas en los Reglamentos comunitarios en relación a la aplicación del art. 101.3 TFUE, incluso cuando estas conductas no afectaren al comercio entre los Estados miembros⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Vid. ALONSO SOTO, R., *La aplicación de la normativa...*, op. cit., pg. 596.

⁴⁷⁰ BOE núm. 90, de 15 de abril de 2003.

⁴⁷¹ DOUE núm. 53, de 28 de febrero de 2003.

⁴⁷² Art. 1.4 LDC: «La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE».

⁴⁷³ Como recuerdan DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 43: «la prohibición tiene un marcado carácter preventivo, toda vez que no precisa acreditar que la práctica ha ocasionado un daño efectivo, a la competencia, sino que basta con que tenga la aptitud para provocar esa distorsión o falseamiento de la competencia, distorsión que es la que habitualmente activa los resortes de la legislación de defensa de la competencia».

V. Conductas y prácticas prohibidas y su aplicación en el sector asegurador

1. Acuerdos horizontales

Los acuerdos horizontales se definen como aquéllos constituidos entre competidores reales o potenciales que ocupan la misma posición en el proceso productivo o en la distribución⁴⁷⁴. En el sector del seguro, estos acuerdos pueden constituirse, fundamentalmente, entre entidades aseguradoras (especialmente, entre entidades de coaseguro y reaseguro), y su naturaleza resulta variada y distinta.

Ante las importantes modificaciones surgidas a raíz del 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, la Comisión afronta la tarea de clarificar los acuerdos horizontales en el sector mediante las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (Directrices de Horizontales)⁴⁷⁵.

Su objetivo es dotar de principios aplicables a la evaluación respecto al art. 101 TFUE sobre acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas en relación a la cooperación horizontal. Por un lado, las Directrices de Horizontales ponen de manifiesto que los acuerdos de cooperación entre empresas pueden generar beneficios económicos sustanciales, puesto que pueden ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, o de aumentar la calidad y variedad del producto y la innovación. Sin embargo, por otro lado, con la cooperación pueden generarse riesgos en el funcionamiento efectivo de la

⁴⁷⁴ Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia...*, op. cit., pg. 19. Conforme a BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 21: «los “acuerdos verticales” son acuerdos suscritos entre dos o más empresas que operan, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieren a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Ejemplos típicos de acuerdos verticales son los acuerdos entre fabricantes y distribuidores, sean mayoristas o minoristas. Asimismo, un acuerdo de suministro industrial entre el fabricante de un componente y el fabricante de un producto que utiliza dicho componente como insumo en su producto es también un acuerdo vertical. Los acuerdos verticales se diferencian de los “acuerdos horizontales”, en que estos últimos son suscritos entre operadores situados en el mismo plano de la cadena de producción o comercialización, es decir, entre competidores, como ocurre con los cárteles de fijación de precios, de limitación de la producción o las rentas, o de reparto de mercados».

⁴⁷⁵ DOUE núm. C11/1, de 14 de enero de 2011.

competencia; las partes podrían repartirse el mercado, fijar precios o extender su poder de mercado.

A la luz de los problemas surgidos por los acuerdos de cooperación horizontal, las Directrices pretenden ofrecer un marco analítico aplicable a los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más usuales, entre los que se encuentran los acuerdos de comercialización y de intercambio de información. Este análisis para la evaluación de la compatibilidad del acuerdo de cooperación horizontal, en relación con el art. 101 TFUE, se realizará -precisa la Comisión- con la consideración de factores económicos como la estructura de los mercados. No obstante, debemos recordar que la aplicación del art. 101 TFUE a los acuerdos colusorios⁴⁷⁶ puede tener lugar cuando éstos afecten, de forma apreciable y significativa, al comercio entre Estados miembros, por lo que las Directrices versarán sobre acuerdos de cooperación horizontal que cumplan estos requisitos de alcance e importancia.

La Comisión desarrolla el contenido de los acuerdos de cooperación horizontal, aludiendo, en primer lugar, a que dichos acuerdos pueden ser exclusivos con el fin de limitar la posibilidad de que ambas partes compitan entre sí o con terceros; en segundo lugar, los acuerdos pueden obligar a las partes a aportar unos activos que provoquen que la autonomía de decisión de cada parte se reduzca considerablemente; en tercer lugar, pueden afectar a los intereses financieros de las partes con una reducción de su capacidad decisoria independiente (apartado 33); y por último, los acuerdos pueden llevar a la divulgación de información estratégica, así como lograr unos costes comunes considerables (apartado 35).

Para conceder al acuerdo la exención legal contenida en el apartado 3 del art. 101 TFUE, los acuerdos de cooperación horizontal adoptados deberán respetar los siguientes puntos (apartado 49): (1) deberán contribuir a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico; (2) para conseguir estas mejores de eficiencia, las restricciones deben ser

⁴⁷⁶ Conforme precisan DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 48, «tanto la Comisión Europea como los Tribunales comunitarios y las autoridades nacionales de defensa de la competencia, han interpretado el término “acuerdos” sobre la base de criterios eminentemente pragmáticos y sin pretensiones conceptualistas de ningún tipo, expresándose en sentido amplio y flexible, desbordando la concepción estrictamente contractualista, de manera que no se limitan por su forma, ni por su estructura externa, ni por la naturaleza o finalidad de los mismos; pudiendo ser o no jurídicamente obligatorios, bilaterales o multilaterales, y escritos o verbales».

indispensables para alcanzar dichos objetivos; (3) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; y (4) el acuerdo de cooperación no debe servir para eliminar la competencia sobre una parte sustancial de los productos de que se trate.

Respecto a los acuerdos horizontales exonerados por el Reglamento n.º. 267/2010, la Comisión renueva la exención exclusivamente para dos de los seis acuerdos habilitados por el Reglamento n.º. 1534/91, de 31 de mayo de 1991: (1) intercambio de información necesaria a los efectos del cálculo de riesgos, y (2) la cobertura conjunta de ciertos tipos de riesgo.

Sobre el intercambio de información (Capítulo II), el art. 2 dispone la exención de los acuerdos entre dos o más empresas en el sector de los seguros que vayan dirigidos: (1) la recopilación y distribución conjuntas de información para calcular el coste medio de la cobertura de un riesgo determinado en el pasado, así como las tablas de mortalidad y de frecuencia de enfermedades, accidentes, o invalidez; y (2) los estudios conjuntos sobre el probable impacto de circunstancias generales externas a las empresas parte del acuerdo (frecuencia de siniestros futuros, categoría de riesgos determinados, rentabilidad de tipos de inversión...), así como la difusión de tales estudios.

El Reglamento en su art. 3 determina las condiciones que deberán exigirse a las recopilaciones o tablas como condiciones para la exención. Entre estas condiciones figura la obligación de no revelar la identidad de las empresas de seguros afectadas o de alguna parte asegurada (art. 3.2 a); o que no contengan ninguna indicación sobre el nivel de primas comerciales (art. 3.2 c). Estas exenciones no se aplicarán cuando las partes en el acuerdo se comprometan mutuamente u obliguen a otras empresas a no utilizar las recopilaciones o tablas resultantes, así como a no desviarse de los estudios realizados (art. 4).

Sobre la cobertura conjunta de ciertos tipos de riesgos (Capítulo III), el art. 5 establece la exención sobre acuerdos relativos a la constitución y funcionamiento de agrupaciones de entidades de seguros o de éstas con entidades de reaseguros para la cobertura en común de una categoría específica de riesgos en forma de coaseguro o reaseguro.

Si la creación de agrupaciones de coaseguro o reaseguro tiene como propósito la cobertura exclusiva de riesgos nuevos, la exención se aplicará durante el periodo de tres años desde la fecha de la primera constitución de la agrupación, sin tener en cuenta su cuota de mercado. En caso de agrupaciones con fines distintos al reseñado anteriormente, la Comisión aplicaría la exención para el caso de que las

entidades participantes, dentro y fuera de una agrupación, no superen el 20% del mercado relevante para las agrupaciones de coaseguro, y del 25% para las de correaseguro.

Por otra parte, el art. 7 fija las condiciones específicas para la validez de la exención, como son, entre otras, que el acuerdo de constitución no limite la producción de ventas (letra d), o no asigne mercados o clientes (letra e).

El interés de la Comisión sobre la aplicación del art. 101 TFUE al sector del seguro no fue, como hemos observado, reducido, sino todo lo contrario. Por este motivo, el 13 de junio de 2005, la Comisión decidió comenzar una investigación sectorial sobre la oferta de productos y servicios de seguros a las empresas de la Comunidad Europea de conformidad con el art. 17 del Reglamento (CE) n.º 1/2003. El fin de la investigación fue detectar prácticas o distorsiones en la competencia que pudieran serles aplicables los arts. 101 y 102 TFUE. De esta forma, el 25 de septiembre de 2007 se presentó el Informe Final de dicha investigación titulado: «*Investigación sectorial con arreglo al artículo 17 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 sobre seguros de empresas*»⁴⁷⁷.

De manera más específica, en el apartado 23 de dicho documento, la Comisión tildó como posible conducta restrictiva, los acuerdos horizontales o las prácticas concertadas de intermediarios o las decisiones de sus asociaciones relativos a no aplicar reembolsos de comisiones a los clientes.

La Comisión destaca igualmente que, tras la aprobación del Reglamento n.º 1/2003, la autoevaluación de las empresas, con o sin ayuda de asesores externos, se establece como la forma más viable para generar la compatibilidad necesaria entre los acuerdos y la prohibición del art. 101.1 TFUE⁴⁷⁸. En virtud de este criterio, entiende la Comisión, los Reglamentos de exención sectoriales han dejado de tener sentido, existiendo el riesgo de que los mismos provoquen situaciones

⁴⁷⁷ COM (2007) 556 final: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - *Investigación sectorial con arreglo al artículo 17 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 sobre seguros de empresas* (Informe Final).

⁴⁷⁸ Según NÚÑEZ OSORIO, M.I., *El abuso anticompetitivo...*, op. cit., pg. 29, a partir del Reglamento n.º 1/2003 se viene aplicando el denominado «*sistema de exención legal*», por el que una conducta que viole el art. 101 TFUE puede ser exonerada automáticamente si reúne los requisitos de su apartado 3.

anticompetitivas al eximir inadvertidamente ciertos acuerdos que pudieran desarrollarse por las empresas⁴⁷⁹.

2. Acuerdos verticales

Los acuerdos verticales se definen como aquéllos constituidos entre competidores que operan en planos distintos de la cadena de producción o de distribución, y que comprendan las condiciones en que las partes puedan adquirir, vender, o revender determinados bienes o servicios⁴⁸⁰. Estos acuerdos, supuestamente restrictivos de la competencia, pueden formalizarse entre operadores que desarrollen actividades separadas en el mercado de seguros; por ejemplo, acuerdos de distribución entre entidades de crédito (distribución) y entidades aseguradoras (producción)⁴⁸¹.

La Comisión, para separar aquellos acuerdos verticales que no forman parte de la exención de un Reglamento, publicó las Directrices relativas a las restricciones verticales de 15 de mayo de 2010 (Directrices de Verticales)⁴⁸². Los acuerdos verticales suelen presentarse como acuerdos de distribución de productos o servicios, y pueden producir restricciones a la competencia a pesar de que puedan

⁴⁷⁹ V.gr. acuerdos sobre dispositivos de seguridad.

⁴⁸⁰ Definición extraída del art. 1.1 a) del Reglamento nº. 330/2010. Asimismo, puede consultarse MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho antitrust comunitario”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº. 18, 2007, pgs. 53-79.

⁴⁸¹ Resulta de especial interés lo recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de julio de 2017 (nº. de recurso 552/2014) en relación a la ausencia de tipicidad del acuerdo vertical sancionado por Resolución de la CNMC (Sala de Competencia) de 29 de octubre de 2014 (Expte. S/0422/12, *CONTRATOS DE PERMANENCIA*). La Audiencia Nacional consideró que los contratos Premium Pyme no constituyen una restricción vertical en un sentido económico ya que las empresas que firman dichos contratos no están situadas en ningún punto del proceso de producción o de distribución de telefonía móvil, sino que son consumidores del servicio. A pesar de que el art. 101.1 TFUE no recoge una definición de los acuerdos verticales, a nuestro juicio, las PYME entrarían en la categoría de “empresas”, más si cabe teniendo en cuenta que el art. 1.1 LDC, por su parte, no recoge siquiera el término “empresa”.

⁴⁸² DOUE núm. C130/1, de 15 de mayo de 2010. El texto establece los principios para evaluar los acuerdos verticales de conformidad con el art. 101 TFUE, que resultan estructurados de la siguiente forma: Sección II (apartados 8 a 22) en relación a aquellos acuerdos verticales que, por lo general, no entran en el ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE; Sección III (apartados 23 a 73) relativos a la descripción de las condiciones para la aplicación del Reglamento (UE) nº. 33/2010, de 20 de abril de 2010; Sección IV (apartados 74 a 85) sobre los principios aplicables a la retirada de la exención por categorías y la inaplicación del Reglamento de exención; Sección V (apartados 86 a 95) que contiene orientaciones sobre el método a seguir para definir el mercado de referencia y el cálculo de las cuotas de mercado; y Sección VI (apartados 96 a 226) relativa al marco general de análisis y la política de aplicación de la Comisión a determinados casos de acuerdos verticales.

resultar beneficiosos para los consumidores y para la eficiencia del sistema, pudiendo resultar acogidos por la exención legal del apartado 3 del art. 101 TFUE.

Al igual que ocurría para los acuerdos horizontales, en la evaluación que se realice por las empresas se han de tener en cuenta varios factores, particularmente, la estructura del mercado de las partes⁴⁸³. Asimismo, para lograr la exención legal, estos acuerdos deberán compensar los efectos contrarios a la competencia con la existencia de suficientes ventajas en términos de eficiencia y en beneficio de los consumidores⁴⁸⁴.

Las Directrices de Verticales vienen a facilitar a las empresas los elementos de juicio necesarios para examinar la aplicación del art. 101.3 TFUE y del Reglamento de exención por categorías nº. 330/2010⁴⁸⁵.

Las relaciones que guardan las Directrices y el Reglamento de exención son indiscutibles. Por un lado, las Directrices determinan el ámbito de aplicación del Reglamento de exención mediante un desarrollo de las definiciones de los acuerdos verticales que constan en el texto del Reglamento. Ofrece, por tanto, un justificado detalle de los términos utilizados en dicha norma para mejorar las evaluaciones individuales de las empresas. De esta manera, se explican las limitaciones a la aplicación del Reglamento a los acuerdos horizontales, las excepciones a la exclusión de los acuerdos verticales entre competidores en relación a los acuerdos no recíprocos, o las diferencias entre acuerdos horizontales o verticales en el examen de los acuerdos de las asociaciones de empresas.

La Comisión, considerando los límites de aplicación del Reglamento, participa a las empresas una serie de normas generales para realizar la evaluación

⁴⁸³ Consid. 4 del Reglamento nº. 330/2010.

⁴⁸⁴ Apartado 5 de las Directrices de Verticales

⁴⁸⁵ Al respecto de las restricciones verticales, especialmente de la Directrices de Verticales de 2010, así como del Reglamento (UE) nº 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, resulta especialmente enriquecedora para el estudio la obra de BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit. El autor define los «acuerdos verticales», en consonancia con lo dispuesto en el art. 1.1 a) del Reglamento 330/2010, como «acuerdos suscritos entre dos o más empresas que operan a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieren a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios»; En la pg. 32, el autor concluye que «los acuerdos entre empresas (normalmente reflejados en cláusulas contractuales) cuyo objeto u efecto sea impedir o restringir la competencia en el mercado de la Unión Europea serán, salvo que se beneficien de una exención o tengan un efecto poco apreciable sobre la competencia en el mercado relevante afectado, contrarios al art. 101.1 del Tratado, y en virtud del apartado 2º de dicho artículo, nulos de pleno derecho».

de acuerdos verticales no cubiertos por el Reglamento. De esta manera, en el apartado «Orientaciones para la evaluación de casos individuales», las Directrices de Verticales examinan determinados acuerdos concretos que quedan fuera de la aplicación del mismo. En este sentido, se analizan los acuerdos verticales relativos a la marca única, distribución exclusiva, asignación de cliente exclusivo, distribución selectiva, franquicia, suministro exclusivo, pagos de acceso inicial, acuerdos de gestión por categoría, vinculación, y restricciones de los precios de reventa.

Dentro de estas normas generales de evaluación de los acuerdos verticales, figuran significadamente las consecuencias que aquéllos pueden generar en la competencia⁴⁸⁶. Al respecto, las consecuencias negativas que la normativa de la competencia pretende evitar son: (1) la exclusión contraria a la competencia de otros proveedores u otros compradores poniendo obstáculos a la entrada o a la expansión; (2) la relajación de la competencia entre el proveedor y sus competidores o la facilitación de la colusión entre estos proveedores (reducción de la competencia intermarca); (3) la relajación de la competencia entre el comprador y sus competidores o la facilitación entre estos competidores (reducción de la competencia intramarca); y (4) la creación de obstáculos a la integración de mercados, entre los que se incluyen, fundamentalmente, las limitaciones a la libertad de los consumidores para adquirir bienes o servicios en el Estado miembro de su elección.

Conforme a estas consideraciones, la Comisión argumenta que la exclusión, relajación o colusión de la competencia o la colusión al nivel del fabricante pueden acarrear perjuicios a los consumidores mediante el aumento de los precios al por mayor de los productos, limitaciones a la elección de productos, disminución de su calidad, así como la reducción del nivel de innovación de los mismos⁴⁸⁷. La

⁴⁸⁶ Apartado 100.

⁴⁸⁷ No obstante, de acuerdo a GONZÁLEZ CERDEIRA, X., “Fundamentos jurídico-económicos de las restricciones verticales”, en VALERA CARID, F. (Coord.), *Economía y Defensa de la Competencia*, Galicia, Tribunal Galego de Defensa da Competencia, 2010, pgs. 158 y 159: «la integración vertical ha sido tradicionalmente considerada un mecanismo que permite minimizar costes de transacción o al menos reducirlos por debajo de los que tendrían lugar si las transacciones tuviesen lugar en el mercado. Los costes de transacción se asocian, por ejemplo, a los costes de búsqueda de contrapartes en el negocio o bien, de las ineficiencias que resultan de la incompletitud de los contratos, etc. Las restricciones verticales permiten, en algunos casos, reducir los costes de búsqueda en la medida que se firmen contratos de largo plazo entre comprador y vendedor. Limitar el número de distribuidores (productores) también permite reducir los costes de negociar con un mayor número de compradores [...] Las restricciones verticales pueden tener también un efecto positivo en promover cierto tipo de inversiones, realizadas por el productor o distribuidor que tiene

exclusión, relajación o colusión al nivel de los distribuidores puede generar un aumento de los precios al por menor, limitaciones sobre la elección de combinaciones precio-servicio y los formatos de distribución, la reducción de la disponibilidad y calidad de los servicios al por menor, así como una reducción en la innovación.

A estos elementos se añaden algunos que suscitan conexión con la materia aseguradora⁴⁸⁸: (1) en un mercado en el que los distribuidores individuales distribuyen marca o marcas de un único proveedor, la reducción de la competencia entre los distribuidores de la misma marca llevará a la reducción de la competencia intramarca entre estos distribuidores, si bien esta conducta puede no afectar negativamente a los distribuidores en general; (2) los acuerdos exclusivos resultan generalmente más perniciosos para la competencia que los no exclusivos, ya que mediante estos contratos una parte abastece total o casi completamente a otra; y (3) la combinación de restricciones verticales potencia los efectos negativos individuales.

No obstante, las restricciones verticales pueden generar efectos positivos en la competencia, e, incluso, pueden resultar justificables en determinados casos⁴⁸⁹.

un carácter específico y por tanto sólo son rentables en la medida en la que la relación entre ambos se mantenga». Posteriormente, indica la autora que «dos principales efectos negativos sobre la competencia que se han estudiado con mayor profusión han sido los relacionados con los posibles perjuicios ocasionados a los competidores actuales o potenciales y aquellos que conducen a una reducción de la competencia en el mercado. Entre los primeros destacan la expulsión de competidores actuales o potenciales de un mercado (foreclosure) o dificultar la supervivencia en el mercado de los competidores (por ejemplo ocasionándole incrementos en los costes). Los acuerdos exclusivos entre productor y distribuidor han sido los más analizados como causantes de este tipo de efectos anticompetitivos en contra de los rivales». En el apartado de las conclusiones se advierte que «la principal conclusión que emerge de los modelos teóricos es que no se puede afirmar que una determinada restricción vertical tenga efectos anticompetitivos per se, sino que dependerá en todos los casos del contexto en el cual se aplique y de las características del mercado» (pg. 170).

⁴⁸⁸ Apartados 101 a 105.

⁴⁸⁹ De acuerdo a ZURIMENDI ISLA, A., “El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 7, 2007, pg. 4: «las restricciones verticales, según la clase y el caso concreto, pueden producir en el mercado tanto efectos anticompetitivos como procompetitivos. Empezando por los primeros, los acuerdos de marca única y distribución limitada pueden utilizarse para expulsar o excluir de una escala de la cadena productiva a operadores en el mercado que actuaban en ella, o bien, sin llegar a la expulsión total, sí a reducir ostensiblemente su presencia o a crear barreras de entrada que impidan u obstaculicen la incorporación de nuevos operadores»; no obstante, comenta el autor que: «si bien la todavía vigente LDC no trata de distinto modo a las restricciones horizontales y a las verticales incluyendo a todas en la prohibición del art. 149, sí que en el desarrollo reglamentario de la misma y en la aplicación de la normativa por parte de las autoridades de la competencia se es mucho más flexible con las verticales que con las horizontales. En este sentido, por un lado, las autorizaciones singulares han sido concedidas por el TDC en mayor número y proporción a las restricciones verticales que a las horizontales» (pg. 16). Consúltese, igualmente, PASCUAL PONS, C., “El nuevo tratamiento de

Estos acuerdos verticales pueden, en primer lugar, resolver problemas de parasitismo entre distribuidores que pueden solucionarse mediante contratos de exclusividad; en segundo lugar, pueden abrir nuevos mercados o acceder a ellos; en tercer lugar, pueden aprovecharse para vender nuevos productos al por menor aprovechándose de una gran reputación en el mercado; en cuarto lugar, pueden permitir líneas de inversión (mediante cláusulas de no competencia) para los proveedores o clientes con el fin de satisfacer la demanda del producto; en quinto lugar, pueden paliar los problemas derivados de la externalidad negativa, imponiendo al minorista un precio de reventa máximo; en sexto lugar, la realización de economías de escala en la distribución de productos, esto es, la concentración de la reventa a un número reducido de distribuidores con el fin de reducir el precio del minorista; en séptimo lugar, los acuerdos pueden mejorar líneas de financiación entre proveedores y compradores con el fin de asegurar al máximo la inversión; y por último, las restricciones verticales pueden contribuir al incremento de las ventas a través de la creación de imagen de marca, tal y como ocurre en los contratos de franquicia (apartado 107).

A su vez, el Reglamento n.º. 330/2010 establece en su art. 4 las cinco restricciones verticales especialmente graves que retiran el beneficio de la exención por categorías, entre aquéllas destaca la restricción de la facultad del comprador de fijar el precio de venta, o la restricción del territorio o de la clientela de la que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales. En el mismo texto legal se determina la aplicación de la exención cuando las cuotas de mercado del proveedor y del comprador no superen, ambas, el 30% (art. 3.1)⁴⁹⁰.

las Restricciones Verticales en el Derecho Comunitario de la Competencia”, *Boletín ICE Económico: Información Comercial Española*, n.º. 2626, 1999.

⁴⁹⁰ En palabras de BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 233: «El Reglamento 330/2010 enumera en su art. 4 cinco restricciones verticales “especialmente graves”, que conllevan la exclusión de la totalidad del acuerdo del beneficio de exención, incluso si las respectivas cuotas de mercado del proveedor y del comprador son inferiores al umbral de cuota de mercado del 30 por 100. Se trata de restricciones que la Comisión ha calificado como “muy graves” (esencialmente la fijación vertical de precios fijos o mínimos de reventa y la protección territorial absoluta) y, por ello, se les niega la presunción de legalidad que proporciona el paraguas de la exención por categorías. En el caso de estos acuerdos, la probabilidad de que las partes sean sancionadas por el incumplimiento del art. 101.1 es, en la práctica, significativa».

3. Abuso de posición dominante de empresas en el mercado asegurador

El abuso de posición dominante es una práctica perseguida en el sector del seguro de forma regular por la autoridad de competencia nacional y comunitaria. No concurren peculiaridades o situaciones especiales a destacar en referencia a otros sectores. Según las «*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*»⁴⁹¹, no es probable que exista dominación cuando la cuota de mercado sea inferior al 40%, si bien es posible que concorra cuando, en porcentajes más reducidos, la competencia no ejerza una presión efectiva sobre la conducta de una empresa dominante. Este porcentaje ha sido incluso superior para la doctrina administrativa, que lo fija en el 50%⁴⁹².

Nuestra autoridad de competencia (extintas TDC y CNC, así como CNMC) ha resuelto, si bien de forma reducida, asuntos relacionados con posibles abusos de posición dominante de entidades aseguradoras. De este modo, (1) en la Resolución *Seguros Médicos Ciudad Real (2001)*⁴⁹³, confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de diciembre de 2003 (nº. de recurso 791/2001), por la que se declaraba acreditada por parte de la entidad aseguradora denunciada, dominante en el mercado de seguros privados de asistencia sanitaria de la provincia de Ciudad Real, la realización de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el art. 6 de la derogada Ley 16/1989, consistente en obstaculizar el acceso al mercado de nuevos competidores al exigir la exclusividad de los miembros de su cuadro médico⁴⁹⁴; (2) en el Expte. r 603/03, *Seguros Ciclomotores*, el extinto TDC acordó desestimar el recurso interpuesto por Asociación Nacional de Empresas del Sector de Dos Ruedas (ANESDOR) contra el archivo de las actuaciones iniciadas por denuncia contra UNESPA, al considerar que la citada asociación empresarial había abusado de su posición dominante al

⁴⁹¹ DOUE núm. C45/7, de 24 de febrero de 2009.

⁴⁹² Resolución de la CNC de 30 de diciembre de 2001 (Expte. S/323/11, *Industrial Farmacéutica Cantabria*).

⁴⁹³ Resolución del TDC de 25 de junio de 2001 (Expte. 497/00, *Seguros Médicos Ciudad Real*).

⁴⁹⁴ En la misma dirección estribó la condena Igualatorio Médico Quirúrgico Colegial, S.A. de Seguros por obstaculizar el acceso al mercado de nuevos competidores al exigir a treinta y un miembros de su cuadro médico el abandono de la práctica profesional en una compañía competidora en Resolución del TDC de 27 de septiembre de 2000 (Expte. 473/99, *Igualatorio Médico Quirúrgico Cantabria*).

emitir una recomendación colectiva que provocó aumentos importantes en el precio del seguro de responsabilidad civil de ciclomotores, además de cambios en las condiciones de contratación del mismo, posible comportamiento común y homogéneo entre las entidades aseguradoras, si bien no se acreditó la existencia de indicios de recomendación colectiva prohibida ni concertación alguna en cuanto a la negativa de ofertar el seguro de responsabilidad obligatoria para ciclomotores⁴⁹⁵; o (3) en el Expte. S/0204/09, *Seguros Decesos*, la CNMC archivó las actuaciones en virtud de la Resolución de 19 de julio de 2010, en relación a una denuncia formulada contra las aseguradoras *La Alianza Española S.A. de Seguros, Ocaso S.A. Cía. de Seguros y Reaseguros, Mapfre S.A., Santa Lucía Compañía de Seguros S.A., Seguros Vitalicio de España Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros y Meridiano S.A.*, por supuestas conductas prohibidas en la LDC consistentes en la concertación de precios abusivos en el ramo de decesos y el impedimento a sus clientes de cambiar de compañía aseguradora, por la inclusión en las pólizas de decesos de una prórroga mensual a la finalización del periodo de cobertura con el fin de concederles la oportunidad de subir, de forma abusiva, la prima del seguro, de duración mensual, para que los ancianos no puedan, una vez alcanzada cierta edad, acudir a otras entidades aseguradoras. No obstante, si bien la autoridad manifiesta que no existe posición dominante en ninguna de las aseguradoras investigadas, también considera que la conducta de las aseguradoras, de no respetar las condiciones estipuladas por el tomador en una póliza anterior, tiene un efecto restrictivo muy significativo.

4. Las exenciones legales en materia de competencia

El régimen de exenciones por categorías desarrollado por los Reglamentos comunitarios tiene su base en la aplicación de la exención legal contenida en el apartado 3 del art. 101 TFUE. Esta disposición afecta a la prohibición general del art. 101 TFUE respecto a los acuerdos colusorios entre empresas (competidores o no)⁴⁹⁶ que, a pesar de desplegar efectos contra la competencia, resultan beneficiosos

⁴⁹⁵ Resolución del TDC de 23 de septiembre de 2004 (Expte. r 603/03, *Seguros Ciclomotores*).

⁴⁹⁶ Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia...*, op. cit., pg. 17.

para la eficiencia económica y el bienestar social, sin que, en cualquier caso, se lesione gravemente la libre competencia⁴⁹⁷.

A la aplicación de la exención por eficiencias del art. 101.3 TFUE, se suma la inaplicación del art. 101.1 TFUE cuando la conducta revista de menor importancia. La Comunicación *de minimis*⁴⁹⁸ exime, atendiendo principalmente a los umbrales relativos a las cuotas de mercado, aquellas prácticas que no afectan sensiblemente al comercio entre los Estados miembros. Este criterio se ha adoptado a través de aclaraciones contenidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁴⁹⁹.

Sin embargo, con la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 1/2003⁵⁰⁰, se produjo un cambio radical en el sistema de autorizaciones. El objetivo del Reglamento no fue otro que reducir la carga de trabajo de la Comisión para la persecución de conductas más graves. En este sentido, el proceso de autorización centralizado de notificación previa se modifica por un sistema descentralizado de excepción legal que pretende aumentar la participación de las autoridades de competencia y de los órganos jurisdiccionales nacionales.

La responsabilidad del cumplimiento de las normas de competencia comunitarias se atribuye directamente a las empresas, que deberán garantizar que los acuerdos no afectan negativamente el juego de la competencia. Por este motivo, el Reglamento implementa políticas de cooperación entre la Comisión y las

⁴⁹⁷ *Ibidem. cit.*, pg. 18.

⁴⁹⁸ Vid. 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. DOUE núm. C291/1, de 30 de agosto de 2014. Consúltese MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias: ancillary restraints y conductas de *de minimis*”, en RUIZ PERIS, J.I. (Dir.), *Derecho Europeo de la Competencia. Proyecto Europeo “Training of National judges in EU Competition Law”*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2017, pgs. 57 y ss.

⁴⁹⁹ Compruébese esta cuestión en la reciente Sentencia del TJUE de 13 de diciembre de 2012 (As. C-226/11), cuyo considerando 17 establece que, como requisito para que a un acuerdo le sea aplicable el art. 101.1 TFUE, resulta necesario que éste tenga por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado interior, afectando al comercio entre los Estados miembros [Sentencias de 24 de octubre de 1995 (Asunto *Bayerische Motorenwerke*); de 28 de abril de 1998 (Asunto *Javico*), y de 2 de abril de 2009, (Asunto *Pedro IV Servicios*)]. La prohibición, por tanto, no será aplicable cuando ésta afecte al mercado de forma insignificante [Sentencias de 9 de julio de 1969 (Asunto *Völk*); de 28 de mayo de 1998, (Asunto *Deere/Comisión*); de 21 de enero de 1999 (Asunto *Bagnasco y otros*), y de 23 de noviembre de 2006, (Asunto *Asnef-Equifax*)].

⁵⁰⁰ DOCE núm. L1/1, de 4 de enero de 2003.

autoridades de competencia públicas, especialmente respecto al intercambio de información⁵⁰¹.

Esta modificación respecto a la autorización individual altera sustancialmente el propósito de los Reglamentos de exención. Por un lado, no resultando necesaria la autorización individual, la autoevaluación de las empresas puede ejercerse correctamente sin afectar a la seguridad jurídica⁵⁰². Los Reglamentos, en atención a la propia labor examinadora de las empresas, pierden su eficacia original, pudiendo ser sustituidos por otro tipo de documentos no vinculantes sin afectar a la meritada seguridad jurídica. Por otro lado, el cumplimiento estricto de los Reglamentos de exención por las entidades de seguros puede ser contraproducente al sistema competitivo y al funcionamiento del sector asegurador⁵⁰³.

VI. Especialidades en la aplicación del Derecho de la Competencia a la vinculación de productos

1. Concepto de contrato vinculado y tratamiento legislativo

A raíz de las características singulares que presentan los contratos vinculados y sus efectos en el mercado, el Derecho de la Competencia ha tratado

⁵⁰¹ De esta manera, nace la red europea de competencia, cuya misión es la creación de mecanismos de información y de consulta para la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE. En este sentido, el Reglamento n.º. 1/2003 señala la conveniencia de que la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros apliquen las normas de competencia en estrecha cooperación. Posteriormente, la Comisión publicó la Comunicación sobre cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DOUE núm. C101, de 27 de abril de 2004), que sustituye a la Comunicación de la Comisión de 15 de octubre de 1997, relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros para el tratamiento de determinados asuntos incluidos en los arts. 81 y 82 del Tratado CE (antiguos arts. 85 y 86 del Tratado CE), favoreciendo a las empresas que soliciten beneficiarse de un programa de clemencia cuando éstas cooperen con aquélla en la investigación de infracciones de cárteles. En relación a los programas de clemencia puede consultarse OLMEDO PERALTA, E., “La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el derecho europeo de la competencia”, en RUIZ PERIS, J.I., (Dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/ UE: Directiva y propuesta de transposición*, Pamplona, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pgs. 391-426; así como MARTÍ MOYA, V., “Disclosure sobre programas de clemencia a la luz de la Sentencia de la English High Court de 4 de abril de 2012”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º. 292, 2014, pgs. 513-526.

⁵⁰² Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia...*, op. cit., pg. 49.

⁵⁰³ *Ibidem*. cit., pg. 50.

históricamente la cuestión de manera dubitativa⁵⁰⁴. No se trata, pues, de una materia pacífica tanto para las autoridades europeas como estadounidenses, sino todo lo contrario, persisten determinados elementos de disensión en aplicación de una y otra normativa⁵⁰⁵.

Un contrato vinculado (*tying arrangement*) puede definirse como un acuerdo por el que una parte vende a otra un producto, pero sólo a condición de que el comprador también adquiera un producto diferente (o igual), o, por otro lado, preste su conformidad de que no va a comprar dicho producto a cualquier otro proveedor⁵⁰⁶.

El objetivo de estos acuerdos puede ser ilícito. Dependerá de determinados factores y justificaciones examinados en la práctica, puesto que su utilización puede tener como propósito esencial la eliminación de la competencia⁵⁰⁷. En este sentido, cuando las condiciones abusivas de vinculación se realicen con éxito, la competencia en el producto vinculado se interrumpe de forma inevitable. Esta situación se produce, no porque la parte que exige la vinculación oferte un mejor producto a un precio más reducido que la competencia, sino porque disfruta de un poder o influencia en otro mercado, concretamente en el mercado del producto principal. Mediante este esquema comercial, los compradores se ven obligados a renunciar a su derecho a la libre elección entre los productos de la competencia. Por este motivo, los acuerdos de vinculación han sido prohibidos con dureza por las normas de competencia⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ De acuerdo a HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados*..., op. cit., pg. 521 se significa la difícil tarea de examinar los contratos vinculados. De esta manera indica la autora que «desafortunadamente, ninguno de los intentos de búsqueda de reglas generales de validez universal, es decir, aplicables a todos las posibles modalidades y casos de vinculación, ya se basen en la anticompetitividad intrínseca de las conductas, ya en su bondad natural, han resultado, a nuestro juicio, exitosos –o, al menos, suficientemente convincentes–».

⁵⁰⁵ En AFFELDT, P.L., *Tying and Bundling in Two-Sided Markets*, Tillburg University Master Thesis, Department of Economics, 2011, pg. 15. El autor refiere que la práctica de agrupar productos ha sido desde el derecho de la competencia estadounidense sancionados tradicionalmente como una práctica que tiene como finalidad la de excluir a los competidores, y no, por otro lado, como una práctica que pretenda maximizar los beneficios de las empresas. Por esta razón sugiere el autor, deben examinarse los mercados para acreditar si la práctica es positiva para los intereses de los consumidores.

⁵⁰⁶ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5-6 (1958).

⁵⁰⁷ *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949).

⁵⁰⁸ *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953).

Como indicamos, estos acuerdos de vinculación de productos pueden ser muy perjudiciales para la competencia cuando una de las partes ostente suficiente poder económico con respecto al producto vinculado, pudiendo afectar a buena parte de la competencia (“*not insubstantial*” *amount of commerce affected*)⁵⁰⁹. Por otra parte, si el vendedor no ostenta control o dominio sobre el producto vinculante, no representando un arma eficaz de presión para obligar a los compradores a aceptar la vinculación, cualquier restricción en la competencia sería insignificante⁵¹⁰,

Los acuerdos de vinculación no sólo vienen asociados a la unión de dos productos, sino que, igualmente, pueden consistir en vinculaciones de servicios, arrendamientos, licencias de propiedad intelectual... o una combinación de cualquiera de ellos. La finalidad de la vinculación está asociada a una práctica de acondicionamiento de la venta de un producto a la adquisición de otro.

De esta manera, la vinculación, en sentido estricto, ha supuesto uno de los métodos más directos de restringir la competencia por empresas que ostentan cierto grado de poder de mercado. El vendedor aprovecha la demanda del producto principal para reducir la autonomía de los consumidores, y desde un análisis de la competencia, restringe la competencia en el mercado del producto vinculado, en el que obtiene una ventaja competitiva frente al resto de competidores⁵¹¹.

La prohibición sobre los contratos vinculados resulta claramente definida tanto en el derecho estadounidense como en el comunitario. En la legislación *antitrust* estadounidense, los acuerdos de vinculación podrán ser prohibidos bajo la aplicación de la Sección 1ª de la *Ley Sherman*⁵¹², que prohíbe los contratos que restrinjan la competencia (*contracts in restraint of trade*); la Sección 3º de la *Ley Clayton* prohíbe los acuerdos de exclusividad que puedan disminuir sustancialmente la competencia (*substantially lessen competition*). Además, la Sección 5ª de la *FTC Act*, prohíbe los métodos anticompetitivos (*[u]nfair methods of competition*), pudiendo también constituir la práctica como parte de una

⁵⁰⁹ *International Salt Co. v. United States*, 322 U.S. 392 (1947).

⁵¹⁰ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

⁵¹¹ Vid. PONSOLDT, J.F. y DAVID, C.D, “Comparison between U.S. and E.U. Antitrust treatment of tying claims against Microsoft: When should the bundling of computer software be permitted”, *Northwestern Journal of International Law of Business*, Vol. 27, Issue 2 winter, 2007, pgs. 423-424.

⁵¹² Disponible en WEB (26/10/2017): <https://www.justice.gov/atr/file/761131/download>.

conducta monopolística de acuerdo a la Sección 2ª de la *Ley Sherman*⁵¹³. Sin embargo, en la actualidad, las políticas de competencia estadounidenses sobre esta materia han cambiado sustancialmente, por cuanto, si bien con anterioridad se mantenía el criterio de condenar *per se* los acuerdos de vinculación sin examinar si éstos incidían en la competencia real, los tribunales han reconocido que de estos acuerdos pueden derivarse beneficios a la competencia.

Por otra parte, en el ámbito comunitario, los arts. 101.1 e) y 102 d) TFUE declaran incompatibles en el mercado interior la subordinación de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación, respecto a su naturaleza o usos mercantiles, con el objeto de dichos contratos.

Atendiendo a estas exigencias, para la apreciación de la ilicitud de una práctica de vinculación se requiere que ésta presente los siguientes elementos: (1) que concurra una efectiva separación de productos; (2) la existencia de una conducta coercitiva, que se define como el acondicionamiento de que el comprador si desea adquirir un determinado bien o servicio deba adquirir otro producto o servicio; (3) un cierto grado de poder de mercado en el mercado del producto vinculante por el que el vendedor pueda limitar la competencia en el mercado del producto vinculado; y (4) el acuerdo debe afectar a una parte sustancial del mercado afectado.

En los apartados siguientes tomaremos en consideración la jurisprudencia comunitaria para adoptar un criterio aproximado acerca de la separabilidad y diferenciación entre productos o servicios financieros de cualquier clase de los comercializados por entidades de crédito y contratos de seguros producidos por

⁵¹³ Indica FORNELLS DE FRUTOS, J., “Derecho de Competencia en Estados Unidos”, *Boletín ICE Económico: Información Comercial Española*, nº. 2802, 2004, pg. 50, que «la figura de monopolización (en Europa la figura más parecida es el abuso de posición dominante) también se regula primordialmente en la Sherman Act (15 USC Sec 2). Como con la colusión, el tenor literal de esta disposición es bastante estricto, por lo que la jurisprudencia juega un papel muy importante a la hora de analizarla. Se castiga a cualquier persona que monopolice, intente monopolizar u conspire para hacerlo. Un elemento esencial para que exista monopolización es que la empresa tenga un poder de mercado, es decir, se encuentre o tenga posibilidades de adquirir una posición dominante o de monopolio. En EEUU se considera que existe cuando concurren dos requisitos: la empresa tiene una alta cuota de mercado, y existen fuertes barreras de entrada al mercado. Pero no basta con que haya posición dominante. Es necesario que la empresa abuse de ella para que se produzca monopolización. Este abuso tiene que estar dirigido a consolidar o aumentar la posición dominante en el mercado, haciendo más difícil el desarrollo de la competencia. Inicialmente el concepto de abuso aplicado por los tribunales era muy estricto, hasta el punto de que si una empresa con posición dominante introducía innovaciones o medidas para mejorar la eficiencia y así hacer frente a la competencia, se consideraba que estaba monopolizando».

entidades aseguradoras, cuya separabilidad se afirma en el presente trabajo a pesar de la aceptación ambigua⁵¹⁴.

2. Separabilidad entre productos financieros y aseguradores

El primer elemento, y quizás el más importante, que debe examinarse de un acuerdo de vinculación es que existan dos productos bien diferenciados. Tanto el art. 101 como el 102 TFUE expresan, de forma poco concreta, que la existencia de los contratos vinculados esté supeditada a la concurrencia de dos productos que no guarden relación ni con respecto a su naturaleza ni en lo relativo a los usos mercantiles. Esta limitación, insuficientemente motivada, llevaría a considerar que la mayoría de productos vinculados sí guardan una mínima conexión y, que, por tanto, los acuerdos de vinculación de cuya práctica comercial emanan no estarían prohibidos.

Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia ofrecen diversos ejemplos de prohibiciones sobre productos que sí guardan relación⁵¹⁵. Es el caso de la vinculación de un bien (cartucheras) a accesorios o consumibles imprescindibles (grapas) para su utilización⁵¹⁶, o la vinculación de un producto (gestión de servicios aeroportuarios) a la aceptación de servicios de mantenimiento o asistencia⁵¹⁷.

Más allá de la diferenciación física de los productos, el método más esclarecedor en relación a la concurrencia de una práctica de vinculación es determinar la existencia de mercados distintos, no pudiéndose considerar la existencia de vinculación cuando lo que se ofrece en el mercado es un único producto⁵¹⁸. Por su parte, el Tribunal Supremo estadounidense ha señalado que la respuesta a la pregunta de si dos o más productos están relacionados no tiene que ver con la relación funcional presente entre aquéllos, sino con el carácter de la

⁵¹⁴ La mayoría de los productos que se vinculan guardan relación entre sí, por lo que toda vinculación, existiendo una mínima relación entre aquéllos, quedaría al margen de la prohibición comprendida en los arts. 101.1 e) y 102 d) ambos del TFUE (arts. 1.1 e) y 2 e) LDC).

⁵¹⁵ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pgs. 153-154.

⁵¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1991 (As. T-30/89, *Hilti AG vs. Comisión*).

⁵¹⁷ Decisión de la Comisión de 14 de enero de 1998 relativa a la aplicación del artículo 9 de la Directiva 96/67CE del Consejo al aeropuerto de Fracfort.

⁵¹⁸ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., 151.

demanda de los productos⁵¹⁹. Así, en el caso *Times-Picayune Publishing CO v. United States*, 395, U.S. 594 (1953), el Tribunal sostuvo que no existía vinculación debido a que el acuerdo de publicidad no asociaba o relacionaba dos mercados distintos de productos (periódico de la mañana y de la tarde).

Así, no podría existir vinculación de productos a menos que dos mercados de productos distintos existan previamente a la práctica y cuyos productos puedan adquirirse de forma separada, de lo que se deduce que debe existir demanda suficiente y separada tanto para el producto principal como para el vinculado⁵²⁰. Otra forma, igualmente sencilla, de acreditar la existencia de productos diferenciados, consiste en examinar si los compradores desean adquirir los productos por separado. Cuando se probare que aquéllos no están interesados en la compra de los productos de forma independiente, podríamos concluir que no existe riesgo de cierre en los mercados⁵²¹.

La interrelación entre la actividad aseguradora y financiera es una realidad, si bien en nuestra legislación opera la separación de actividades⁵²². Las entidades de

⁵¹⁹ *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde*, 466 U.S. 2, párr. 22 (1984).

⁵²⁰ Sin embargo, este factor de vinculación se asocia con la conducta del vendedor de imponer al comprador la adquisición de otro producto no deseado, sin que a éste se le conceda la oportunidad de comprar separadamente dicho producto vinculado (elemento de coerción).

⁵²¹ Acerca de la afectación del *bundling* en la libre competencia pueden consultarse ADAMS, W.J. y YELLEN, J.L., "Commodity Bundling and the Burden of Monopoly", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 90, nº. 3, 1976, pgs. 475-498; GUILTINAN, J.P., "The Price Bundling of Services: A Normative Framework", *Journal of Marketing*, Vol. 51, nº. 2, 1987, pgs. 74-85; ABBOT, A.F. y WRIGHT, J.D., "Antitrust analysis of tying arrangements and exclusive dealing", en AA.VV., *Antitrust Law and Economics*, Fairfax (EE.UU.), George Mason University and Economics Research Paper Series, nº. 9-32, 2009, pgs. 3-33; y CRANE, D.A., "Tying and Consumer Harm", *Competition Policy International*, Vol. 8, nº. 2, 2012, pgs. 27-33.

⁵²² Este objeto social se describe en el art. 1.1 LOSSEC relativo a las «entidades de crédito» que establece: «Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia». Encontramos en la regulación de la actividad bancaria, la definición ofrecida en la Directiva 2006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de julio de 2006, que en su art. 4.1 define la entidad de crédito como «(a) una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia" o (b) una entidad de dinero electrónico con arreglo a la Directiva 2000/46/CE». Si bien en dichas definiciones no se recogen actividades secundarias realizadas por la banca en el ejercicio de su regulación, como es la utilización de su redes de distribución para la venta de seguros, TAPIA HERMIDA, A.J., "El concepto y la clasificación de los contratos bancarios" en SEQUEIRA MARTÍN, A. y otros (Dir.), *La contratación bancaria*, Madrid, Editorial Dykinson, 2007, pg. 134, va más allá definiendo el contrato bancario como «el acuerdo de voluntades que instrumentará una operación de intermediación indirecta en el crédito o una operación accesoria a la misma». Por otra parte, el art. 11.1 LOSSP dispone que el objeto social de las entidades aseguradoras será exclusivamente la práctica de las operaciones de seguro, las demás definidas en el art. 3 y las permitidas por el art. 4 de dicha Ley. Como requisito de acceso como entidad autorizada administrativamente se requiere

crédito tienen reservada por ley la captación de fondos, con excepción de las emisiones o instrumentos del mercado de valores, es decir, pueden realizar todo tipo de operaciones financieras⁵²³, salvo la producción de seguros, aunque sí pueden comercializarlos y mediarlos. Por su parte, la LOSSP en su art. 31.1, dispone que el objeto de las entidades aseguradoras será exclusivamente la práctica de las operaciones de seguro y demás actividades definidas en su art. 3, entre las que destacan, las actividades de seguro distinto de vida y de seguro distinto del seguro de vida o las actividades de reaseguro.

La relación más directa sobre actividades entre ambos sectores es la mediación de seguros, que permite a las entidades de crédito actuar, por sí mismas o mediante una sociedad controlada o participada, como agente de seguros (OBS). Al margen de la naturaleza financiera de los seguros que son comercializados habitualmente por las redes bancarias, ambos sectores se mantienen separados, no existe obligación legal de suscribir junto a la operación financiera un contrato de seguro, salvo lo dispuesto para el seguro de daños cuando la entidad de crédito pretenda emitir títulos hipotecarios en el mercado hipotecario. En razón de este sistema legal, se mantienen inertes y separados el mercado de productos financieros del mercado de seguros, por cuanto los compradores podrían adquirir distintamente, sin necesidad de aceptar una vinculación propuesta por la entidad de crédito, tanto el producto principal (producto o servicio financiero) como suscribir un contrato de seguro (seguro de vida, de daños, de defensa jurídica...).

Concurre, por tanto, entre ambos productos una efectiva disociación económica. En este sentido, el comprador podría tener la necesidad de demandar un producto financiero y no un seguro, y la entidad de crédito la de pretender, en ejercicio de cierto grado de poder de mercado, que dicho comprador también suscriba un contrato de seguro (imposición, inducción a la contratación...).

No cabe duda de la existencia de productos diferenciados tanto en función de la naturaleza jurídica de los mismos como en la comercialización de ambas operaciones, así como de la concurrencia de una práctica de vinculación en su modalidad contractual. El Derecho de la Competencia, por su parte, aun existiendo

que el objeto social se limite a la actividad aseguradora y a las operaciones ya comentadas conforme al art. 5.2 b) LOSSP.

⁵²³ De este modo, el art. 3 LOSSEC dispone que queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la oportuna autorización y se hallen inscritas, la captación de fondos, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, cesión temporal de activos financieros u otras análogas.

una práctica de vinculación, no pretende sancionar transacciones eficientes, sino impedir que pueda instrumentalizarse el poder económico sobre un bien o servicio con el propósito de falsear o perjudicar la competencia en un mercado donde antes no había influido dicho poder⁵²⁴.

Para determinar la existencia de una práctica de vinculación debemos atender, primeramente, a la estructura de la venta combinada. Resulta imprescindible establecer si se trata de la unión de productos diferenciados entre sí, o, por el contrario, con la venta se ofrece un único producto compuesto⁵²⁵. Además, concurre igualmente comprobar la venta desde el punto de vista de la demanda, esto es, si los compradores podrían adquirirlos individualmente, ya sea en mercados distintos o en un mismo mercado⁵²⁶.

Para la aplicación de las normas del Derecho de la Competencia es necesario atender, en función de las dificultades que puedan presentarse para diferenciar ambos productos de uno solo, al criterio de separabilidad de los productos.

En consonancia con este criterio, podría concurrir una práctica de vinculación cuando la separabilidad entre los mismos se evidencie directamente a través de su posible adquisición de manera separada, o bien indirectamente, por cuanto puedan ofrecerse desde mercados geográficos distintos⁵²⁷, de modo que la existencia de la demanda de cada producto se erige como un elemento configurador de la práctica de vinculación.

A este elemento de separabilidad de ambos productos, podría añadirse otro de carácter anticompetitivo, es decir, debe concurrir un potencial lesivo para la competencia, cuya cuestión podría responderse de acuerdo ya sea atendiendo al sentido económico de la vinculación, o si la misma carece justificación económica plausible⁵²⁸. Desde el Derecho de la Competencia se exige que ambos productos

⁵²⁴ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 156.

⁵²⁵ *Ibidem.* cit., pg. 151.

⁵²⁶ Vid. ODRIOZOLA ALÉN, M., y BARRANTES DÍAZ, B., *La vinculación de productos...*, op. cit., pg. 375.

⁵²⁷ *Ibidem.* cit., pg. 375.

⁵²⁸ De acuerdo a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit. pg. 261, examinando la doctrina administrativa de nuestra autoridad nacional de competencia: «la Resolución de 14 de diciembre de 2006 (AC 2007, 471), ASINEM-ENDESA consideró un abuso per se que una empresa dominante en un mercado ascendente (p. ej. Distribución de electricidad) pretende reservarse determinados clientes en un mercado descendente (p.ej. ejecución de trabajos para instalaciones eléctricas), incluso si tales clientes representan una parte minoritaria del referido mercado conexo. El TDC no examinó si la justificación invocada por

presenten una disociación económica, sin importar la diferenciación física de los mismos⁵²⁹.

Conforme expresan los arts. 101 y 102 TFUE, serán incompatibles con el mercado interior aquellas conductas que consistan en «subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias, que, por su naturaleza o según los usos mercantiles no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos». Por lo tanto, resulta necesario determinar si la práctica de vincular productos o servicios financieros a la suscripción de seguros es una conducta contraria a la normas de competencia, o, por el contrario, dicha subordinación está basada en productos interrelacionados y complementarios tanto por su naturaleza o de acuerdo a los usos mercantiles.

Desde la perspectiva de los consumidores no cabe duda de que existen mercados plenamente diferenciados⁵³⁰. En primer lugar, éstos pueden acceder a un mercado de seguros que ofertan, por separado, los mismos contratos de seguros comercializados por entidades de crédito, pudiendo, por ello, resultar íntegramente compatibles con los productos financieros promocionados y ofertados por aquéllas.

En segundo lugar, la vinculación es una práctica condicionada por las entidades de crédito para la concesión de determinados productos o servicios financieros con determinadas condiciones, existiendo una demanda independiente de productos aseguradores que resultarían más eficientes que los proporcionados directamente por estas entidades de crédito.

En tercer lugar, los seguros bancarios asociados a operaciones crediticias o de índole financiera son productos tradicionalmente diseñados por las entidades aseguradoras, que ofrecen al consumidor productos personalizados a la medida de sus necesidades económicas que ya se venían ofertando con anterioridad a la vinculación.

la empresa dominante y basada en razones de seguridad del suministro podría considerarse como objetiva y razonable, lo que debería haber excluido el abuso».

⁵²⁹ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 156.

⁵³⁰ Conforme indican DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 115: «El alcance de la esta prohibición afecta, según el tenor literal del precepto, a cualesquiera prestaciones suplementarias exigidas por una de las partes a la otra parte contratante, y que su naturaleza no guarde relación con el objeto del contrato. Cabría precisar que sí guardan algún tipo de relación, porque es evidente que hay una lógica comercial que lleva a imponer la venta/compra conjunta, lo que no supone que sea una prestación necesaria o natural para la adquisición y disfrute del bien principal objeto de la transacción».

Por último, a juicio de los consumidores, éstos se muestran en la mayoría de las ocasiones reacios a suscribir los seguros exigidos por las entidades de crédito, quedando obligados a celebrar el contrato de seguro, en muchas ocasiones, a través de la entidad aseguradora designada previamente por aquélla. Concorre, por tanto, una demanda individual de productos aseguradores, así como la presencia de mercados independientes con normas de ordenación igualmente separadas.

Desde la perspectiva de las entidades de crédito, el seguro forma parte de un paquete indivisible junto con la operación financiera, cuya finalidad reside en cubrir los riesgos de su incumplimiento y dotar a las operaciones de mayor seguridad económica. Justifican, por tanto, la vinculación, desde fundamentos puramente económicos, alegando que la venta cruzada resultaría igualmente generalizada para el resto de competidores del mercado de productos financieros. Nos encontraríamos, por ello, ante una misma unidad de producto (producto financiero garantizado), asumiendo que aquéllos son absolutamente intercambiables e interrelacionados.

Esta situación generalizada constituida en el ámbito bancario ha conllevado que los consumidores puedan visualizar la operación conjunta como individualizada, propiciando, incluso, la creación de un mercado propio de productos financieros asegurados.

El criterio del Servicio de Reclamaciones de la DGSP ha sido claro, En su documento titulado «*Seguros de daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios*», el Órgano Director resuelve que las entidades de crédito pueden supeditar la concesión de un préstamo tanto a la contratación de un seguro de daños, confirmando, asimismo, que la legislación vigente no impone con carácter general y de forma directa al deudor de un préstamo hipotecario la obligatoriedad de suscribir seguros sobre el inmueble hipotecario, salvo cuando la entidad pretenda emitir cédulas o bonos hipotecarios.

Por tanto, existen motivos para justificar que nos encontramos ante un paquete de productos (dos productos diferenciados unidos en un pack ofrecido al consumidor), por cuanto los seguros asociados a la operación garantizan ésta de la concurrencia de contingencias previamente cubiertas. La relación de unión o enlace entre ambos productos es exclusivamente contractual y no legal, pretendida principalmente por la entidad de crédito, y de la que se derivan obligaciones para ambas partes (abono de la indemnización, pago de la prima...). A pesar de que la operación principal vincule contractualmente la vigencia del contrato de seguro suscrito, la vinculación se efectúa sobre productos individualizados, cuyo producto

principal (operación de crédito o préstamo) no necesita la contratación o suscripción de otro producto suplementario para desplegar plena eficacia jurídica entre las partes.

De manera automática, las entidades de crédito han añadido generalizadamente a la oferta de préstamos hipotecarios la suscripción de seguros producidos por sus filiales o aseguradoras designadas. Las pólizas de seguro contratadas suelen estar asociadas directamente a la vigencia del préstamo. Los seguros de vida vinculados a hipotecas usualmente cubren el fallecimiento y la invalidez absoluta o permanente del tomador del seguro. De haberse producido el riesgo cubierto por la póliza, los demás miembros de la unidad familiar quedarían liberados del abono de las cuotas del préstamo y, en definitiva, de la deuda hipotecaria.

La comercialización en masa de estos dos seguros (seguros de hogar y de vida) junto con préstamos hipotecarios no determina, por sí sola, que aquéllos deban ser suscritos unilateralmente a favor de la aseguradora designada por la entidad de crédito. Atendiendo a todos estos factores, a nuestro parecer, existiría separación de productos: (1) por cuanto aseguradoras separadas pueden ofrecer los seguros comercializados por entidades de crédito; y (2) existe una demanda diferenciada ilustrada por la sofisticación de los productos aseguradores⁵³¹.

En cuanto a la relación de ambos productos desde los usos comerciales o prácticas del sector, requisito que se recoge en los arts. 101 y 102 TFUE, éstos están ligados a la posibilidad de tráfico de los productos en mercados diversos. De este modo, una generalización de la venta conjunta de bienes podría conllevar que para los consumidores pueda ser percibida como partes integrantes de un bien o producto⁵³².

3. Modalidades de vinculación

Encontramos en el término «vinculación de productos» distintos modos de comercializar para quien desea unir como un todo dos cosas que nada tienen que ver, esto es, que expresan, tanto en su naturaleza jurídica o económica, una verdadera separabilidad. Ya sea para las empresas como para los consumidores, la

⁵³¹ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 159.

⁵³² *Ibidem*. cit., pg. 184.

vinculación de productos ofrece una malgama de posibilidades y usos comerciales, resultando muchas de aquéllas positivas para los intereses de todas las partes intervinientes en la operación (proveedor, distribuidor, consumidor...) ⁵³³.

A pesar de ello, otras prácticas de vinculación llevadas a cabo por empresas en posición dominante pueden llevar aparejadas comportamientos contrarios a la competencia y a los derechos de los consumidores ⁵³⁴. La vinculación, por tanto, describe una operación condicionada de venta conjunta de dos productos diferenciados o diversos ⁵³⁵.

Este condicionamiento puede resultar efectivo a través de uno de los elementos más importantes que caracterizan las prácticas de vinculación, como es la imposición por parte del vendedor de unir o atar forzosamente ambos productos. Con este condicionamiento, y sus características propias, se define el elemento anticompetitivo de la práctica, por cuanto la adquisición del producto principal va ligada inexorablemente a otro u otros productos no demandados, en principio, por el comprador ⁵³⁶.

⁵³³ De acuerdo a HENRIO ROMAIN, M., “Tying under European competition rules Do current anti-tying rules make European consumers better-off? An analysis of the Digital case”, *Institut d'Études Politiques de Toulouse*, 2012, pgs. 39 y ss., la vinculación de productos no es una práctica contraria a la competencia *per se*, ya que, si bien en determinados casos de la misma pueden derivarse efectos de exclusión en la competencia, en otros puede favorecer economías de escala y alcanza, así como una mejora en el valor de la marca. Por ello, aunque algunas vinculaciones deben ser prohibidas por el art. 102 TFUE (aquellas que excluyen a los competidores), otras deben alentarse por resultar beneficiosas para los consumidores. Por otro lado, existe una falta de textos y métodos para tratar la cuestión por la Comisión y por el Tribunal de Justicia, esto recae en perjuicio de los consumidores ya que, si bien la empresa ha sido reprendida por haberse cumplido los requisitos de aplicación del art. 102 TFUE, las autoridades toman dicha decisión sin tener en cuenta las repercusiones sufridas por los consumidores. En este sentido, el autor destaca que la normativa de competencia comunitaria se ha centrado más en la aplicación de conceptos estrictamente económicos, alejándose de otros campos también a tener en cuenta. Sin embargo, esta postura ha sido modificada gracias al texto de la Comisión titulado Orientaciones sobre la aplicación del art. 102 TFUE, permitiendo prácticas de vinculación que son favorables a la competencia y los derechos de los consumidores.

⁵³⁴ Por ejemplo, estas prácticas pueden consistir en coerciones contractuales a los compradores, al reparto del mercado entre competidores, la fijación de precios, etc. En relación a la fijación de precios, y, en particular, a la nulidad de los contratos que establezcan la fijación de un precio mínimo puede consultarse MARTÍ MIRAVALLS, J., “Contract annulment due to minium price-fixing: The bad application of private enforcement of competition law”, en VELASCO SAN PEDRO L.A. y otros (Dirs.), *Private enforcement of Competition Law*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2011, pgs. 337-348.

⁵³⁵ Para más información sobre la vinculación de productos desde el Derecho de la Competencia, Vid. HERRERO SÚAREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit.

⁵³⁶ En el apartado 214 de las Directrices de Verticales de 2010, la Comisión manifiesta que la vinculación «hace referencia a las situaciones en las que se obliga a los clientes que compran un

Las diferentes estrategias y políticas comerciales construidas desde la vinculación de productos hacen que resulte imprescindible advertir, para establecer sus efectos contrarios a la libre la competencia, la expresa concurrencia de determinados requisitos. Entre estos supuestos anticompetitivos figura, especialmente, la negativa del vendedor a la posibilidad de que los consumidores puedan adquirir el producto principal sin el producto vinculado, lo que prueba el nivel de condicionamiento o coerción del vendedor sobre los intereses legítimos del comprador de adquirir exclusivamente el producto principal⁵³⁷.

Con la concurrencia de este matiz impositivo en la voluntad del vendedor, cuya iniciativa comercial fuerza al comprador a adquirir el producto vinculado, la unión entre dos o más productos puede originarse a través de multitud formas y modalidades. Categorizando las distintas formas que podrían presentar en los usos mercantiles, podemos destacar los siguientes tipos o modalidades de vinculación de productos que a continuación se expresan⁵³⁸.

producto (el producto vinculante) a comprar también otro producto del fabricante (el producto vinculado) [...]».

⁵³⁷ De acuerdo a HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados*..., op. cit., 234, existe una práctica de vinculación cuando la empresa no otorgue a los consumidores una alternativa de compra del producto principal. Sin embargo, cuando es el comprador quien decide voluntariamente adquirir el paquete de productos, no estaríamos bajo supuestos de prácticas de vinculación. Ahora bien, cuando la conducta parte del vendedor, quedaría fijado, en sus términos, el citado contrato vinculado. Esto no quiere decir que la aquiescencia voluntaria del destinatario con la práctica permite excluir dicha conducta del marco de aplicación del Derecho de la Competencia, sino todo lo contrario, dicha adhesión no condiciona la legalidad de la misma fundamentalmente porque los efectos anticompetitivos pueden generarse aun cuando se acredite la actitud favorable del destinatario (pg. 232).

⁵³⁸ Estas categorías aparecen desarrolladas en ODRIOZOLA ALÉN, M., y BARRANTES DÍAZ, B., *La vinculación de productos*..., op. cit. De forma más técnica, podemos definir el *bundling* como ventas en lote y el *tying* como ventas anudadas. No obstante, existen en la práctica una división entre estos términos. En primer lugar, el *bundling* puro es aquella venta conjunta de dos bienes que no están disponibles para su compra de forma individual; en segundo lugar, el *bundling* mixto es la venta conjunta sobre bienes que sí están disponibles de forma individual; en tercer lugar, por el *tying* mixto el comprador tiene que comprar el producto vinculado para adquirir el producto principal, pero puede comprar el producto vinculado de forma individual; en cuarto lugar, el *tying* en la forma dinámica de *bundling* condiciona la venta del producto principal a la compra de un producto secundario o vinculado, pero la cantidad del producto vinculado no es fija. Vid. FABRA, N., “Ventas en Lote y Anudadas, Costes de Cambio y Políticas de Fidelización”, *Curso sobre Regulación, Universidad Complutense de Madrid*, 2006. Según ELFTORP, K., *Abuse of a dominant position. The legal position of tying practices within European Competition Law*, Jönköping (Suecia), Bachelor’s Thesis, Jönköping University, 2010, pg. 11, normalmente existirían cuatro formas de vinculación: (1) La vinculación técnica por la que dos productos diferentes dependen el uno del otro y tienen que ser adquiridos juntos; (2) vinculación contractual, por la que el cliente no puede comprar el producto de forma separada dado que la empresa dominante le exige adquirir ambos productos como un paquete; (3) vinculación financiera: al comprar ambos productos, el comprador puede

A) Vinculación contractual

Mediante esta modalidad el vendedor obliga al comprador a suscribir, como condición *sine qua non* para adquirir el producto principal, un contrato para adquirir otro producto distinto, ya sea al mismo tiempo que el producto principal o posteriormente.

Por una parte, el vendedor puede negar al comprador la adquisición del producto principal de manera individual, práctica comúnmente denominada «*tying*»; o, por otra parte, conformar en un solo paquete, con un precio especial, la venta de dos o más productos, pudiendo adquirir cada producto de forma separada. Esta última práctica se denomina «*bundling*»⁵³⁹.

De las ofertas comercializadas a través de la vinculación contractual pueden derivarse, por ejemplo, bonificaciones o descuentos en el precio del producto principal (vinculación implícita). Usualmente ante esta venta de paquetes (especialmente cuando concurren descuentos por la aceptación del paquete) no suele proporcionarse por parte del vendedor al comprador o consumidor, de forma clara y precisa, el precio del conjunto de contratos suscritos⁵⁴⁰.

La práctica podría considerarse como una vinculación explícita en el caso de que se realice mediante expresa atadura entre ambos contratos, ya sea a través de la concurrencia de cláusulas contractuales, o por la pérdida de dichos descuentos y bonificaciones en el producto principal. Esta vinculación contractual podría ocasionar graves perjuicios a los derechos de los compradores, ya que tendrían que soportar el castigo económico derivado de la cancelación de uno de aquéllos, normalmente del producto vinculado.

adquirirlos mediando un descuento; y (4) vinculación con productos o servicios relacionados: al comprar el producto vinculante, el comprador se compromete a suscribirse a un servicio adicional.

⁵³⁹ Vid. BARRUTIA LEGARRETA, J.M. y ETXEBARRIA MIGUEL, C., *La paquetización hipotecaria en España...*, op. cit.

⁵⁴⁰ Conforme a ODRIOZOLA ALÉN, M. y BARRANTES DÍAZ, B., *La vinculación de productos...*, op. cit., pg. 377: «la vinculación económica o comercial puede producirse cuando el precio de un conjunto de productos es más atractivo que el precio de cada uno de los productos por separado, de tal manera que se induce a los consumidores a adquirir los productos de manera conjunta».

B) Vinculación técnica

A través de la vinculación técnica el vendedor diseña el producto principal de modo que únicamente adquiere utilidad con el producto vinculado, y no así con las demás alternativas ofrecidas por los competidores del mercado⁵⁴¹. La consecuencia de este sistema de vinculación genera al comprador la nula posibilidad de separar ambos productos, por ejemplo, como resultado de la integración tecnológica de dos productos separados⁵⁴².

C) Vinculación económica o comercial

Con esta vinculación, también denominada vinculación implícita, los vendedores ofrecen paquetes de productos con precios más competitivos en comparación con el precio de cada producto por separado⁵⁴³.

El vendedor diseña una estrategia de marketing, por un lado, para promocionar o rentabilizar ambos productos, y por otro, para fines exclusivos de captación de compradores (vinculación por inducción). Esta estrategia también podría ser utilizada para promocionar productos inicialmente no demandados por los compradores, por lo que la paquetización favorece la venta y promoción de éstos, lo que demuestra, sin lugar a dudas, las numerosas posibilidades de la vinculación comercial en los mercados⁵⁴⁴.

No obstante, la venta combinada puede resultar perjudicial a los compradores cuando ésta les obligue a adquirir el producto vinculado por el alto coste que

⁵⁴¹ Directrices de Horizontales, apdo. 97. De acuerdo a ODRIOZOLA ALÉN, M. y BARRANTES DÍAZ, B., *La vinculación de productos...*, op. cit., pg. 370: «mediante la vinculación técnica, los productos se integran técnicamente, de tal manera que no resulta posible o práctico separarlos.

⁵⁴² No obstante, podrían converger en la misma práctica distintos tipos de vinculaciones. En este sentido, en el asunto T201/94, *Microsoft Corp. c. Comisión*, se conoció el caso de una vinculación contractual derivada de una licencia conjunta entre Windows y Windows Media Player, así como una vinculación técnica, dado que ambos productos se encontraban unidos en virtud de la preinstalación del programa multimedia en el sistema operativo sin posibilidad de desinstalación. Vid. LÓPEZ MIÑO, A., “Dos abusos exclusionarios (refusal to supply tying) en un mismo caso: la sentencia Microsoft I”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 27, 2007, pgs. 845-867.

⁵⁴³ Vid. ODRIOZOLA ALÉN, M. y BARRANTES DÍAZ, B., *La vinculación de productos...*, op. cit., pg. 371.

⁵⁴⁴ Vid. BARRUTIA LEGARRETA, JM. y ETXEBARRIA MIGUEL, C., *La paquetización hipotecaria en España...*, op. cit., pg. 1.

conllevaría adquirir exclusivamente el producto principal (vinculación por coerción).

4. Tests para la evaluación de las prácticas de vinculación

La doctrina administrativa sirve, a través de la aplicación de las normas de la competencia, como orientación útil para determinar la existencia de prácticas de empaquetamiento o vinculación de productos en la conducta de una o varias empresas. La cuestión de la aplicación de tests o criterios concretos no ha resultado baladí para las autoridades públicas y Tribunales de Justicia, cuyo fin ha sido, principalmente, examinar el potencial lesivo derivado de la vinculación, más allá de la identificación material de los productos.

Existen varios tipos de tests o criterios de evaluación sobre la vinculación, y que dependen de la perspectiva con la que se pretenda abordar la cuestión. En primer lugar, puede evaluarse la conducta atendiendo a la perspectiva de los consumidores mediante el denominado test de la demanda diferenciada. Este criterio tiene en consideración la demanda independiente de cada producto y la preferencia de aceptación de los consumidores del producto vinculado. En segundo lugar, podrían ser aplicables tests relacionados con la perspectiva de los productores, esto es, en relación a las características de la oferta y del mercado de los productos, ya sea desde la óptica de la empresa que vincula los productos, o bien desde las empresas competidoras. Por último, también pueden ser de utilidad otros tests relativos al mismo producto combinado, a la justificación de su venta, y demás aspectos relacionados con la propiedad intelectual⁵⁴⁵.

No obstante, el criterio que está manteniendo el Tribunal de Justicia no es otro que el examen de las posibles eficiencias de la vinculación, fundamentalmente respecto a la existencia de elementos perjudiciales en los derechos de los consumidores. Es decir, resulta especialmente relevante analizar la existencia de una justificación objetiva y proporcional a la conducta, y si dichos efectos *antitrust* se compensan con las eficiencias ofrecidas a los consumidores, siempre y cuando

⁵⁴⁵ Acerca de la posible aplicación de estos test sobre la vinculación de productos, Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pgs. 159-224.

no se establezcan barreras de entrada al resto de operadores del mercado del producto vinculado⁵⁴⁶.

Con anterioridad a la Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004 (As. COMP/C-3/37.192, *Microsoft*), la Comisión mantenía una postura totalmente diferente a la actual respecto al tratamiento de la vinculación de productos desde el abuso de posición dominante. Este cambio introdujo la aplicación de la llamada *rule of reason*, en sustitución de la teoría del abuso *per se* utilizada en numerosas ocasiones⁵⁴⁷.

De acuerdo al abuso *per se*, las empresas cometían abuso de posición dominante cuando la conducta no podría ser justificada objetivamente, incluso sin que se presentaran efectos anticompetitivos⁵⁴⁸. Sin embargo, con motivo de dicha Decisión, la Comisión modificó el criterio de aplicación del art. 82 TCE (actual 102 TFUE), por el que, aun faltando dicha justificación objetiva, lo verdaderamente relevante para determinar el abuso sería analizar si dichos efectos anticompetitivos podrían ser compensados por otros efectos competitivos, si bien con ciertas limitaciones en relación con la lesividad de la conducta en la competencia⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Este cambio de criterio de la Comisión llegó a raíz de la publicación del documento llamado: «*Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*» (pgs. 53-54), y por el que, respecto al abuso de posición dominante, indica que la vinculación y venta por paquetes son prácticas comunes que muy a menudo no presentan efectos anticompetitivos. Mediante la vinculación –señala la Comisión–, las empresas con o sin posición dominante pueden ofertar a los consumidores mejores productos y ofertas más eficientemente. Además, indica que la vinculación puede ahorrar costos en la producción, en la distribución y en las transacciones, así como en la calidad de los productos. Sin embargo, también pueden producir efectos anticompetitivos si la empresa ostenta posición dominante en el mercado del producto vinculante a través del cerramiento del mercado vinculado, dado que cierra el mercado a los competidores del producto vinculado (barreras de entrada).

⁵⁴⁷ De acuerdo a LÓPEZ MIÑO, A., *Dos abusos exclusionarios (refusal to supply tying)*..., op. cit., pgs. 862 y ss., en la Sentencia *Microsoft I*, se tomaron en cuenta de forma prioritaria tanto por las partes como por el TPI, el llamado test de la demanda diferenciada (si no existe una demanda diferenciada no estamos ante dos productos distintos) y el test relativo a la integración técnica (se trata de un solo producto). Igualmente, señala el autor, el TPI aplicó otros criterios de valoración como sucede con el test de la oferta diferenciada,

⁵⁴⁸ Conforme a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*..., op. cit., pg. 241: «la pura vinculación de productos o servicios distintos por parte de una empresa dominante (esto es, supeditar el suministro del producto dominado a la contratación por el cliente del producto secundario) suele equivaler a un abuso *per se* prohibido, Nótese que esta vinculación no es una modalidad específica de la negativa de suministro injustificada que prohíbe el artículo 2.2 d) de la LDC».

⁵⁴⁹ El cambio de paradigma en relación a la necesidad de analizar los efectos de los descuentos por fidelidad llegó a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2017 (As. C-413/14 P, *Intel Corporation, Inc.*), consid. 142 y ss., que refiere que, atendiendo a la importancia de la aplicación del test AEC (*As-efficient-competitor test*) por parte de la Comisión en

Este criterio de justificación objetiva también podría venir determinado por la propia autonomía de voluntad de contratación entre empresa y consumidor, esto es, en aplicación del principio *pacta sunt servanta*. Este criterio sugiere que, quedando informado el consumidor del coste y de las características de la venta combinada, no habría obstáculo para la validez de la contratación, por lo que, rechazando el consumidor la misma, quedaría libre para acudir a otro u otros proveedores⁵⁵⁰. Respecto a la persecución de la vinculación como conducta colusoria, esta es valoración adoptada, como veremos a continuación, por la autoridad nacional de la competencia en sus Resoluciones *CajaMadrid/Ausbanc* (2001), *Entidades de crédito* (2009), y *Banca-Seguros* (2009).

5. Valoración de la autoridad nacional de competencia

La primera de las dos resoluciones sobre las que la autoridad nacional de competencia se posiciona sobre esta materia es la Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. R 467/01, *Cajamadrid/Ausbanc*). Esta resolución, que remite fundamentalmente al contenido del Acuerdo de 21 de diciembre de 2000 por el que se declaraba la procedencia del archivo de la denuncia, señala, atendiendo a la aplicación del art. 1.1 e) LDC, que no resulta prohibido unir un crédito hipotecario a aquellas condiciones necesarias o convenientes a su naturaleza o usos comerciales con el fin de alcanzar la finalidad perseguida, esto es, garantizar el cobro del préstamo concedido en caso de fallecimiento del titular. Entiende la autoridad de competencia que el contrato de seguro de vida o de amortización de

su Decisión para determinar que un comprador igualmente eficiente se habría obligado a cobrar precios que no hubieran sido viables, anula la Sentencia del TGUE de 12 de junio de 2014 (As. T-286/09, *Intel/Comisión*) al no haber examinado en su totalidad, dicho Tribunal General, las alegaciones formuladas por la empresa sobre el citado test. Al respecto, el Tribunal General manifestó que no era necesario examinar si la Comisión había llevado a cabo el test AEC en las reglas del arte y sin cometer errores y que tampoco era necesario examinar si los cálculos alternativos propuestos por Intel habían sido efectuados correctamente.

⁵⁵⁰ Por ejemplo, estas justificaciones contractuales quedaron reflejadas en el documento del Banco de España titulado: «*Guía de acceso al préstamo hipotecario*» (pg. 30-31), que, respecto a la exigencia de entidades de crédito de suscribir seguros junto con el préstamo hipotecario, señala que: «salvo el seguro de daños, no hay ninguna obligación de contratar ningún otro tipo de seguro. Ahora bien, la entidad podría exigir, para conceder el préstamo en condiciones más favorables, la suscripción de otros seguros. Dicha exigencia se enmarca en la libertad de contratación, por lo que, si la entidad a la que acude el cliente a solicitar un préstamo le pone como condición contratar otro seguro, es el cliente quien debe decidir si le interesa la oferta o no, y, en este último caso, dirigirse a otra entidad. Como veremos más adelante cuando hablemos de la información que debe ofrecer la entidad antes de contratar, si la entidad exige la contratación de cualquier clase de seguro debe informar detalladamente sobre sus características y coste».

crédito, como aval del préstamo hipotecario o personal, guarda relación con el principal, pudiéndose calificar dicha práctica como usual en el sector.

Si bien la autoridad manifiesta que la conducta estaría justificada en méritos de garantizar el riesgo del incumplimiento del titular, también declara que, conforme a la norma de competencia, lo que no estaría igualmente justificado es que la entidad de crédito obligara a contratar dicho seguro con una entidad determinada por ésta. En este sentido, en el voto particular formulado contra la opinión mayoritaria, se pone en cuestión si el título ejecutivo que obtiene el prestamista sobre la propiedad inmobiliaria a la que se destina el crédito hipotecario no constituye suficiente garantía como para requerir la suscripción de un seguro.

En definitiva, se abre el debate de si la vinculación responde o no a los usos comerciales o del sector, por cuanto se trataría de una práctica generalizada, resultando aquélla justificable, además, económicamente. Desde el punto de vista de las entidades de crédito, podría justificarse condicionar la concesión de la operación financiera a la suscripción de un seguro en méritos de proteger el posible incumplimiento. Desde la perspectiva de los consumidores, el seguro puede ser un producto adicional no demandado y separado del bancario, cuyo coste es un mal menor si el producto principal se concede en condiciones económicas más ventajosas.

De hecho, bajo este enfoque, lo más eficiente, evidentemente, sería asegurar todas las operaciones de crédito concedidas a través de la contratación de seguros, lo que se extiende, imaginariamente, a todos actos jurídicos que entrañen algún riesgo para una parte.

En todo caso, no puede negarse la existencia de una demanda diferenciada de productos aseguradores que difiere de la actuación, supuestamente generalizada, del sector financiero. El hecho de que un producto únicamente pueda utilizarse junto con el producto principal, no excluye que sobre dicho producto vinculado exista una demanda independiente⁵⁵¹. De acuerdo a este criterio, las entidades de crédito podrían ofertar sus productos financieros sin necesidad alguna de exigir al consumidor prestaciones accesorias en forma de seguros. Además, estos productos pueden ser suministrados por un proveedor de seguros diferente a la filial aseguradora de la entidad de crédito, pudiendo sustituir con mayores niveles de eficiencia y precio los contratados con aquélla. No cabe por tanto manifestar, sencillamente, que se trata de un único producto o que la generalización lo hace

⁵⁵¹Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 161.

perfectamente válido con el fin de evadir cualquier responsabilidad en materia de competencia, resultaría necesario examinar los hechos para determinar si existen o no razones legítimas para la venta cruzada de productos⁵⁵².

La segunda resolución de la autoridad nacional de competencia que versa sobre el asunto es la Resolución de la CNC de 29 de mayo de 2009 (Expte. 2789, *Entidades de crédito*). En esta resolución la autoridad de competencia no hace referencia alguna a los usos del mercado, sino que, sirviéndose de información proporcionada por las entidades de crédito investigadas, resuelve que no se trataría de una práctica generalizada⁵⁵³. Advierte, por ello, que el consumidor es libre de contratar otro producto con otra entidad financiera si las condiciones de la oferta vinculada no le interesan. Sobre este punto, el criterio de la autoridad ha sido el de examinar, desde las condiciones del mercado, la existencia de una práctica generalizada en el sector, y no así, la separabilidad de ambos productos, cuestión que figura pacífica en el texto de la resolución.

De acuerdo al contenido fáctico de la resolución de la CNC, las entidades de crédito no obligan, de forma general, a suscribir un seguro como condición para la concesión de un préstamo hipotecario o personal. En igual sentido, manifiesta que las políticas comerciales de las entidades de crédito más representativas de nuestro país no están alineadas en relación a la vinculación, pudiendo aquéllas ofertar también el seguro en cumplimiento de las obligaciones de información previa a la formalización de préstamos hipotecarios. De cualquier forma, la autoridad afirma la separación de productos al considerar que las entidades de crédito, si así lo hacen, vinculan ambos productos por motivos de gestión de cartera crediticia, basando su fundamentación a favor de la existencia de la práctica bajo la remisión de doctrina comunitaria relativa a la vinculación de productos.

⁵⁵² *Jerrold Electronics Corporation v. United States*, 187 F. Supp. 545 (1960).

⁵⁵³ Curiosamente lo contrario es aseverado por la entidad Cajamadrid en el Expte. *Cajamadrid/Ausbanc* (2001), que dice: «Obviamente, tampoco puede concluirse que hay concertación por el mero hecho de que determinadas prácticas se hayan convertido en usuales dentro del tráfico del sector. No parece necesario ahondar en esta cuestión: es obvio que los usos comerciales en un sector determinado no son concertación». Por otra parte, en la Resolución *Entidades de crédito* (2009) se manifiesta que, conforme a lo referido por la DI, «no queda acreditado que existan redes paralelas de acuerdos verticales que bloqueen el acceso al mercado a cualquier aseguradora no ligada a las entidades de crédito investigadas».

Capítulo IV

La prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia en la venta cruzada de productos bancarios y contratos de seguros

I. Introducción

La legalidad de las estrategias de vinculación de las entidades de crédito ha generado muchas dudas tanto a los consumidores como al resto de operadores del sector de los seguros. Su desarrollo, generalizado y común en la actividad de banca-seguros, ha traído consigo, por otra parte, ventajas en forma de beneficios económicos a los clientes bancarios, por cuanto éstos, gracias a la vinculación, se han aprovechado de importantes descuentos en los productos y servicios financieros demandados⁵⁵⁴.

Desde la aplicación del Derecho de la Competencia se han cuestionado en detalle las posibles distorsiones que han podido provocar estas prácticas en los mercados de referencia. En diversos expedientes incoados por el TDC, y posteriormente por la CNC, se ha examinado la práctica generalizada de obligar a contratar (imponer), como condición para la concesión del producto financiero, uno o varios contratos de seguros producidos por una aseguradora perteneciente al mismo grupo bancario y mediados por la entidad de crédito. Este ha sido el único examen que se ha llevado a cabo por la autoridad española de la competencia en relación a la subordinación de seguros con productos financieros.

⁵⁵⁴ De acuerdo a DÍAZ LLAVONA, C., *Los Operadores de Bancaseguros en España...*, op. cit., pgs. 752 y ss., existen graves deficiencias en el régimen vigente establecido por la LMSRP. En primer lugar, suceden graves problemas con la condición de agente de seguros subsumida por las entidades de crédito o sociedades mercantiles, por lo que surgen cuestiones importantes como es la atribuir al mediador los derechos de la cartera de contratos mediada que es propiedad de la entidad de crédito. Esta distinción entre clientes de la entidad de crédito y de la entidad aseguradora no está expresamente legislada, por lo que pueden surgir dudas acerca de la propiedad de la cartera; en segundo lugar, muchos de los supuestos de distribución de seguros, que se derivan en una multitud de formas de negocio y acuerdos de banca-seguros, no encuentran encaje en el art. 25 LMSRP. Este es el caso de la creación de *joint ventures* que no guarda relación con el régimen que se establece en la norma. En otro sentido, VARGAS VASSEROT, C., “El contrato de seguro en el marco de la actividad bancaria”, en GADEA SOLER, E. y SEQUEIRA MARTÍN, A.J. (Coords.), *La contratación bancaria*, Madrid, Editorial Dykinson, 2007, pg. 1323, el autor remarca que son muchas las ventajas que proporciona la utilización por las aseguradora del canal bancario: (1) se benefician del nombre comercial, credibilidad, y confianza que ofrece a los consumidores la entidad de crédito; (2) el cliente bancario tiene una relación permanente con la entidad de crédito y resulta más sencillo la venta de seguros; (3) las entidades de crédito disponen de bases de datos muy importantes, que incrementa las posibilidades de éxito de la comercialización. Como manifiesta MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 17, uno de los aspectos a destacar es que la entidad de banca-seguros ha proporcionado al cliente productos de ahorro con una mayor rentabilidad financiero-fiscal y riesgo similar, como es el caso de los seguros de jubilación a prima única y seguros de rentas vitalicias. De acuerdo al autor, desde la visión de la entidad de crédito, la banca-seguros ha ampliado la gama de productos financieros con un ahorro generado a largo plazo. Asimismo, el autor remarca que, desde la visión de las entidades aseguradoras, la banca-seguros supone aprovechar las enormes carteras de clientes de las entidades de crédito para la distribución de seguros en masa (pg. 11).

No se ha analizado, sin embargo, si la conducta colusoria pudiera producirse desde: (1) acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre una entidad de crédito y una aseguradora separada e independiente de la primera; o (2) en referencia a otros productos financieros o aseguradores en profundidad (préstamos personales, créditos al consumo, cuentas corrientes, fondos de pensiones, tarjetas de crédito...); o (3) en relación a otras malas prácticas bancarias, como la designación unilateral de la entidad de crédito como beneficiaria, o la distribución de seguros a prima única.

Se denunció, únicamente, como indicamos, una práctica conscientemente paralela entre entidades de crédito consistente en obligar al cliente a suscribir un producto accesorio no demandado por aquél (contrato de seguro), y que no guardaba relación ni con la contratación del producto financiero (préstamo hipotecario) ni con su naturaleza o usos del comercio⁵⁵⁵. La cuestión principal también se centró, sucintamente, en determinar: (1) si las entidades de crédito pueden distribuir seguros producidos por aseguradoras propias junto con sus productos financieros; (2) si pueden obligar al cliente a suscribir un seguro junto con la operación financiera; y (3) en acreditar si dicha práctica se estaba realizando extendida y generalizadamente a través de las redes bancarias.

Finalmente, tanto la autoridad nacional de competencia (TDC y CNC) como la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (art. 66 LOPJ) archivaron las denuncias formuladas sobre dichas prácticas de subordinación, dejando abierta la posibilidad de perseguir posibles irregularidades surgidas por la vinculación de productos desde el marco de aplicación de la normativa de protección de consumidores y usuarios (LGDCU)⁵⁵⁶. En el curso de nuestra investigación han sido objeto de examen, no sólo estas alegaciones y justificaciones

⁵⁵⁵ De acuerdo a DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 64: «el mantenimiento de esta figura en la LDC desoye la opinión doctrinal mayoritaria y, sin embargo, hace caso a un sector doctrinal que defiende su revalorización, vigencia y aplicación en el contexto del desarrollo creciente de las estructuras de mercado oligopolísticas, ya que permite la persecución de prácticas restrictivas difícilmente encajables en la noción tradicional de prácticas concertadas. En todo caso, el uso excesivo de esta figura podría suponer de facto una reducción del estándar de la prueba incompatible con las exigencias de todo procedimiento sancionador».

⁵⁵⁶ Así pues, hasta el día de hoy, las entidades de crédito no han sido sancionadas, tanto individual como colectivamente, de posibles alteraciones que de forma sensible se hubieran producido en el mercado a través de la aplicación de sus sistemas de vinculación.

de archivo⁵⁵⁷, sino las posibles implicaciones y alteraciones en el mercado que, en materia de competencia, han podido producirse a través de los sistemas de vinculación empleados por las entidades de crédito. Este estudio se desarrollará partiendo, inicialmente, de la definición de conducta colusoria así como de los elementos presentes en su constitución. Posteriormente, examinaremos tanto la ilicitud *antitrust* de los acuerdos o pactos de subordinación de seguros entre entidades de crédito y sus filiales aseguradoras, así como en relación a entidades aseguradoras separadas.

Concluyendo la investigación, examinaremos la posible constitución de una práctica concertada o conscientemente paralela entre entidades de crédito relativa a la aplicación común de sistemas de vinculación que puedan provocar restricciones en el mercado⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ No obstante, a pesar de la evidente indiferencia que el legislador español ha mostrado para resolver los problemas surgidos con la subordinación de productos en el canal bancario, el Parlamento Europeo aprobó la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, con la expresa obligación de que, a partir del 21 de marzo de 2016 (art. 42), los Estados miembros deberán adoptar y publicar en su ordenamiento jurídico las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para darle cumplimiento. De acuerdo al contenido de la misma, el legislador español deberá modificar su legislación hipotecaria (art. 8 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; el art. 10 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero), que establece la contratación de un seguro de daños junto con el préstamo hipotecario si la entidad de crédito desee titular los créditos hipotecarios, en el sentido de permitir al propietario optar con absoluta libertad para aportar el exigido seguro de hogar producido por otra entidad aseguradora de las no favoritas de la entidad de crédito, siempre que dichas pólizas guarden un nivel equivalente de garantía que el exigido por la entidad. En particular, la Directiva obliga a las entidades de crédito a ofrecer al cliente un periodo de reflexión de siete días para considerar las correspondientes implicaciones en la firma de un préstamo hipotecario; más información precontractual a través del formato de Ficha Europea de Información estandarizada (FEIN), y el cálculo de la TAE, si bien el art. 6.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social ya constaban algunos de estos requisitos de información; la aplicación del régimen de la dación en pago y flexibilidad para saldar la deuda antes de tiempo; el bloqueo de préstamos irresponsables a clientes que carezcan de recursos, así como la imposición de condiciones que restrinjan los préstamos en moneda extranjera.

⁵⁵⁸ Como pone de manifiesto ALONSO SOTO, R., *La aplicación de la normativa...*, op. cit., pg. 601, en materia de prácticas colusorias, cabe la posibilidad de que determinados acuerdos, si producen ventajas de tipo económico, benefician a los consumidores y usuarios y no eliminan totalmente la competencia, puedan declararse exentos de la prohibición general del art. 101.1 TFUE. De igual modo, manifiesta el autor, no existe exención alguna para los abusos de posición dominante, al igual que la inaplicación de la prohibición para el caso de las conductas anticompetitivas de menor importancia.

II. Elementos constitutivos de las conductas colusorias (Aspectos generales)

1. Introducción

El art. 101.1 TFUE (antiguo art. 81.1 TCE) declara la plena incompatibilidad con el mercado único de «todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior [...]»⁵⁵⁹. Con similar fórmula, el legislador español define y prohíbe las conductas colusorias en el art. 1.1 LDC como «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional»⁵⁶⁰.

En virtud del contenido de ambos artículos, relativos a las conductas colusorias, quedan debidamente caracterizados en el tipo los elementos que deben desplegarse a través de la conducta para considerarla como una infracción calificada como colusoria, siendo éstos: (1) que la conducta supuestamente restrictiva de la competencia haya sido provocada por un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o por una práctica concertada o conscientemente paralela⁵⁶¹; (2) que

⁵⁵⁹ En el texto comunitario, el art. 101 TFUE se encuadra legislativamente en la Sección 1ª sobre «Disposiciones aplicables a las empresas», perteneciente al Capítulo I relativo a las «Normas sobre Competencia». DOUE núm. C83/88, de 30 de febrero de 2010.

⁵⁶⁰ Al respecto, Vid. DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 42, que indican que la expresión conductas colusorias «comprenden todas aquellas conductas o prácticas empresariales mediante las cuales los agentes económicos independientes entre sí coordinan su actividad en el mercado sustituyendo por tanto la libre y personal autonomía empresarial en la adopción de un sus decisiones por alguna forma –más o menos explícita, más o menos global– de concertación».

⁵⁶¹ Interesante, al respecto, lo indicado en relación al efecto paraguas o *umbrella pricing* por OLMEDO PERALTA, E., “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (umbrella pricing): Una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº. 15, 2014, pg. 4: «Las circunstancias que dan lugar a que se produzcan estos efectos son sencillas: un grupo significativo de las empresas productoras de un bien o prestadoras de un servicio acuerdan un cártel (de fijación de precios, de distribución de mercados, de limitación de la producción...) que produce como efecto una subida generalizada de los precios del producto o servicio en el mercado, al representar dichas empresas una parte sustancial de las oferentes en el mercado del producto. Ante esta situación del mercado y observando el aumento significativo de los precios del producto, otra empresa no participante en el cártel decide aprovechar la coyuntura y aumentar los precios de sus productos dentro del margen de los efectos del cártel bajo el paraguas del cártel. Constatada la conducta

tenga por objeto impedir, restringir o falsear la competencia; y (3) que deba alterar de modo sensible el mercado común, o todo o en parte el mercado nacional⁵⁶².

Para acreditar la existencia de una conducta colusoria se exige la determinación de un comportamiento anticompetitivo por parte de una o varias empresas, pudiendo dimanar éste de un acuerdo explícito (acuerdo, decisión o recomendación colectiva), o como consecuencia de una coordinación entre empresas que no ha desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho (práctica concertada o conscientemente paralela)⁵⁶³.

La prohibición de estos acuerdos, ya sean explícitos o derivados de una concertación o paralelismo entre empresas, no tiene carácter absoluto⁵⁶⁴. Esta limitación a la prohibición se sustenta legislativamente en el apartado 3 de los arts. 101 TFUE y 1 LDC, que declaran la inaplicación de la prohibición sobre aquellas conductas (acuerdo, decisión, práctica concertada...) que contribuyan: (1) a mejorar la producción o la distribución de los productos; y (2) a fomentar el progreso técnico o económico.

Los elementos de justificación deberán, igualmente, venir acompañados de los siguientes requisitos: (1) la reserva efectiva, a favor de los consumidores, de una participación equitativa en el beneficio resultante; (2) que la conducta no imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; y (3) que, además, no ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios de que se trate⁵⁶⁵.

anticompetitiva de los cartelistas, los clientes de la no-cartelista deciden reclamar responsabilidad a las empresas que participaron en el acuerdo ilícito para reclamarles los daños derivados de este exceso de precio, puesto que la decisión de la no-cartelista de aumentar los precios de sus propios productos estuvo motivada por el efecto de falseamiento del mercado generado como consecuencia del cártel».

⁵⁶² Vid. ALONSO SOTO, R., “Acuerdos, decisiones y otras conductas explícitas”, *Espacio Investiga*, 2009, pgs. 66-67. Al respecto, igualmente puede consultarse MARTÍ MOYA, V., “Obstáculos al mercado único digital y restricciones al competencia en el mercado online de bienes”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, año 2016-2017, Tomo 37, 2017, pgs. 55-82.

⁵⁶³ Puede consultarse para más información acerca de las prácticas concertadas y conscientemente paralelas BROKELMANN, H., “Prácticas concertadas y conscientemente paralelas”, *Espacio Investiga*, 2015.

⁵⁶⁴ Vid. ALONSO SOTO, R., *Acuerdos, decisiones y otras conductas explícitas...*, op. cit., pg. 65.

⁵⁶⁵ Asimismo, cuando la conducta no disfrutara de una exención por eficiencias del art. 1.3 LDC, se considerarán nulos de pleno derecho «los acuerdos, decisiones o recomendaciones siempre que no les sean aplicables las exenciones previstas en la norma de competencia».

En relación a la aplicación del régimen sancionador, el art. 62.4 a) LDC califica como infracciones muy graves «el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la norma que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales»⁵⁶⁶. De acuerdo al art. 24.1 a) Reglamento n.º. 1/2003, «la Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas coercitivas de hasta un 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir de la fecha que fije en su decisión, con el fin de obligarlas: a) a poner fin a una infracción de las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado [...]».

2. Acuerdos entre empresas

Mediante el art. 101.1 TFUE el legislador comunitario prohíbe que las empresas puedan afectar el libre comercio en el mercado único a través de una conducta de concertación. Para determinar la existencia de la práctica prohibida, debe existir un pacto, oral o escrito, que tenga como objeto o efecto restringir la competencia. Como indicamos, aun no pudiéndose acreditar del acuerdo dicha actitud, la conducta quedaría prohibida cuando produzca el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia⁵⁶⁷.

El acuerdo del que dimana la restricción de la competencia no ha de definirse en términos legales sino desde una perspectiva económica. Se considera que se está frente a un acuerdo cuando exista un intercambio de voluntades entre varias personas que puedan ser calificadas como operadores económicos independientes, pudiendo éste, además, revestir de cualquier forma jurídica para su existencia⁵⁶⁸.

Para determinar la concurrencia de un acuerdo que pudiera constituir una infracción colusoria, deben tenerse en cuenta que: (1) la noción de acuerdo en el

⁵⁶⁶ En la Resolución de la CNMC de 21 de octubre de 2013 (Expte. SAMAD/01/2011, *COAM-Viviendas Públicas de Municipios*), se imponía la tipificación del comportamiento como infracción muy grave de una recomendación dirigida a agentes competidores entre sí, reales o competidores, sancionando al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid como autor la conducta infractora a una multa por importe de 172.00 euros, que tiene origen en la información vertida en la WEB de la corporación profesional se podía leer: «La OCAM desaconseja la participación en dos concursos convocados por la EMSV de Boadilla del Monte».

⁵⁶⁷ Vid. ALONSO SOTO, R., *Acuerdos, decisiones y otras conductas explícitas...*, op. cit., pg. 67.

⁵⁶⁸ *Ibidem.* cit., pg. 67.

Derecho de la Competencia no es similar a un contrato vinculante, por lo que, para su acreditación, es indispensable la existencia de una concertación entre dos o más operadores económicos; y (2) debe concurrir una pluralidad de voluntades independientes o autónomas entre sí⁵⁶⁹. En este sentido, uno de los requisitos fundamentales para examinar una supuesta conducta colusoria es el elemento de bilateralidad o pluralidad de partes implicadas⁵⁷⁰.

La convergencia de comportamientos plurales resulta indispensable para que una conducta pudiera perseguirse bajo la aplicación del art. 101.1 TFUE (art. 1.1 LDC)⁵⁷¹. Estos acuerdos consisten en un pacto de voluntades entre dos o más agentes económicos que tiene como objetivo afectar negativa y significativamente la libre competencia. Por este motivo, la autoridad nacional de competencia ha mantenido, de forma reiterada, que el art. 1.1 LDC es aplicable, exclusivamente, sobre los acuerdos bilaterales o plurilaterales, y no sobre decisiones adoptadas por un único sujeto⁵⁷². Igualmente, podría perseguirse desde el art. 1.1 LDC, aquellas decisiones o recomendaciones colectivas surgidas a partir de una asociación, grupo o conjunto que englobe una pluralidad de operadores en uno o varios mercados⁵⁷³.

3. Decisiones y recomendaciones colectivas

Otras de las conductas explícitas a las que refiere el art. 1.1 LDC, además de los acuerdos, son las decisiones y recomendaciones colectivas (el art. 101.1 TFUE, por su parte, utiliza el término de recomendación). Mediante la aplicación de estas prohibiciones, el legislador aboga por perseguir los acuerdos emanados, por

⁵⁶⁹ *Ibidem. cit.*, pg. 68.

⁵⁷⁰ Resolución de la CNMC de 15 de febrero de 2010 (Expte. S/0171/09, *Filmax*).

⁵⁷¹ En este sentido, Vid. Resolución de la CNMC de 17 de abril de 2013 (Expte. S/0260/10, *Endesa Cesión de Instalaciones*). El origen del expediente tiene su causa en una denuncia presentada por GESOLPAC, S.L., contra Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U., por prácticas colusorias y abuso de posición dominante en la ejecución del acceso y conexión a la red de distribución de las instalaciones de generación solar fotovoltaica de la denunciante en la provincia de Badajoz. Sobre la aplicación del art. 1 LDC, la DI decidió que no se apreciaban indicios de la infracción cometida por ausencia de bilateralidad en la conducta, dado que Endesa era el gestor exclusivo de la red. Finalmente, se acordó no incoar el procedimiento sancionador y archivar las actuaciones. En el mismo camino, en la Resolución del TDC de 29 de enero de 1997 (Expte. 17/96, *Ford España*), FJ 3º, se soslayó la expresa inaplicación del art. 1 LDC a los acuerdos entre sociedades de un mismo grupo.

⁵⁷² Resolución del TDC de 2 de octubre de 2006 (Expte. 596/05, *Fabricación Máquina Herramienta*), FJ 4º.

⁵⁷³ Vid. Resoluciones del TDC de 11 de enero de 1999 (Expte. 423/98, *ASISA*) y de 9 de febrero de 1999 (Expte. r 261/98, *Peluquerías Salamanca*).

ejemplo, desde asociaciones de empresarios o corporaciones profesionales, ya tengan carácter vinculante en el caso de las decisiones, o meramente orientativas en relación a supuestos de recomendaciones colectivas⁵⁷⁴.

Sobre la calificación de estas conductas explícitas, el legislador no limita los supuestos subjetivos. Podrán perseguirse las decisiones o recomendaciones colectivas anticompetitivas dimanadas por cualquier tipo de asociación, agrupación o corporación profesional. Lo verdaderamente relevante no es la existencia de la propia recomendación, sino su aptitud para producir efectos anticompetitivos⁵⁷⁵. En este sentido, mediante la recomendación colectiva se pone de manifiesto una pauta común de comportamiento de agentes competidores, pudiendo constituir un elemento agravante el nivel o grado de seguimiento de cada uno de los miembros de dicha asociación o agrupación⁵⁷⁶.

Tanto para la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como para la doctrina administrativa de la autoridad española de la competencia⁵⁷⁷, las recomendaciones colectivas se equiparán con las decisiones de una asociación de empresas⁵⁷⁸. Al respecto, recomendación de una asociación se calificará en tal sentido cualquiera que sea la naturaleza jurídica que adopte, siempre que forme fiel expresión de su voluntad de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado. Hay que

⁵⁷⁴ Vid. ALONSO SOTO, R., *Acuerdos, decisiones y otras conductas explícitas...*, op. cit., pg. 70. En este sentido, la CNMC en su Resolución de 26 de septiembre de 2012 (Expte. S/0335/11, *CEOE*) refiere que una recomendación colectiva «exige la acción coordinada de diversos sujetos».

⁵⁷⁵ Resolución de la CNMC de 24 de septiembre de 2009 (Expte. s/0046/48, *Pan de Asturias*), FJ 2º.

⁵⁷⁶ Resolución del TDC de 18 de julio de 2006 (Expte. 600/05, *Panaderías de Cuenca*), FJ. 4º.

⁵⁷⁷ Resolución del TDC de 19 de diciembre de 2002 (Expte. 299/01), FJ 1º.

⁵⁷⁸ Como observamos de la lectura del art. 101.1 TFUE, el legislador comunitario no señala nada acerca de las recomendaciones colectivas, ciñéndose exclusivamente a las decisiones de asociaciones de empresas. Sin embargo, es jurisprudencia pacífica y práctica de la Comisión manifestar que las recomendaciones colectivas se encuentran tipificadas como «decisiones no vinculantes». Al respecto, el FJ 4º de la Resolución de la CNMC de 17 de mayo de 2010 (Expte. S/0106/08, *Almacenes Hierro*) señala: «Por tanto, acreditado que las decisiones no vinculantes - recomendaciones si se utiliza la nomenclatura de la legislación nacional- sí están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE, cuando son aptas para armonizar el comportamiento competitivo de los asociados, no existe discrepancia alguna entre el derecho nacional y el derecho comunitario, ni puede afirmarse que el Derecho nacional sea más restrictivo que el Derecho comunitario en este aspecto. En consecuencia, no entra en juego la aplicación del artículo 3.2 del Reglamento 1/2003 ni la Sentencia del TJCE de 23 de noviembre de 2006, As. C-238/05, *Asnef-Equifax* que toma la UAHE como base otro presupuesto distinto al que aquí se plantea». Con esto cabe recordar que la finalidad de la prohibición del art. 101 TFUE es objetiva y preventiva, dejando como clave para su aplicación «la aptitud de la conducta de unificar el comportamiento de los asociados, y esta aptitud restrictiva no depende en absoluto de su naturaleza vinculante u obligatoria».

tener en cuenta, además, que, de acuerdo a la norma de competencia, resultan irrelevantes los efectos concretos que se deriven del mismo acuerdo o de la decisión de una asociación por cuanto se acredite que tal acuerdo o decisión tiene por objeto restringir, impedir, o falsear la libre competencia⁵⁷⁹. Resultaría igualmente insignificante, a efectos de la aplicación del art. 101.1 TFUE, que los asociados no hicieren seguimiento de la decisión adoptada, dado que lo más relevante es la intención o aptitud de que dicha decisión produzca o pueda producir, por su objeto o efecto, una restricción de la competencia.

De acuerdo a la doctrina de la autoridad nacional de competencia, las decisiones o recomendaciones colectivas, con propósitos o efectos anticompetitivos, constituyen formas de prácticas colusorias prohibidas que son equiparables a los acuerdos horizontales entre competidores, siendo, éstas últimas, las manifestaciones más graves comprendidas en la prohibición del art. 1.1 LDC. De suerte que se tratan de acuerdos adoptados por instituciones formadas por agentes económicos, pero que serán considerados como si se trataran de acuerdos adoptados entre los asociados, dado que, de otro modo, cada socio podría eludir sus responsabilidades trasladando ésta hacia el ente colectivo⁵⁸⁰.

4. Prácticas concertadas o conscientemente paralelas

El art. 1.1 LDC prohíbe las prácticas concertadas o conscientemente paralelas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional. A su vez, el art. 101 TFUE refiere la misma prohibición para el mercado común, pero sin hacer alusión a las llamadas «prácticas conscientemente paralelas» sino, exclusivamente, a las prácticas concertadas.

Respecto a los elementos necesarios para la concurrencia de ambas conductas, consideramos los siguientes: (1) la concurrencia de dos o más voluntades o sujetos; (2) no se requiere que alcancen efectos anticompetitivos contra la libre competencia, sino que tiendan a dicho fin, aunque la conducta no tenga éxito; (3) la práctica ha de ser apta para conseguir el fin interesado, esto es,

⁵⁷⁹ Expresión contenida en los puntos 3º y 4º del índice de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1987 (As. 45,85, *Verband der Sachversicherer e.V. c. Comisión*).

⁵⁸⁰ Expresión casi literal contenida, entre otras, en la Resolución del TDC de 7 de abril de 2000 (Expte. 47209, *Colegio Farmacéuticos Valencia*), FJ 7º; y en la Resolución de la CNC de 29 de septiembre de 2009 (Expte. S/0044/08, *PROPOLLO*), FJ 2º.

el falseamiento de la competencia; (4) podría ser realizada por cualquier agente económico (empresas, asociaciones, agrupaciones...); y (5) la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa (particularmente mediante un elemento de naturaleza intencional o negligente)⁵⁸¹.

A) Prácticas concertadas

En cuanto a la noción de práctica concertada, ésta se halla en conexión entre la propia noción de acuerdo y la noción de práctica conscientemente paralela, es decir, comparte elementos esenciales de ambas figuras. Nos referiremos con el término «práctica concertada» para definir aquella forma de coordinación entre empresas que, sin constituirse mediante la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos derivados de la competencia por una cooperación práctica entre ellas⁵⁸². Esta cooperación o coordinación entre empresas conduce a unas condiciones de competencia que no corresponden a las normales del mercado, en atención a la naturaleza de los productos, a la importancia y el número de las empresas, así como al volumen y el carácter del mercado⁵⁸³.

La cooperación entre las empresas será constitutiva de una práctica concertada cuando permita a los interesados la cristalización de situaciones obtenidas en perjuicio de la libertad de circulación de los productos en el mercado común, así como de la libertad de elección de proveedores por los consumidores⁵⁸⁴. Esta cuestión se torna compleja en atención a la naturaleza de la concertación entre empresas, cuyo plan es eliminar de antemano la incertidumbre relativa al comportamiento futuro de la competencia. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia entiende que los criterios de coordinación y cooperación, lejos de asociarse a un verdadero plan, deben comprenderse desde las disposiciones del Tratado sobre competencia, esto es, cada operador económico debe determinar de forma

⁵⁸¹ Cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso) de 29 de junio de 2011 (nº. de recurso 833/2009), FJ 3º.

⁵⁸² Vid. BROKELMANN, H., *Prácticas concertadas y conscientemente paralelas...*, op. cit., pg. 88. Definición extraída por el autor de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 31 de marzo de 1993. (As. acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osaakeyhtiö y otros c. Comisión*), consid. 63; y que cita, asimismo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975 (As. acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros c. Comisión*), consid. 26 y 173.

⁵⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975 (As. acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros c. Comisión*), consid. 26.

⁵⁸⁴ *Ibidem*. cit., consid. 27.

autónoma la estrategia que tiene intención de aplicar en el mercado, incluyéndose la elección de los destinatarios de sus ofertas y demandas⁵⁸⁵.

No se prohíbe, por tanto, que las empresas puedan ejercitar su derecho a adaptarse de forma inteligente al comportamiento de los competidores. Por otro lado, sí resultaría contrario al art. 101.1 TFUE cualquier toma de contacto directa o indirecta entre las empresas cuyo objetivo sea: (1) influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial; o (2) relevar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene el propósito de mantener en el mercado⁵⁸⁶.

Una de las conductas más típicas de prácticas concertadas entre empresas es el intercambio de información⁵⁸⁷. En términos generales, un intercambio de información resultaría contrario a la norma de competencia si presenta, evidentemente, efectos anticompetitivos. Por esta razón, la conducta no resultaría *per se* anticompetitiva; si bien adquirirá tal consideración cuanto su realización reduzca necesariamente, en mayor o en menor medida, la imprevisibilidad del comportamiento del resto de competidores⁵⁸⁸.

En este sentido, resulta oportuno citar las Conclusiones presentadas por la Abogada General Sra. Kokott el 19 de febrero de 2009 (As. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV y otros*), cuyo desarrollo pretende dar respuesta a tres preguntas relevantes relativas a las exigencias que han de imponerse sobre la comprobación

⁵⁸⁵ *Ibidem. cit.*, consid. 173.

⁵⁸⁶ *Ibidem. cit.*, consid. 174.

⁵⁸⁷ De acuerdo a WARD, A. y 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*, n.º. 95, 2015, pgs. 64 y ss., la conducta relativa a los intercambios de información entre competidores no es *per se* contraria al sistema de defensa de la competencia, por ello, en la práctica estas conductas pueden generar eficiencias en la competencia. En este sentido, los autores entienden que para que un intercambio de información pueda constituir una infracción o resultar pro-competitivo, deben evaluarse las siguientes circunstancias: En primer lugar, la estructura del mercado afectado; en segundo lugar, las características de la información que ha sido intercambiada; y en último lugar, el modo en que se producen los citados intercambios de información. Sin embargo, es manifiesta la falta de regulación legal de estos intercambios, que son calificados por la autoridad española de competencia como una infracción «por objeto». Esta calificación resultaría impropia, señalan los autores, cuando el intercambio no tiene como objeto datos sobre precios o cantidades futuras en atención a lo desarrollado por las Directrices de Horizontales.

⁵⁸⁸ Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de junio de 2015 (n.º de recurso 2072/2014), que resuelve el Recurso contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de abril de 2014 (n.º de recurso 194/2011).

de la existencia de una práctica concertada contraria a la competencia en el sentido del art. 81.1 TCE (hoy 101.1 TFUE)⁵⁸⁹.

- (1) Respecto al criterio a adoptar para determinar si la práctica concertada es anticompetitiva, el Tribunal alega que no todo intercambio de información entre competidores tiene necesariamente por objeto impedir, restringir o falsear la libre competencia. Para comprobar si existe un objetivo contrario a la competencia, ha de examinarse tanto el contenido como la finalidad de la práctica concertada, así como el contexto económico y jurídico en el que se constituye aquélla. Las prácticas serán contrarias a la competencia, independientemente de su efecto, cuando persigan dichos fines. Por este motivo, quedarían prohibidas tanto las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia como aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia. Dichos requisitos no son acumulativos sino que serían condiciones alternativas para la prohibición.

- (2) Acerca de la relación causal entre la práctica concertada y el comportamiento en el mercado, el Tribunal manifiesta que el concepto o noción de práctica concertada exige el cumplimiento de tres requisitos: (a) una concertación entre las empresas; (b) un comportamiento en el mercado que siga la concertación; y (c) una relación de causa-efecto entre la concertación y el comportamiento en el mercado, sin que dicho comportamiento tenga necesariamente que manifestarse de una forma concreta en una restricción de la competencia.

⁵⁸⁹ Estas cuestiones consistieron: (1) ¿Qué criterios deben observarse, en la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, a la hora de apreciar si una práctica concertada está dirigida a impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común; (2) ¿Debe interpretarse el artículo 81 CE en el sentido de que, en la aplicación de esta disposición por el juez nacional, la prueba de la relación causal entre la práctica concertada y el comportamiento en el mercado debe ser aportada y apreciada conforme a las normas del Derecho nacional, siempre que dichas normas no sean más desfavorables que las aplicables a reclamaciones análogas nacionales y que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario; y (3) ¿Ha de observarse en la aplicación del concepto de práctica concertada establecido en el artículo 81 CE la presunción de relación de causalidad entre concertación y comportamiento en el mercado aunque tal concertación se dé una sola vez y la empresa que participe en la concertación siga operando en el mercado, o bien únicamente en los casos en que la concertación se produzca regularmente a lo largo de un período dilatado?.

- (3) Sobre la cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional holandés relativa a la presunción de causalidad en caso de una sola concertación, la jurisprudencia del Tribunal mantiene que una concertación se produzca regularmente a lo largo de un período dilatado no constituye una limitación adicional de la presunción de causalidad. Por el contrario, ha de entenderse que la presunción de que existe una relación causal se ve reforzada cuando las empresas han concertado su comportamiento regularmente a lo largo de un período dilatado. Esta presunción se aplicará de manera general y podrá ser limitada por las refutaciones que aporten los operadores interesados.

En síntesis, la jurisprudencia comunitaria remarca la necesidad de que exista un elemento de reciprocidad en virtud de un contacto bilateral, plurilateral, o bien de una voluntad común entre las partes. Mediante esta conducta, en definitiva, se vulneran las condiciones normales de la competencia en relación, precisamente, a esa necesaria incertidumbre que debe existir respecto a las reacciones de los competidores sobre el propio comportamiento competitivo⁵⁹⁰.

B) Prácticas conscientemente paralelas

Sin embargo, otro tratamiento suscita el examen de las prácticas conscientemente paralelas prohibidas expresamente por el art. 1.1 LDC, y no tipificadas por el art. 101.1 TFUE⁵⁹¹. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria instrumentaliza esta noción de paralelismo, en situaciones muy tasadas, como prueba o indicio de la supuesta existencia de una práctica concertada⁵⁹². Ahora bien, considerando que la conducta paralela pueda servir como prueba para la calificación

⁵⁹⁰ V. BROKELMANN, H., *Prácticas concertadas y conscientemente paralelas...*, op. cit., pg. 91.

⁵⁹¹ La conducta conscientemente paralela obtiene su precedente en la vigente LDC desde la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, y más específicamente en su art. 1.1 que disponía: «Quedan prohibidas las practicas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional»; posteriormente se incorporó en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, y, asimismo, en la actual de 2007. No obstante, remarca la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº. 2 de Barcelona (nº. de recurso 170/2008), FJ 21º, que, desde la vigencia de la Ley de 1989, tanto el TDC como la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, descartaban que «el simple hecho del paralelismo entre dos o más conductas sea suficiente, a estos efectos, sino que exigen que no haya una explicación alternativa a la colusión».

⁵⁹² Vid. BROKELMANN, H., *Prácticas concertadas y conscientemente paralelas...*, op. cit., pg. 93.

de una práctica concertada, bajo estos supuestos, el estándar aplicable respecto a la prueba es necesariamente exigente dado que la única prueba de la coordinación o cooperación entre empresas es el propio paralelismo⁵⁹³. Esto quiere decir que, de no existir otras pruebas que corroboren la conducta paralela, el mismo paralelismo, en la mayoría de las ocasiones, no tendría entidad probatoria tal para considerar la existencia de una práctica concertada, a menos que la concertación fuere la única justificación existente respecto del paralelismo en un mercado⁵⁹⁴.

De acuerdo a la jurisprudencia de la autoridad nacional de competencia, la práctica conscientemente paralela se define como un «comportamiento armonizado de varias empresas en el mercado, sin que medie un acuerdo expreso o tácito entre las mismas, que es simple consecuencia de desarrollar cada una de ellas las correspondientes acciones con el propósito de evitar la discordancia, conociendo cada una, previamente, los fines y medios de los demás»⁵⁹⁵.

Para que pueda considerarse la existencia de una práctica conscientemente paralela es necesario que concurren, acumulativamente, los siguientes requisitos⁵⁹⁶: (1) que dichos hechos queden suficientemente acreditados; (2) que exista una relación causal entre la presunta conducta y los hechos; y (3) que no sea posible

⁵⁹³ *Ibidem. cit.*, pg. 104.

⁵⁹⁴ Por ello, de existir una explicación razonable distinta de la concertación quedaría descartada la existencia de una conducta conscientemente paralela.

⁵⁹⁵ Cfr. Resoluciones del TDC de 21 de junio de 2007 (Expte. 612/06, *Aceites 2*), y, principalmente, de 11 de mayo de 1998 (Expte. 387/96, *Películas Video*). Por otro lado, en el FJ 4º de la Resolución del TDC de 19 de febrero de 2004 (Expte. 506/01, *Distribuciones Farmacéuticas*), el Tribunal considera que para perseguir una conducta conscientemente paralela bajo aplicación del art. 1 LDC, no se exige de un acuerdo concreto, sino que es suficiente con la concordancia de reacciones.

⁵⁹⁶ Por su parte, DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 64, en relación a los elementos que integrarían las prácticas conscientemente paralelas, de forma más sucinta, indican: «identidad de comportamiento, consciencia de dicho alineamiento y objeto o resultado anticompetitivo». Sin embargo, los autores declaran la evidente ambigüedad de la conducta, dado que muchos autores se han posicionado defendiendo la falta de diferenciación entre ésta y las prácticas concertadas en el Derecho comunitario, así como su clara proximidad con estas últimas. Posteriormente (pg. 66), los autores concluyen, en relación a la Resolución *Hormigón Gerona* (2001) que: «A partir de esta conceptualización de las conductas conscientemente paralelas se deduce el intento de las autoridades de defensa de la competencia de asociar esta figura a aquel tipo de colusión lograda por las partes por medios distintos a los que forman el tipo de acuerdos o prácticas concertadas, esencialmente el contacto directo o indirecto entre los competidores. Se aprecia igualmente la relación de la conducta conscientemente paralela con la figura de la posición dominante conjunta o colectiva. La dificultad de esta construcción reside en averiguar cuándo y cómo los competidores han podido ajustar sus comportamientos, sin que haya habido entre ellos ningún tipo de contacto, en cuyo caso hablaríamos de acuerdo o, cuando menos, de práctica concertada».

concebir otra interpretación racional de los comportamientos investigados⁵⁹⁷. En este sentido, la conducta paralela podría ser equivalente a una práctica concertada si ésta desemboca en unas condiciones de competencia que no resultarían normales en el mercado, en relación, como hemos indicado en el apartado anterior, a la naturaleza del producto, al número y tamaño de las empresas y al volumen del mercado⁵⁹⁸.

Resulta imprescindible englobar el concepto de «conducta conscientemente paralela» bajo un elemento colusorio o consensual, ya que, de lo contrario, del examen de la conducta se produciría una interpretación extensiva del concepto, contraria al sentido y finalidad del sistema de defensa de la competencia⁵⁹⁹. El examen o análisis de estos elementos es fundamental para la calificación de la conducta. Esto se muestra con mayor claridad en mercados altamente competitivos, por lo que no debe confundirse los comportamientos que tienden a eliminar o reducir el riesgo empresarial (exclusión de la competencia), de la propia adaptación de las empresas al comportamiento de los competidores motivado por el interés unilateral de mantenerse en el mercado y ofrecer productos con mejores condiciones⁶⁰⁰.

III. Conductas colusorias y subordinación de productos financieros a la suscripción de seguros

1. Pactos entre entidades de crédito y entidades aseguradoras separadas

A) Falta de examen por la autoridad nacional de competencia

Hasta el día de hoy no se ha examinado la responsabilidad por la constitución de conductas colusorias realizadas entre una entidad de crédito y una aseguradora separada en torno a la vinculación de productos en el canal bancario. Las situaciones que se han puesto de manifiesto ante la autoridad nacional de competencia se han

⁵⁹⁷ Resolución del TDC de 11 de mayo de 1998 (Expte. 387/96, *Películas Video*), FJ 4º.

⁵⁹⁸ Resolución del TDC de 21 de junio de 2007 (Expte. 612/06, *Aceites 2*). FJ 4º.

⁵⁹⁹ Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de noviembre de 2015 (nº. de recurso 1525/2013).

⁶⁰⁰ *Ibidem.* supra cit., FJ 2º, respecto al tercer motivo de casación.

ajustado a acuerdos o prácticas conscientemente paralelas entre entidades de crédito y sus filiales aseguradoras. Por este motivo, cabría destacar, en primer lugar, la importancia que conllevaría el estudio de los acuerdos verticales entre entidades de crédito y aseguradoras separadas, y sus posibles repercusiones sobre la competencia efectiva en el mercado⁶⁰¹.

Se abre, pues, un abanico de posibilidades para la persecución de conductas colusorias entre entidades, en este caso, no asociadas a una misma unidad económica o a una unidad de comportamiento. Se trata, por tanto, de acuerdos entre empresas de las que no se presume, con carácter inmediato, que exista un control efectivo de la matriz sobre la filial, sino que aparece un tercero que interviene en la distribución de seguros con plena autonomía de decisión, esto es, una entidad aseguradora no asociada a la entidad de crédito que distribuye el seguro⁶⁰².

En el ámbito de los acuerdos verticales firmados entre entidades de crédito y aseguradoras separadas destacan los *joint-ventures*, esto es, la creación de una entidad aseguradora participada por mitad entre ambas empresas, y que actúa como la entidad aseguradora que produce los seguros ligada de forma exclusiva a la distribución de los mismos en la red bancaria⁶⁰³.

En este sentido, las autoridades de competencia podrían, incluso, examinar el acuerdo de constitución de la *joint-venture* como posible infracción del art. 1.1 LDC con fines restrictivos en la competencia, en un régimen más estricto que el presumido para el del control de las concentraciones de empresas. En esta filial común existen, por tanto, una pluralidad de partes de las que, por medio de políticas de vinculación posiblemente anticompetitivas, podrían resultar responsables sus socios.

⁶⁰¹ De acuerdo a BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 357: «la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia de los tribunales comunitarios revela que los acuerdos de vinculación de productos, en los que un proveedor supeedita la venta de un producto (el producto vinculante) a la compra, a él o un tercero designado por él, de otro producto distinto (producto vinculado), han planteado esencialmente problemas de competencia en sede de posibles abusos de posición dominio prohibidos por el art. 102 del Tratado, y no como acuerdos o prácticas restrictivos de la competencia prohibidos por el art. 101.1. Sin embargo, históricamente, la Comisión ha mostrado una postura hostil hacia este tipo de acuerdos también en sede de art. 101.1 del Tratado».

⁶⁰² Sentencia del TPI de 15 de junio de 2005, (As. T-71/03, *Tokai Carbon and others c. Comisión*).

⁶⁰³ Vid. BLASCO PANIEGO, I. y AZPEITIA, F., *Reordenación del sector bancaseguros...*, op. cit., pg. 45. Sobre las *joint-venture* en general, Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., *El Joint Venture en el comercio internacional*, Granada, Editorial Comares, 1999; MIQUEL RODRIGUEZ, J., *La sociedad conjunta (Joint venture Corporation)*, Madrid, Editorial Civitas, 1998; y PAULEAU, C., *El régimen jurídico de las "joint venture"...*, op. cit.

Se trataría, al respecto, de filiales comunes cooperativas, en contraposición a las filiales comunes concentrativas, sometidas al control previo de las concentraciones económicas⁶⁰⁴. Este ha sido el modelo principal (también denominadas en el argot comercial como alianzas estratégicas) llevado a cabo por entidades de crédito en estos últimos años, vendiendo la mitad de sus participaciones en sus filiales aseguradoras a entidades aseguradoras separadas⁶⁰⁵.

Mediante estos acuerdos de banca-seguros, la entidad de crédito: (1) mejora sus niveles de solvencia, evitando posibles penalizaciones; (2) mantiene cierto control de su filial aseguradora; (3) se beneficia del gran potencial de gestión del negocio asegurador que ostentan entidades aseguradoras de larga trayectoria; y (4) ante la clientela, la entidad de crédito vincula su red de distribución con la imagen y prestigio de una entidad aseguradora reconocida en el mercado asegurador.

En la actualidad, parece que estos acuerdos de constitución de *joint-ventures* no están plenamente consolidados para las entidades aseguradoras, dado que están más interesadas en otras vías de comercialización no exclusiva con las entidades de crédito.

En estos acuerdos entre entidades de crédito y aseguradoras separadas participa el deseo de estas últimas tanto de adquirir el negocio de la filial aseguradora como de extender su dominio en el mercado asegurador a través de la distribución de seguros aprovechando una vasta red proporcionada por la entidad de crédito con miles de oficinas. La participación de entidades aseguradoras separadas no se limita, exclusivamente, a la constitución de *joint-ventures* con entidades de crédito, sino que acuerdan con éstas adquirir la mitad de sus *joint-ventures* ya constituidas en su día con otras entidades aseguradoras, así como la mitad del negocio asegurador perteneciente a las antiguas cajas de ahorro

⁶⁰⁴ Así, el art. 3.2 del Reglamento 4064/89 del Consejo, en su segundo 2º, disponía que "la creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no implique coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí ni entre éstas y la empresa común constituirá una operación de concentración..." (Vid. PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., "Las filiales comunes concentrativas en el Reglamento CEE nº 4064/89 sobre control de las operaciones de concentración entre empresas", *Gaceta Jurídica de la CEE*, nº 61, 1991, pgs. 3-7). Puede consultarse, igualmente, MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas: Derecho europeo y español*, Madrid, Editorial Wolkers Kluwer, 1994.

⁶⁰⁵ De acuerdo a MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 11, mediante las alianzas estratégicas se busca la integración en el desarrollo de productos, prestación de servicios y gestión de canales, requiriendo este compromiso tanto inversiones en tecnología como formación en personal. Igualmente, quedaría abierta la posibilidad de compartir las bases de datos de clientes entre entidad de crédito y aseguradora.

fusionadas⁶⁰⁶. Nos encontramos, por tanto, ante acuerdos que se adaptan al gran dinamismo y al carácter global del mercado asegurador, especialmente influenciados por la coyuntura financiera y jurídica del Estado.

B) Subordinación con seguros producidos por aseguradoras separadas

Examinando las actuaciones de las entidades de crédito relativas a la vinculación de seguros, que serían perseguibles en relación a vinculaciones en las que formara parte una aseguradora separada, el principal acuerdo o pacto entre entidades denunciado tradicionalmente por las asociaciones de profesionales del seguro surge de la condición (necesaria e indispensable esgrimida por aquéllas) de suscribir uno o varios seguros con una aseguradora designada previamente para conceder un préstamo, ya sea ésta filial del grupo bancario o separada⁶⁰⁷.

La problemática con esta vinculación ha sido directamente respondida en la DCCC⁶⁰⁸. En el apartado 25 de los considerandos de la citada Directiva se manifiesta que, como norma general, no deberían permitirse las prácticas de venta de vinculada a no ser que el servicio o producto financiero ofrecido con el contrato de crédito no pueda ofrecerse por separado al formar parte del crédito, plenamente integrado en aquél⁶⁰⁹. Igualmente se afirma que, si bien las entidades de crédito

⁶⁰⁶ Como pone de manifiesto DÍAZ LLAVONA, C., *Los Operadores de Bancaseguros en España...*, op. cit., pg. 754, el patrón de modelo en EEUU, Asia y Latinoamérica es el del acuerdo de distribución, mientras que en Europa predomina o tiende a una mayor integración por medio de alianzas estratégicas y *joint ventures*. Destaca la autora que los países de nuestro entorno la distribución de seguros por entidades de crédito no dispone de un régimen legal específico, si bien deberán constar en el Registro administrativo desarrollado por la Directiva 2002/92/CE.

⁶⁰⁷ Usualmente junto con el préstamo hipotecario las entidades de crédito suelen obligar al prestatario a suscribir, principalmente, un seguro de vida y otro de hogar (a fecha 04/04/2016, pueden consultarse Hipoteca Naranja de ING Direct; Hipoteca Sin Más de Bankinter; Hipoteca Evolucionada de IberCaja; Hipoteca Fija de Banco Sabadell; Hipoteca Variable de Banco Santander...

⁶⁰⁸ A fecha del presente estudio (29/11/2017) la citada Directiva no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, habiéndose publicado, en ese ínterin, por el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, núm. 12-1, de 17 de noviembre de 2017 el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. La Directiva 2014/14/UE regula los (1) «contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro bienes de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial»; y (2) los «contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir» [art. 3 letras a) y b)].

⁶⁰⁹ La Directiva ejemplifica la cuestión a través de los descubiertos garantizados por seguros de caución correspondientes, asegurando la escasez de capitales. La contratación de seguros de caución contra el incumplimiento del pago del deudor, o seguros de crédito que garantizan una indemnización en caso de insolvencia de éste. Los riesgos cubiertos por el seguro de caución son, igualmente, variados, entre los que podemos destacar caución en sustitución de retenciones, para

pueden exigir que los consumidores dispongan de una póliza de seguro para garantizar el reembolso del crédito o asegurar el valor de la garantía, el consumidor debe tener la oportunidad de elegir la entidad aseguradora con la que suscribir dicho seguro, a condición de que dicha póliza aportada tenga un nivel de garantía equivalente al de la ofrecida por la entidad de crédito.

De esta manera, tanto el Parlamento Europeo como el Consejo a través de la DCCC, exigen en su art. 12.4, relativo a las prácticas de ventas vinculadas y combinadas, que, aunque los Estados miembros puedan permitir a los prestamistas que exijan al consumidor la suscripción de un seguro pertinente con el contrato de crédito, deberán velar porque los prestamistas acepten pólizas de seguro aportadas por el consumidor con niveles de garantía equivalentes a las ofrecidas por aquéllos.

Desde el Derecho comunitario se permite que las entidades de crédito obliguen junto al préstamo la suscripción de seguros, por razones relativas a garantizar (1) el reembolso de la cantidad prestada, o (2) el valor del bien que constituye la garantía (obligación contractual y no legal). Sin embargo, se establece una obligación a los Estados miembros de garantizar el derecho del consumidor de aportar a la entidad de crédito una póliza de seguro producida por una aseguradora que no es la favorita de aquélla, pero con la condición de que cubra riesgos, intereses y sumas aseguradas equivalentes a las pólizas que las entidades de crédito suelen vincular con el producto financiero. Por un lado, las entidades de crédito pueden obligar al cliente a suscribir un seguro junto con la operación financiera siempre y cuando se justifique por motivos de aseguramiento por posible o cierto

licitaciones, propuestas o subastas públicas, garantía definitiva ante la Administración, de garantía de acopios, de garantía ante la Aduana, de cantidades anticipadas para la compra de viviendas en construcción, seguros de caución para viviendas, de garantía judicial, e incluso de garantía de un club de protección ante la Dirección General de la Marina Mercante. Para más información sobre el seguro de caución, Vid. HOYOS ELIZALDE, C., *El seguro de caución*, Madrid, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 2012, así como CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Seguro de Caución y fianza solidaria. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1994”, *Editorial La Ley*, Tomo 3, La Ley nº. 12415/2001, 1994, pgs. 1060-1065. A modo de conclusión el Prof. Camacho de los Ríos refiere que: «el seguro de caución, que es un contrato de seguro, es susceptible de generar, entre otras, una obligación de fianza a cargo del asegurador. No ha de excluirse, por tanto, que pueda dar lugar a una modalidad de la fianza como es la fianza solidaria. Por otro lado, dicha solidaridad no hace sino reforzar la seguridad del acreedor-asegurado en cuanto a la satisfacción de su crédito, pretensión ésta que es, precisamente, y como apuntábamos al principio de este comentario, la que le lleva a elegir un fiador cualificado como es la compañía de seguros. Por otra parte, y teniendo en cuenta que, para nosotros, el seguro de caución genera una verdadera obligación de fianza, el hecho de que el asegurador responda solidariamente es perfectamente acorde al carácter solidario de todas las fianzas mercantiles, carácter que ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones (sentencias de 4 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1968 y 7 de marzo de 1992)».

incumplimiento de aquél, debiendo respetar, en todo caso, en armonía con dichos fines de aseguramiento, el derecho del consumidor a aportar una póliza distinta a la propuesta por la entidad de crédito.

La legislación nacional contempla disposiciones sobre la libertad de elección de aseguradora por el tomador. Al respecto, el art. 118 LOSSEAR⁶¹⁰ dispone, sobre estas conductas contrarias a las buenas prácticas y usos⁶¹¹, que la supervisión de las conductas velará por la transparencia y el desarrollo ordenado del mercado de seguros, especialmente, en relación a la libertad de los tomadores para decidir la contratación del seguro y la aseguradora con la que lo contratan⁶¹².

En el mismo sentido, el art. 40 párr. 1º del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios⁶¹³, relativo a la información previa a la formalización de préstamos hipotecarios, dispone que las entidades de crédito deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos con hipoteca destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas, el derecho que asiste al prestatario de designar la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo.

A primera vista parecen existir similitudes entre la legislación española y comunitaria sobre vinculación de seguros a préstamos hipotecarios. No obstante, debe plantearse si la suscripción de seguros, usualmente ligados a los préstamos, guardan relación por su naturaleza o con arreglo a los usos del mercado.

Como hemos aseverado en anteriores apartados, el único seguro indispensable (vinculación legal) que deberá llevar aparejado un préstamo (en este caso hipotecario) es el seguro de incendios, solo y exclusivamente cuando la entidad de crédito pretenda emitir cédulas o bonos hipotecarios con base a los préstamos

⁶¹⁰ El contenido del artículo tiene un sentido similar al art. 62.1 relativo a la protección administrativa de la derogada LOSSP que disponía que «el Ministerio de Economía y Hacienda protegerá la libertad de los asegurados para decidir la contratación de los seguros y el mantenimiento del equilibrio contractual en los contratos de seguro ya celebrados».

⁶¹¹ Respecto a la libertad de elección de la modalidad del pago de la prima, la respondida por el art. 6 del derogado Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros. Esta conducta ha sido catalogada como mala práctica bancaria en su Criterio de la DGSFP de febrero de 2009 titulado «Seguros de vida a prima única para la amortización de préstamos».

⁶¹² Cfr. Criterio de la DGSFP de febrero de 2009 titulado «Seguros de vida a prima única para la amortización de préstamos» (pg. 4).

⁶¹³ BOE núm. 151, de 24 de junio de 2000.

con garantía hipotecaria concedidos. Este derecho de la entidad de crédito es propio, por lo que la obligación y el costo de dichos seguros recaerían completamente en aquéllas, y no hacia los consumidores. Por otro lado, el resto de vinculaciones de seguros tendría un carácter meramente contractual y no legal entre la entidad y el consumidor, por lo que toda información o actuación comercial en contra resultaría, a todos los efectos, fraudulenta e ilegítima, pudiendo provocar graves restricciones en la competencia del mercado del seguro en cuestión⁶¹⁴.

En contraposición a esta postura, el Consejo de la CNC (Expte. *Entidades de crédito*, 2009. FJ 7º) adujo que, en todo caso, el cliente tiene la posibilidad de comparar las ofertas vinculadas de una entidad con aquellas no vinculadas ofrecidas por otras, siendo libre para contratar unas u otras. Sin embargo, es posible que exista restricción cuando, a través del acuerdo entre entidad de crédito y aseguradora, se comercialice un producto financiero vinculado con un diferencial muy reducido, respecto a los ofertados por la competencia, condicionado a la suscripción de uno o varios de sus seguros (bonificaciones). En estos casos, la oferta de la entidad de crédito podría enmascarar, con el fin de extender su dominio al sector asegurador, una venta indirecta del producto complementario con una aseguradora previamente designada, sin especificar tanto: (1) el derecho del prestatario a aportar una póliza de otra aseguradora no favorita con similar nivel de cobertura: y (2) la obligación de la entidad de crédito de informar al consumidor las condiciones económicas y jurídicas del seguro que va a contratar (usualmente más costosos que los producidos por aseguradoras ajenas al canal bancario)⁶¹⁵, así como el coste real del producto financiero con y sin vinculaciones de seguros.

⁶¹⁴ Conforme indica GINER BAGÜÉS, E., “Estudio de casos. Análisis de resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, n.º. 21, 1991, pg. 142: «no es fácil, sin embargo, un consenso sobre las condiciones para hablar de libre competencia: es necesario que el acceso al mercado esté abierto a las empresas, que las modificaciones de la oferta y la demanda tengan su repercusión en los precios, que la producción y la venta no se encuentren artificialmente limitadas, que la libertad de acción y de elección de los proveedores, compradores y consumidores no se vea afectada».

⁶¹⁵ En el mismo sentido en relación a precios excesivos y discriminatorios, Vid. Resolución de la CNMC (Sala de Competencia) de 8 de junio de 2017 (S/DC/0557/15, *NOKIA*), FJ 6º: «Asimismo, la falta de presión competitiva ha permitido un escenario en el que ADIF se ha podido ver sujeto a un precio más elevado por el contrato que el que hubiese resultado en caso de que ambas empresas hubiesen competido por hacerse con la adjudicación del mismo. Sin embargo, no es posible cuantificar económicamente esta diferencia en el precio de adjudicación del contrato en un escenario u otro ya que KAPSCH no presentó oferta y ello motivó que NOKIA fuese la única empresa ofertante en la licitación. Hay que tener en cuenta, además, la cuota de la tecnología instalada por las dos empresas antes de la licitación y que la desventaja inicial de KAPS H tendría que haberse reflejado de algún modo en el coste de su oferta».

En condiciones de competencia efectiva los seguros vinculados comercializados por entidades de crédito deberían resultar menos costosos y con un contenido contractual de mayor calidad⁶¹⁶. Sin embargo, a primera vista, parece que las entidades de crédito distribuyen y ofrecen estos seguros asociados (de vida, de protección de pagos, de hogar...) sin tener en cuenta las condiciones económicas de las pólizas de seguro distribuidas por la competencia, sino, a efectos de la eficacia del propio sistema comercial que busca una mayor rentabilidad de las operaciones crediticias.

En un mercado más eficiente, como hemos indicado, la misma fuerza competitiva de las empresas las compelería a rechazar estas políticas de vinculación con productos secundarios, ofreciendo un producto financiero único con una mayor calidad y rentabilidad⁶¹⁷.

En suma, atendiendo a lo dispuesto en los apartados d) y e) del art. 1.1 LDC, podrían constituirse infracciones colusorias sobre las siguientes prácticas de subordinación de productos entre entidades separadas:

- (1) Las políticas de imposición que no respondan a la naturaleza y funciones preventivas del contrato de seguro de acuerdo a la normativa vigente. Sobre este punto, la distribución masiva de seguros sin respetar los objetivos del aseguramiento y vinculados con productos financieros

⁶¹⁶ Hay que tener en cuenta, como indican VELASCO SAN PEDRO, L.A. y HERRERO SÚAREZ, C., “Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft (Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº. 2, 2008, pgs. 193 y ss., que: «la política en materia de vinculación no ha seguido, ni en Europa ni en EE.UU., un desarrollo uniforme, pudiéndose observar una cierta evolución desde posiciones abiertamente escépticas, que sancionaban sin matices estas prácticas, hacia actitudes más tolerantes que reconocen la ambigüedad competitiva de estas conductas y la posibilidad de que de las mismas se deriven efectos neutrales —o, incluso, beneficiosos para la competencia—. Por lo que al caso europeo concierne, si bien los contratos vinculados son objeto de una doble previsión normativa, en cuanto pueden ser sancionados tanto como posible acuerdo restrictivo de la competencia (art. 81 del TCE) como por conducta abusiva por parte de un operador dominante (art. 82 del TCE), la mayoría de las prácticas de vinculación han sido examinadas bajo este último precepto, reservándose el art. 81 para aquellas conductas de vinculación insertas en contratos de contenido más amplio: acuerdos de licencia de patentes u otros derechos de propiedad industrial o contratos de cooperación entre empresarios de naturaleza vertical (acuerdos de aprovisionamiento exclusivo o de franquicia). El acervo comunitario en la materia, menos rico en casos que el estadounidense, se articula en torno a una serie de resoluciones clave, entre las que podemos destacar los asuntos Hoffmann-La Roche, Hilti y Tetra Pak II. La valoración de las prácticas de integración del sistema operativo Windows y el lector digital WMP de la empresa Microsoft por parte de la Comisión constituía, hasta el momento de publicación de la Sentencia objeto de comentario, la última referencia europea en materia de contratos vinculados».

⁶¹⁷ Cfr. Punto 2º del Voto particular de la Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. R 467/07, *Cajamadrid/Ausbanc*).

podría restringir gravemente la competencia. Esta posible prohibición podría subsanarse justificando el aseguramiento mediante riesgos especialmente tasados para las entidades de crédito, sin que el seguro pudiera sustituir, sin un examen exhaustivo de su solvencia, carencias en la capacidad económica del cliente⁶¹⁸;

- (2) Negativa al derecho del cliente de aportar a la entidad de crédito una póliza de seguro de una aseguradora distinta y no favorita de aquélla con un nivel de cobertura equivalente, cuando se exija a éste la suscripción del seguro para la concesión de la operación o servicio financiero;
- (3) Falta de información precontractual sobre el coste real del seguro en relación a las bonificaciones concedidas en los tipos de interés del producto financiero;
- (4) Negativa al derecho del consumidor de aportar, una vez formalizado el contrato bancario, otra póliza de una aseguradora distinta a la designada con similar nivel de garantía, so pena de perder las bonificaciones concedidas inicialmente o resolver el contrato bancario;
- (5) La imposición contractual, en contra de la voluntad del consumidor, de aceptar el seguro en su modalidad de prima única (PUF), y en el caso de aceptar pólizas de la competencia, de imponer que su prima única se financie a través del préstamo⁶¹⁹;
- (6) Otras condiciones abusivas y falta de información por parte de las entidades de crédito que tengan por objeto erigir barreras de entrada tanto a las entidades aseguradoras como al resto de los operadores del seguro ajenos al canal bancario que pretenden operar en el negocio de banca-seguros.

⁶¹⁸ Como manifiesta GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., “La compraventa con préstamo hipotecario. Normativa sectorial para la protección del consumidor”, en LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir.), *La protección del consumidor de inmuebles*, Madrid, Editorial Dykinson, 2013, pg. 471, la aprobación del préstamo ha de fundamentarse en la capacidad estimada del cliente para hacer frente a las correspondientes cuotas respecto al principal prestado y a los intereses, que se valoran en un posible escenario de subida de tipos, sin destacar el valor de garantía hipotecaria ya que éste es un valor secundario y no principal, El autor remarca que lo mismo debe aplicarse a la suscripción de seguros de amortización del préstamo, dado que éste no puede ser sustitutivo de la capacidad personal de reembolso del prestatario.

⁶¹⁹ En este sentido, el art. 22.1 LCS dispone que «la duración del contrato será determinada en la póliza, la cual no podrá fijar un plazo superior a diez años [...]».

Estas prácticas entre entidad de crédito y aseguradoras separadas podrían falsear el juego de la competencia al constituir barreras de entrada frente al resto de competidores en ámbitos de actuación distintos al canal bancario. En este sentido, la conducta podría tener una posible repercusión sancionadora desde los apartados a), c), d) y e) del art. 1.1 LDC, cuando no constare que los consumidores y usuarios se beneficien económicamente del sistema de vinculación empleado por la entidad de crédito⁶²⁰.

No obstante, hay que tener en cuenta las peculiaridades del modelo de negocio (acuerdos de banca-seguros) entre entidades financieras y aseguradoras, particularmente, la formalización tanto (1) del contrato de agencia referido en el art. 25.1 párr. 1º LMSRP para la distribución de seguros por el OBS, como (2) del contrato de prestación de servicios por el que la entidad de crédito cede su red de distribución al OBS cuando la actividad de mediación se realice por una sociedad mercantil controlada o participada por la entidad de crédito.

En cuanto al contrato de agencia, resulta un elemento imprescindible para la distribución de seguros privados y cuya existencia remite directamente el art. 25.1 LMSRP. De acuerdo a las Directrices de Verticales, «el acuerdo se calificará como acuerdo de agencia (diferenciación entre contratos de agencia genuinos y no genuinos)⁶²¹ si el agente no asume riesgo alguno o el riesgo asumido es

⁶²⁰ Al respecto el borrador del Anteproyecto de la Ley de distribución de seguros y reaseguros privados, que pretende la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la DDS conllevará grandes cambios en el régimen de distribución de seguros. De acuerdo al punto 1º de su Preámbulo: «[...] se consideran distribuidores de seguros y reaseguros no sólo a los mediadores de seguros y reaseguros, sino también a las entidades aseguradoras y reaseguradoras, así como a otros participantes en el mercado que distribuyan productos de seguros con carácter auxiliar, como pueden ser las agencias de viajes o las empresas de alquiler de automóviles, y que tendrán la consideración de mediadores de seguros complementarios a menos que reúnan las condiciones para ser objeto de exención. Asimismo, el concepto de distribución de seguros incluye la actividad desarrollada a través de los denominados ‘comparadores de seguros’. De esta forma, se amplía el ámbito de aplicación que establecía la Directiva 2002/92/CE». En cuanto a las ventas cruzadas, se definen como una «modalidad de venta en la que se ofrece un seguro conjuntamente con otros productos o servicios, como producto principal o como producto accesorio», y su art. 58.1 señala que: «cuando un contrato de seguro se ofrezca conjuntamente con servicios o productos auxiliares distintos de los seguros como parte del mismo paquete o acuerdo, el distribuidor de seguros informará al cliente de si los distintos componentes pueden adquirirse separadamente, y, en tal caso, ofrecerá una descripción adecuada de los diferentes componentes del acuerdo y facilitará por separado justificantes de los costes y gastos de cada componente»; sin embargo, su apartado 2 advierte que dichas limitaciones no serán aplicables a los créditos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencia, ya que, entendemos, en dicha disposición (DCCC) viene recogida la regulación específica sobre ventas vinculadas. Para más información, consúltese DÍAZ LLAVONA, C., “Borrador de la futura ley de distribución de seguros: más allá de la mera transposición de la directiva. Algunas valoraciones jurídicas iniciales”, *Diario La Ley*, nº. 8951, 2017.

⁶²¹ De acuerdo a JULIÁ INSENSER, J.P. y MUÑOZ RUIZ, I., “Limitaciones a la aplicación del Derecho de la Unión Europea en el procedimiento: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo

insignificante, con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal, con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad, o con otras actividades para las que haya sido designado como tal por el principal en el mismo mercado de producto» (apdo. 15), quedando al margen de dicha definición los riesgos relativos a la prestación de servicios de agencia en general (v.gr. el riesgo de que los ingresos del agente o de sus inversiones generales en locales o personal dependan del éxito del ejercicio de la función de agente).

El apartado 16 de las Directrices de Verticales recoge una relación no exhaustiva de distintas situaciones que definen un acuerdo como un acuerdo de agencia genuino a los efectos del art. 101 TFUE⁶²². Así, puede entenderse que el agente es más bien un empresario independiente que asume un significativo riesgo financiero o comercial cuando. En el caso de los OBS, la entidad de crédito asume un importante coste económico en caso de incumplimiento del contrato de seguro suscrito por el cliente (riesgo específico del contrato), cuya póliza garantiza el abono del capital prestado⁶²³; así como la realización de inversiones, exigidas por el art. 25.2 LMSRP (formación de personal, software de gestión de pólizas...), conforme expone el apartado 16 f) de las citadas Directrices⁶²⁴.

(Sala 1ª) de 28 de septiembre de 2010 (nº. de recurso 1226/2006)”, *Anuario Contencioso para Abogados 2011*, 2011, «en este sentido, las directrices de la Comisión Europea han servido de guía, tanto la antigua Comunicación de la Comisión Europea sobre Agentes Comerciales, como la actual Comunicación de la Comisión Europea sobre Directrices Relativas a las Restricciones Verticales (las directrices). Estas directrices distinguen entre lo que denominan acuerdos genuinos de agencia y acuerdos no genuinos de agencia. Aunque dicha nomenclatura se utiliza únicamente para distinguir los contratos de agencia respecto de los cuales resulta aplicable el derecho de competencia, la interpretación de estos términos ha causado y siguen causando cierta confusión».

⁶²² Puede consultarse ZURIMENDI ISLA, A., “Acuerdos verticales y restricciones a la libre competencia”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A., y otros (Dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid. Editorial La Ley, 2010, pgs. 747-780. También, del mismo autor, ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2006. En relación al contrato de agencia, Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., PALAU RAMÍREZ, F. y MONTEAGUDO MONEDERO, M., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Madrid, Editorial Civitas, 2000; así como ELGUERO MERINO, J.M., *El contrato de agencia de seguros*, Madrid, Fundación Mapfre, 2000.

⁶²³ Apdo. 17 de las Directrices de Verticales: «[...] si el agente incurre en riesgos específicos del contrato, ello bastará para considerar que el agente es un distribuidor independiente. Por el contrario, si el agente no incurre en riesgos específicos del contrato, será necesario continuar con el análisis evaluando los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado. Por último, si el agente no incurre en ningún riesgo específico del contrato ni en riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado, deberán tenerse en cuenta los riesgos relacionados con otras actividades exigidas en el mismo mercado de producto».

⁶²⁴ Al respecto, en cuanto a los acuerdos de exclusividad para la distribución de seguros por entidades de crédito separadas de las aseguradoras, BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 87, indica que: «a la Comisión le preocupan más, por incidir en la competencia intermarca, las cláusulas de marca única, incluidas las cláusulas de no competencia

A nuestro juicio, la entidad de crédito, que actúa como agente de seguros, incurre en riesgos específicos en el contrato de agencia, de modo que puede considerarse como un distribuidor independiente. La aplicación del art. 101.1 TFUE (art. 1.1 LDC) en relación a prácticas de vinculación basadas en un acuerdo de distribución entre entidades de crédito y aseguradoras separadas no puede limitarse sobre este punto. Estos acuerdos verticales afianzan fuertes barreras de entrada para el resto de operadores del mercado y pueden conllevar efectos de exclusión, así como a numerosas malas prácticas bancarias asociadas. Cuando la entidad de crédito y la aseguradora, que acuerdan la distribución exclusiva en la red bancaria, ya sea mediante la constitución de *joint-ventures* o de otros modelos de negocio (acuerdos generales de distribución, alianzas estratégicas...), ostentasen elevadas cuotas de mercado no cabe duda de los perjuicios a la competencia y a los consumidores podrían resultar muy significativos.

2. Pactos entre entidades de crédito y aseguradoras del mismo grupo

Desde la liberalización absoluta de la distribución de seguros privados a través de las redes bancarias, en el foro público ha existido un intenso cuestionamiento sobre la legalidad de los acuerdos de banca-seguros entre entidades pertenecientes al grupo bancario⁶²⁵. Particularmente, el problema de vinculación se centró sobre la práctica que era más concurrente en el tráfico mercantil y que no era otra que la subordinación de la operación o servicio financiero a la contratación de un seguro producido por una entidad aseguradora perteneciente a una entidad de crédito.

El principal interrogante del problema giró en torno a si dicho comportamiento reunía los requisitos y elementos necesarios para considerar la existencia de una infracción colusoria prohibida en el art. 101.1 TFUE (art. 1.1

postcontractuales. Este tipo de limitaciones a la conducta d agente pueden vulnerar el art. 101.1 si conducen o contribuyen a un efecto de exclusión de los competidores del principal en el mercado relevante en que se venden o compran los bienes objeto de contrato».

⁶²⁵ En contra de la regulación como obstáculo de la libre competencia, Vid. SCHWARTZ GIRÓN, P., “Los límites de la política antitrust”, *Boletín ICE Económico: Información Comercial Española*, nº. 883, 2015, pg. 106: «Los propios argumentos presentados para no privatizar y liberar del todo la industria del gas y de la electricidad en muchos países, entre otros, España, son los que se elevaron contra la privatización y liberación de otros sectores, como las telecomunicaciones y el transporte aéreo. La electricidad y el gas son “necesarios”, mas también lo eran el teléfono y el avión. Sin embargo, estos dos sectores se han liberado en medida apreciable o casi completa, sin que haya ocurrido la catástrofe de suministro que se temía».

LDC). A pesar de que esta cuestión ya se puso de manifiesto ante la autoridad nacional de competencia atendiendo a distintos expedientes (desde 2001 hasta 2011), no ha quedado totalmente zanjada y requiere, considerando su relevancia concurrencial en el mercado de productos financieros y de seguros, de un análisis jurídico desde el Derecho de la Competencia. Enumeraremos y definiremos los elementos *antitrust* que configuran la práctica de vincular, con carácter obligatorio a través de supuestos actos de coerción al consumidor, un servicio u operación financiera a la suscripción de un contrato de seguro con una aseguradora propiedad de la entidad de crédito.

No cabe duda de que la realización de la práctica entre entidades de crédito y sus filiales aseguradoras ha supuesto, para el resto de operadores del sector de los seguros (principalmente a mediadores y agentes de seguros no vinculados a las redes bancarias), un ataque directo a la libertad de empresa y al acceso a una buena parte de un mercado, el asegurador, que siempre se ha caracterizado por su dinamismo y crecimiento exponencial⁶²⁶.

Sin embargo, no sería lógico cuestionar a las entidades de crédito en el ámbito asegurador por intervenir en dicho ámbito supuestamente en fraude de ley, cuando, por otro lado, es notorio y reconocido el desarrollo e impulso que tradicionalmente ha generado el sector bancario sobre la actividad aseguradora en nuestro país. La problemática, estrictamente comercial o de distribución, por tanto, enfrenta la defensa y la legalidad de la actuación de las entidades de crédito con un posible fraude concurrencial masivo emanado directamente de las llamadas «malas prácticas bancarias», especialmente en relación a políticas o estrategias de distribución de seguros privados que supuestamente se han llevado a cabo desde hace décadas de forma anticompetitiva⁶²⁷.

⁶²⁶ Conforme a EMBID HERRANZ, I., *Canales de distribución...*, op. cit., pgs. 63 y 64: «La actividad de bancaseguros en el mercado español ha seguido una línea incremental en el crecimiento de cuota relativa correspondiente al canal, paralela a su propio crecimiento en desarrollo de líneas de producto, primero centradas en productos de vida riesgo asociados a la protección de préstamos, productos de ahorro a futuro y desarrollo/venta de seguros patrimoniales llegando en muchos casos a un desarrollo completo de la gama de productos, de manera idéntica a una aseguradora tradicional. Para el resto de canales ha supuesto una competencia en muchos casos insalvable (por su nivel de cercanía y prescripción mucho más potente al cliente final), pero también ha provocado una fuerte revitalización del sector, del que se han visto beneficiadas también las compañías tradicionales. Un hecho muy significativo en la observación del análisis histórico del desarrollo de la bancaseguros, es la posición de los bancos españoles en cuanto a las participaciones en compañías de seguros».

⁶²⁷ En este sentido, desde la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (art. 8), y del hoy derogado Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (art. 30), obliga a que los bienes objeto de hipoteca cuenten con un seguro contra daños. No obstante,

Desde las reglas y principios del Derecho de la Competencia, atenderemos a diversos factores que engloban la legalidad o ilegalidad de la práctica, como puede ser la responsabilidad de las filiales aseguradoras en la vinculación de sus seguros con los servicios u operaciones prestados por sus matrices, o la existencia de una práctica concertada o conscientemente paralela entre entidades de crédito para la vinculación de productos a través de sus filiales⁶²⁸. Al respecto, examinaremos no sólo las posibles restricciones en la competencia (por objeto o por efecto)⁶²⁹ producidas por estos acuerdos sino, en última instancia, si las ventajas de dichos acuerdos superan o compensan estas restricciones (balance de los efectos).

Como se ha puesto de manifiesto, el art. 101.1 TFUE prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio intracomunitario, resultando incompatibles, todas ellas, con el desarrollo y mantenimiento del mercado interior. Por el legislador comunitario se exige, no sólo la presencia o intervención en los acuerdos de dos o más partes, sino, consecuentemente, que dichas empresas estén separadas unas de otras y mantengan independencia o autonomía de decisión.

Se requiere, pues, la existencia de una convergencia de comportamientos plurales como condición para que una conducta pueda calificarse contraria a la prohibición del art. 1.1 LDC (art. 101.1 TFUE), lo que no sucede, evidentemente, cuando las decisiones parten de la voluntad y de las conductas unilaterales de un único agente económico. Por este motivo, la jurisprudencia de la autoridad nacional de competencia ha mantenido, de forma unánime, que, exclusivamente, el art. 1.1

la legislación nada refiere sobre la obligación de contar igualmente con otros seguros: seguros de protección de pagos, de amortización de crédito, de vida...

⁶²⁸ Por ejemplo, seguros de amortización asociados a préstamos hipotecarios

⁶²⁹ Conforme a BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 234: «la calificación de una práctica restrictiva como de restricción por objeto o especialmente grave (*hardcore restriction*) provoca una inversión de la carga de la prueba, pero en ningún caso debería permitir a la Comisión hacer caso omiso a las argumentaciones de las partes sobre la ausencia de aptitud de la conducta para restringir la competencia con la finalidad de excluirla del ámbito de la prohibición del art. 101.1 del Tratado o para justificar el beneficio de la exención del apartado 3 del art. 101 del Tratado. [...] O dicho de otro modo, aunque no cabe desconocer que, por la propia naturaleza de este tipo de restricciones, es difícil que se puedan beneficiar de una exención al amparo del art. 101.3 del Tratado, ello no justificaría la creación de una presunción de ilegalidad que, como decimos, no es coherente con el enfoque económico que debe inspirar la aplicación del Derecho de defensa de la competencia comunitaria a las restricciones verticales».

LDC es aplicable frente a los acuerdos bilaterales o multilaterales, y no, en atención a estos requisitos, a las decisiones tomadas por un único sujeto⁶³⁰.

Debemos aquí detenernos para resolver la usual confusión entre empresa y grupo empresarial. De acuerdo a la jurisprudencia comunitaria, en primer lugar, el término empresa, conforme al art. 23.2 del Reglamento nº. 1/2003, debe interpretarse en un sentido más amplio, esto es, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.

Cuando una entidad económica infringe las normas de competencia (en este caso, una unidad económica constituida por varias personas físicas o jurídicas) es aplicable el principio de responsabilidad personal para responder de la infracción, y cuando se atribuye esta responsabilidad a una matriz se entiende que esta entidad económica también debe participar de aquélla. Por lo que, a efectos de imposición de la correspondiente sanción, el concepto de empresa está constituido conjuntamente por la matriz y la filial⁶³¹.

En nuestra legislación nacional de competencia a la hora de aplicar el régimen sancionador sobre sociedades matrices y filiales de éstas, el art. 64.2 LDC, sobre esta cuestión, dispone que «[...] la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas». Esta disposición no es más que un reflejo de la doctrina comunitaria, por cuanto permite imputar la responsabilidad a la matriz aun cuando aquélla no haya intervenido o participado directamente en el acuerdo⁶³².

La conducta de la filial sí podría imputarse a la matriz cuando, aunque ésta tenga personalidad jurídica propia (sociedad separada de la matriz), no se acredite que determine su conducta de forma autónoma en el mercado. Cuando una empresa matriz participe en el 100% del capital o en la inmensa mayoría del mismo de otra empresa que haya infringido las normas de competencia podría aplicársele, a dicha

⁶³⁰ Resolución del TDC de 2 de octubre de 2006 (Expte. 596/05, *Fabricación Máquina Herramienta*), FJ 4º.

⁶³¹ Conclusiones nº. C-58/12 P del TJUE de 30 de mayo de 2013, apdo. 53.

⁶³² En relación al estudio de las restricciones verticales, puede consultarse BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución comercial, restricciones verticales de la competencia y regla de razón: delimitación conceptual y tratamiento en el Derecho comunitario europeo*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Manuel Ángel López Sánchez, Universidad de Zaragoza, 1999. Disponible en WEB (06/11/2017): <https://zagan.unizar.es/record/19>

matriz, una presunción *iuris tantum* por la que, considerando que ejerce una influencia decisiva sobre la filial, resultaría responsable solidaria de la conducta por cuanto se sancionaría a la denominada «unidad económica», correspondiendo la carga de la prueba a la citada matriz si pretendiere desvirtuar dicha presunción⁶³³.

Ahondando más sobre la conexión de la noción de grupo empresarial como unidad económica, la jurisprudencia señala que el Derecho comunitario tiene como objeto las actividades de las empresas, y reconoce, en última instancia, que diferentes sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial constituyen una única entidad económica, y, en consecuencia, una única empresa⁶³⁴. Por esta razón, a la hora de imponer sanciones, se tendrá en consideración la dimensión y los recursos de la unidad económica para determinar si procede, en su caso, la aplicación de un coeficiente multiplicador con fines disuasorios⁶³⁵.

De esta manera, requiriéndose la existencia de un elemento de bilateralidad o multilateralidad entre partes en el acuerdo, decisión o práctica concertada objeto de examen, un grupo empresarial es una sola empresa a efectos del art. 101.1 TFUE, quedando fuera de este tipo infractor los acuerdos emanados entre las empresas

⁶³³ Resolución de la CNC de 24 de junio de 2011 (Expte. S/0185/09, *Bombas de fluidos*), FJ 7º. En este sentido, en las Conclusiones nº- C-501/11 del TJUE de 10 de abril de 2013, apdos. 93 y ss., se manifiesta el error típico de imputar a las sociedades matrices cuando existe algún tipo de culpabilidad organizativa, esto es, desde el propio incumplimiento del deber de diligencia que recae sobre la matriz. Sin embargo, esta imputación es errónea dado que el elemento de responsabilidad de la matriz deviene del hecho de que la primera en el momento de cometerse la infracción ejercía una influencia decisiva en la política comercial de su filial. Por este motivo, acreditar un plan de actuación sobre las filiales que posicione en contra de las infracciones no puede acreditar la ausencia de una influencia decisiva de la matriz.

⁶³⁴ El concepto de *empresa* ha sido abordado en numerosas ocasiones por el Tribunal de Justicia. De este modo, interesantes nos parecen las Conclusiones del Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 29 de noviembre de 2012 (As. C-440/1 P, *Stichting Administratiekantoor Portielje y Gosselin Group NV*), consid. 87, participando que resulta pacífico en el marco del Derecho de la Competencia, que el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Asimismo, pone de manifiesto que dicha unidad económica puede estar constituida por varias personas físicas o jurídicas. En estos casos, existe responsabilidad solidaria entre matriz y la filial cuando la filial carece a autonomía suficiente frente a la matriz, actuando ambas como titulares comunes de una misma empresa en aplicación del Derecho de la Competencia. Véanse igualmente sobre el concepto de empresa las Sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005 (As. C-189/02, *Dansk Rørindustri y otros c. Comisión*), consid. 112; de 10 de enero de 2006 (As. C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze y otros*), consid. 107; de 23 de abril de 1991 (As. C-41/90, *Höfner y Elser*), apdo. 21; y de 11 de julio de 2006 (As. C-205/03, *Fenin c. Comisión*), consid. 25.

⁶³⁵ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 8 de marzo de 2011 (Expte. T-37/05, *World Wide Tobacco España, S.A c. Comisión*), consid. 99.

integradas en tal grupo, situación societaria exoneradora de la prohibición que ha sido denominada doctrinalmente como «privilegio del grupo»⁶³⁶.

Esta presunción de inaplicación del art. 101.1 TFUE (art. 1.1 LDC) a los acuerdos adoptados entre empresas del mismo grupo debe ser convenientemente matizada con los elementos indicados anteriormente. En este sentido, si no concurren estas condiciones podríamos estar hablando de acuerdos colusorios entre empresas que, a pesar de pertenecer a un mismo grupo (matriz y filial), disfrutan ambas de una autonomía real de comportamiento. De nuevo, la jurisprudencia comunitaria aporta más datos sobre la existencia del elemento de bilateralidad entre las empresas, señalando que el comportamiento de una filial podrá imputarse a la matriz cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de forma autónoma su conducta sino que aplica en el mercado las instrucciones de la matriz, debiéndose tener en cuenta, particularmente, los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a ambas entidades⁶³⁷.

Solo después de aseverar la existencia de estos elementos sobre el caso concreto, podría responsabilizarse y sancionarse solidariamente a la matriz de las conductas cometidas por sus filiales, o, por otro lado, declarar la no aplicación del art. 101.1 TFUE (art. 1.1 LDC) sobre acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas entre entidades jurídicas pertenecientes a un mismo grupo empresarial por constituir ambas una misma unidad económica. Este criterio se establece tanto a partir de la existencia de vínculos económicos, legales o comerciales con las filiales aseguradoras, como desde una misma unidad de comportamiento entre matriz y filial en las relaciones internas y externas de dichas entidades.

Como expondremos a través del desarrollo de los contratos indispensables para la distribución de seguros en redes bancarias (contrato de agencia y contrato de prestación de servicios), no se cumplen los citados elementos de bilateralidad requeridos jurisprudencialmente para la aplicación del art. 1.1 LDC (art. 101.1 TFUE) en relación a acuerdos emanados entre empresas del mismo grupo empresarial. Esto no quiere decir que, en todo caso, estas conductas entre empresas de grupo sean lícitas, sino que podrían ser sancionadas: (1) desde el marco de

⁶³⁶ SAP de Madrid, (Sección 28ª) de 13 de octubre de 2008 (nº. de recurso 250/2008), FJ 8º.

⁶³⁷ Sentencias del TJ de 29 de septiembre de 2011 (As. C-521/09 P, *Elf Aquitaine S.A. c. Comisión*), apdo. 54; de 10 de septiembre de 2009 (As. C-97/08 P, *Azko Nobel*) consid. 58; y de 20 de enero de 2011 (As. C-90/09 P, *General Química*), consid. 37.

aplicación de la LGDCU y normativa análoga; (2) desde el art. 2.1 LDC (art. 102 TFUE) relativo a la explotación abusiva de posición dominante; (3) desde el art. 3 LDC en relación a un posible falseamiento de la libre competencia en virtud de actos de competencia desleal que afecten al interés público⁶³⁸; y (4) cuando partan de conductas de escasa importancia en el sentido previsto por los arts. 5 LDC y 1 RDC, en aplicación misma de la LCD.

3. Acuerdos formales para la distribución de seguros privados entre entidades del mismo grupo

Si bien los acuerdos o contratos formales que desarrollaremos a continuación también deben suscribirse entre entidades de crédito y entidades aseguradoras separadas de aquéllas, resulta interesante, sobre el objeto del presente trabajo, profundizar si la celebración de aquéllos confirma por sí misma la no aplicación del art. 1.1 LDC (art. 101.1 TFUE) por constituir, entidad de crédito y aseguradora

⁶³⁸ De acuerdo a la exposición de motivos de la LCD, la ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal, por lo que deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. Esta afirmación fue oportunamente matizada por la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP de Barcelona de 9 de febrero de 2005, FJ 4º y 5º)⁶³⁸, dado que tal modo de razonar dejaría sin protección debida a situaciones (con frecuencia las más cotidianamente litigiosas en el ámbito de las Ley de Competencia Desleal) en la que convergen los intereses de operadores del mercado. Vid. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1994, pg. 68, que refiere: «Un acto desleal no afecta normalmente al mercado de manera sensible, tal y como se entiende en la normativa anti-trust pero, aunque resulte infrecuente, podría resultar que sí lo afectara. Piénsese, a modo de ejemplo, en una campaña engañosa que dejara a los competidores al borde su eliminación. En tal caso, esa conducta resultaría por un lado desleal –por el medio utilizado– y anticompetencia, independientemente de su carácter desleal. Pero estos supuestos –infrecuentes– de duplicidad no exigen la unificación de ambas disciplinas». ⁶³⁸ Al respecto, señala el Tribunal, debe remarcarse que una hipotética remisión material a la LDC, cuyo ámbito ya aparece deslindado en su Exposición de Motivos como aquel más orientado a garantizar la competencia de acuerdo con las exigencias de la economía frente a todo ataque contrario al interés público, no implica que, entre ambas normas, se produzca un concurso material de acciones ya que ni los actos ilícitos, ni sus respectivos presupuestos, ni las sanciones previstas son las mismas que tampoco resultan incompatibles entre sí. En este sentido, de acuerdo al art. 2.1 LCD, en relación al ámbito objetivo de la norma, el legislador dispone que los comportamientos previstos en la meritada norma tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado (actividades empresarias, profesionales, artísticas, intelectuales o científicas) y con fines concurrenciales (que ponga de manifiesto la influencia de una conducta determinada en la estructura del mercado o en la posición competitiva de los operadores del mismo). Además, hay que tener en cuenta que la aplicación de la ley estará sujeta a los requisitos relativos a la legitimación activa (art. 33) y pasiva (art. 34) de los litigantes que establece la LCD, además de los requisitos recogidos en el art. 2, y los subjetivos del art. 3 («La Ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado»).

controlada, una misma unidad económica. Hasta el momento, la autoridad nacional de competencia no ha ahondado en las características y exigencias legales transmitidas en la LMSRP y que pueden ser objeto de relación con las normas de competencia.

Como indicamos, los principales acuerdos que han de suscribirse entre una entidad de crédito (OBS por sí misma o mediante una sociedad controlada o participada) y su filial aseguradora son: (1) el *contrato de agencia de seguros* entre el OBS y la filial aseguradora previsto en el art. 25.1 párr. 1º LMSRP; y (2) el *contrato de prestación de servicios* entre la entidad de crédito o grupo de entidades de crédito y la sociedad mercantil controlada o participada por ésta (no se podrá celebrar el contrato cuando la entidad de crédito opere por sí misma como OBS) de acuerdo a lo dispuesto en el art. 25.1 párr. 2º LMSRP.

Por otro lado, al margen de estos dos contratos, cuyo contenido esencial está determinado en la LMSRP y, de forma supletoria para el caso de los contratos de agencia en la LCA, podrían destacarse otros acuerdos y pactos entre entidades de crédito y aseguradoras que podrían resultar constitutivos de posibles infracciones *antitrust*⁶³⁹.

A) Contrato de agencia con la filial aseguradora de la entidad de crédito

En cuanto al propósito y contenido del contrato de agencia, el art. 10.1 párr. 1º LMSRP establece que, en virtud de su suscripción, las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito o las sociedades mercantiles controladas o participadas por estas adquieren la condición de agente de seguros de la aseguradora

⁶³⁹ En relación al alcance de la nulidad de los contratos suscritos en aplicación del Derecho de la Competencia, SÁNCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 1, 2009, pg. 11: «[...] la jurisprudencia ha rechazado esta ineficacia parcial del negocio, y la ha extendido a su totalidad, en casos en que, como el que resuelve la STS, 1ª, 3.10.2007, las cláusulas contractuales viciadas de nulidad, por contravención del derecho comunitario, no eran de carácter accesorio en relación con el conjunto del contrato, sino que su trascendencia resultaba evidente. En ese sentido se afirma que “las cláusulas incompatibles con el Derecho comunitario no pueden considerarse separables (STS, 1ª, 2.6.2000, caso Disa), ni sería tampoco posible obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas, cuando en el contrato se considera como causa de extinción el incumplimiento, por alguna de las partes, de las obligaciones asumidas, facultando a una de las partes, como alternativa a la resolución parcial, a instar la resolución de la totalidad del contrato incluso en el supuesto de que el incumplimiento afectara a uno solo de los objetos comprendidos en el mismo (...). La supresión de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato” (STS, 1ª, 3.10.2007)».

con la que se celebre el citado contrato. Sin embargo, de conformidad con el art. 10.3 de dicho cuerpo legal, este contenido quedará abierto al que voluntariamente pacten las partes, rigiéndose, con carácter supletorio, por la LCA⁶⁴⁰.

Al respecto, el art. 1 LCA dispone que «el agente se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones». Por otro lado, sus arts. 9 y 10 establecen la obligación del agente y del empresario (filial o entidad aseguradora separada) a actuar lealmente y de buena fe.

De acuerdo al art. 2.1 LCA, el legislador exige la independencia del agente frente a la actuación discrecional del empresario. Al respecto, se prohíbe que el agente se encuentre vinculado por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan, precepto que aparece en contradicción para el caso de filiales aseguradoras⁶⁴¹. Esta dependencia, señala el legislador, se presumirá cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios.

Con la liberalización de las redes bancarias, el legislador permitió que entidades de crédito o las sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas pudieran constituirse como agentes de seguros, previa inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, sin que, explícitamente, en el art. 5 LMSRP (y con anterioridad el art. 8 LMSP) se prohibiera la mediación de seguros producidos por entidades aseguradoras propias. Esta nueva norma provocó un cambio importante

⁶⁴⁰ Puede consultarse, al respecto de los contratos de agencia, VICIANO PASTOR, J. y MARTÍ MIRAVALLS, J., “Derecho "antitrust" y contrato de agencia los riesgos significativos e insignificantes del agente en las redes distribución de carburante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º. 280, 2011, pgs. 237-255.

⁶⁴¹ La principal diferencia entre un contrato de agencia y de distribución exclusiva es que el distribuidor asume el riesgo de la operación comercial [Resolución de la CNMC de 5 de marzo de 2015 (Expte. S/0489/13, *Concesionarios Opel*)]. En este sentido, de acuerdo a ALONSO SOTO, R., “Distribución comercial y Derecho de la Competencia”, *Distribución y consumo*, n.º. 12, 1993, pg. 6, únicamente quedarían al margen de la prohibición los contratos de agencias ya que el agente al ser un mero intermediario actúa siempre por cuenta ajena sin asumir éste el riesgo de las operaciones en las que interviene, por lo que no puede entenderse de acuerdo entre partes. Asimismo, el autor cita las Resoluciones de 30 de marzo de 1974 (*Rochas*), de 25 de junio de 1990 (*Fina Ibérica*), y de 14 de marzo de 1990 (*Lubricantes*).

en el acceso al mercado de la mediación de las entidades de crédito, dado que simplificó el sistema anterior consistente en la creación complejas estructuras de mediación para distribuir seguros, para posibilitar, directamente, a la entidad de crédito convertirse en agente de seguros. Sin embargo, este acceso al mercado asegurador, como agente de seguros, se realizó sin medias tintas, esto es, fundamentalmente sin prohibir o limitar que la entidad de crédito pudiera suscribir un contrato de agencia con una aseguradora perteneciente al grupo bancario, lo que legaliza, por omisión del legislador, dichos contratos entre entidades.

Entendiendo que la labor del agente de seguros no es otra que la extender el negocio del empresario, promoviendo y concluyendo actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, entre ambos, agente y empresario, no concurre, en aplicación de este régimen, la existencia de voluntades independientes.

De acuerdo a las Directrices de Verticales, los contratos de agencia (denominados en el texto como «acuerdos de agencia») quedan al margen de las restricciones del art. 101.1 TFUE, dado que es el empresario quien soporta los riesgos comerciales y financieros relacionados con la venta y compra de los bienes y servicios objeto del contrato. Se indica en las Directrices que, puesto que el principal soporta los riesgos comerciales y financieros relacionados con la venta y la compra de los bienes y servicios objeto del contrato, todas las obligaciones impuestas al agente en relación con los contratos concluidos o negociados en nombre del principal no se incluyen en el ámbito del artículo 101.1 TFUE⁶⁴².

Sin embargo, el texto abre la aplicación del art. 101.1 TFUE por conductas colusorias a las siguientes situaciones contractuales: (1) cuando, aún el principal asuma todos los riesgos financieros y comerciales, el acuerdo facilita la colusión⁶⁴³; o (2) cuando el agente incurra en uno o más riesgos pertinentes, por lo que no se considerará acuerdo de agencia y podría ser tratado como una empresa independiente sujeto al art. 101.1 TFUE⁶⁴⁴. Como observamos, los acuerdos entre entidades de crédito y aseguradoras separadas pueden quedar sujetas a la aplicación del art. 101.1 TFUE en ambos supuestos.

⁶⁴² Párr. 18 (apartado 2.2 relativo a la aplicación del art. 101.1 a los acuerdos de agencia).

⁶⁴³ V. gr. cuando una serie de empresa utilizan los mismos agentes al tiempo que impiden a otras empresas utilizar a estos agentes, si los utilizan para coludir en la estrategia de mercadotecnia, o para intercambiar información de mercado sensible entre las empresas (párr. 20)

⁶⁴⁴ Párr. 21.

En este sentido, de acuerdo a la Resolución del TDC de 25 de junio de 1990 (Expte. 9/1990), para que concurra una infracción colusoria es preciso que, ante todo, exista un concurso de voluntades de personas distintas con libertad económica para decidir⁶⁴⁵. De acuerdo a la doctrina española y la jurisprudencia comunitaria, tanto los agentes comerciales como los mediadores o comisionistas carecen de dicha libertad dado que su actividad es complementaria a la del empresario.

Por este motivo, se considerarán colaboradores autónomos del empresario, en virtud de esta situación, exclusivamente cuando los agentes se hicieran cargo directamente de los riesgos financieros inherentes a las operaciones en que participan, de modo que podrían ser considerados como parte contratante e independiente, susceptibles, por ello, de alcanzar auténticos acuerdos con los empresarios a los que representan⁶⁴⁶. Asimismo, la jurisprudencia entiende que no podrá considerarse pacto o acuerdo el que tenga su origen entre empresas de un mismo grupo empresarial, por cuanto no existe el elemento de independencia entre aquéllas⁶⁴⁷.

En el presente caso, todas las partes intervinientes en la fase de mediación de seguros (entidad de crédito, filial aseguradora y OBS) pertenecen a una misma unidad de decisión. En primer lugar, porque es la entidad de crédito la que instrumentaliza su red de distribución para la comercialización de seguros; en segundo lugar, el OBS, ya sea entidad crediticia o sociedad mercantil de ésta, actúa en su condición de agente de seguros bajo las órdenes exclusivas de la entidad de crédito, que es su propietaria; y por último, una filial aseguradora, perteneciente a la entidad de crédito y que produce los seguros para la distribución en sus redes, no actúa de forma separada, organizativa o económicamente, respecto a la propia entidad de crédito.

Como consecuencia de esta falta de separabilidad en las decisiones tanto de la entidad de crédito como de la aseguradora, no concurre ni la mínima asunción de

⁶⁴⁵ En el mismo sentido, entre otras, Resolución del TDC de 8 de junio de 1999 (Expte. r 354/99, *Videoclub*), FJ. 4º; de 21 de febrero de 2002 (Expte. r 494/01, *Novotec*), FJ. 3º; de 30 de junio de 2003 (Expte. r 545/02, *Antena 3*), AH 3º. Así como la Resolución de la CNMC de 3 de noviembre de 2008 (Expte. R 739/08, *Distribuciones Renault 2*), FJ 3º.

⁶⁴⁶ Vid. Resoluciones del TDC de 30 de mayo de 1974, de 24 de noviembre de 1988, de 25 de junio de 1990 (Expte. 9/1990), de 17 de mayo de 1993 (Expte. 43/93, *Renta 4*).

⁶⁴⁷ Vid. Resoluciones del TDC de 26 de octubre de 1989, de 19 de noviembre de 1990, de 8 de julio de 1992 y de 22 de mayo de 1997; Sentencia del TJCE de 31 de octubre de 1974 (As. 15/74, *Centrafarm*), Sentencia del TPI de 10 de marzo de 1992 (As. acumulados T68/89, T-77/89, T-78/89, *Vetro Spa*). Resoluciones recogidas en AA.VV., *Código de Derecho de la Competencia*, Madrid, CREUS CARRERAS, A. (Dir.), Editorial Wolters Kluwer, 2006, pg. 8.

riesgos del agente (OBS o entidad de crédito) como elemento necesario para la existencia de una actuación independiente del empresario (filial aseguradora), resultando lo contrario absolutamente inviable y difícilmente demostrar, a pesar de que ambas entidades del mismo grupo, así como el propio agente de seguros, actúan bajo la aplicación de una separación legal de actividades (LOSSEAR, LOSSEC, LOSSP y LMSRP).

En consecuencia, sobre este sistema aparece una auténtica integración en la propia organización bancaria comandada por la entidad de crédito. A partir de esta fundamentación, podríamos afirmar con carácter definitivo que: (1) no existe entre ambas entidades una competencia susceptible de aplicación de las normas de competencia, salvo lo dispuesto para el control de concentraciones; (2) no existe autonomía de la filial aseguradora en relación a la entidad de crédito en el ámbito económico ni organizativo; y (3) no podríamos encontrarnos ante verdaderos acuerdos para el Derecho *Antitrust* atendiendo a la inexistencia real de diversidad de partes⁶⁴⁸.

En este orden de cosas, el agente de seguros (OBS), ya sea la propia entidad de crédito o una sociedad mercantil de aquélla, no selecciona o modifica voluntariamente su política comercial de distribución de seguros, sino que actúa en calidad de agente para cumplir con el requisito de la inscripción como mediador exigido en la norma. Al respecto, la información de vinculación de productos figura públicamente en las ofertas de los productos o servicios financieros ofrecidos por las entidades de crédito. De este modo, son aquéllas las que directamente fijan sus políticas y objetivos comerciales, actuando, de acuerdo a la LMSRP, e imponiendo a los clientes bancarios la suscripción de seguros producidos específicamente para ejecutar sus estrategias de vinculación y rentabilidad del negocio⁶⁴⁹.

No parece, por ello, viable, desde la aplicación del art. 1.1 LDC (art. 101.1 TFUE), sancionar supuestos acuerdos de vinculación entre entidades de crédito y

⁶⁴⁸ Vid. Resolución del TDC de 19 de noviembre de 1990 (Expte. 270/90, *Mazzoni Española, S.A.*, y *Mazzoni S.P.A.*).

⁶⁴⁹ De acuerdo a MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 13, a estos supuestos de acuerdos de banca-seguros entre entidades de crédito y filiales aseguradoras se denominan «grupos financieros», ya sea constituyendo o adquiriendo una filial aseguradora. Mediante la creación de filiales aseguradoras se ejerce una colaboración organizativa tecnológica dado que la aseguradora surge de la organización bancaria. Esta integración implica un mayor control del proceso de producción, una mejora en la calidad, y fundamentalmente, una reducción en los costes externos. Según el autor, este ha sido el modelo (grupos financieros) predominante en nuestro país, ya que las entidades de crédito no se conforman con los rendimientos de la distribución, sino que desean formar parte de la organización y producción del seguro (las aseguradoras se constituyen y quedan integradas en la estructura de la entidad de crédito).

sus filiales aseguradoras establecidos a partir de la suscripción del contrato de agencia requerido por la LMSRP. Sí podría, por otro lado, ser examinado en profundidad este contrato de agencia entre entidad de crédito y filial aseguradora desde una posible constitución de una infracción anticompetitiva a la luz de la aplicación del art. 102 TFUE (art. 2.1 LDC), consistente en la explotación abusiva de la posición dominante de una o varias entidades de crédito, tal y como se analizará en el siguiente capítulo.

B) Contrato de prestación de servicios entre la entidad de crédito y la sociedad mercantil controlada o participada por ésta

El segundo de los acuerdos indispensables para la distribución de seguros a través de las redes bancarias es el contrato de prestación de servicios. De acuerdo al art. 25.1 párr. 2º LMSRP será necesario suscribir este contrato cuando la mediación se realice por medio de una sociedad mercantil controlada o participada por la entidad de crédito, establecimiento financiero de crédito o grupo de entidades de crédito o de establecimientos financieros de crédito (y no así, por tanto, si la entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito se constituyen por sí mismos como OBS).

Sobre su contenido, de acuerdo a lo establecido en la citada disposición, deberá consistir: (1) en la cesión de la red de distribución de cada una de las entidades de crédito o grupo de entidades de crédito al OBS para la distribución de los seguros; y (2) en el compromiso de que las entidades financieras deban formar adecuadamente sobre mediación de seguros al personal que forme parte de su red.

En términos generales, se trata de un contrato que se formaliza con una mercantil que pertenece al titular de la red de distribución, tratándose, por tanto, de un pacto o acuerdo meramente instrumental entre entidades pertenecientes a un mismo grupo de empresas. El contenido del contrato queda circunscrito, por tanto, a la cesión de la red de la entidad, así como a su formación, con la expresa limitación, conforme indica el art. 25.1 párr. 1º LMSRP, de que la entidad de crédito únicamente podrá ceder su red de distribución a un único OBS.

Como vemos, el citado artículo permite igualmente que varias entidades de crédito pertenecientes a un mismo grupo puedan, a través del contrato de prestación de servicios, ceder sus redes de distribución a un mismo OBS (en el mismo sentido

que en el párrafo anterior), que en este caso será una sociedad mercantil, sin resultar necesario que aquéllas se constituyan como OBS⁶⁵⁰.

No concurren, a la luz del contenido y fines del contrato de prestación de servicios, los elementos de bilateralidad y ajenidad entre las partes indispensables para la aplicación del art. 101.1 TFUE, dado que, por el legislador, se exige que la sociedad mercantil (OBS) deba ser controlada o participada por su principal que es titular de la red de distribución.

Esta integración de la sociedad mercantil en la entidad de crédito o grupo de entidades, tiene su lógica justificación, por cuanto los recursos que se emplearán para la mediación de seguros serán los propios de la entidad de crédito, asumiendo esta última, además, la obligación de formar adecuadamente a las personas que integren la red y que participen directamente en la mediación⁶⁵¹.

Bajo la naturaleza y contenido del contrato de prestación de servicios que regula la LMSRP (cesión de red y obligación de la formación adecuada del personal que se encargará de la distribución), atendiendo a dichos motivos tasados, no podría desembocar en una práctica colusoria perseguible.

El contrato de prestación de servicios se ajusta a un carácter meramente contractual, que posibilita que los OBS (entidad de crédito o sociedad mercantil) puedan comercializar los productos aseguradores a través de la red de una entidad financiera. Asimismo, la filial aseguradora que puede producir el seguro que es mediado por el OBS a través del contrato de prestación de servicios, no participa o interviene, en modo alguno, en el funcionamiento organizativo y estructura de la red de la entidad de crédito⁶⁵². En este sentido, menos credibilidad tendría dicha participación, evidentemente, por cuanto quien actúa como agente de seguros también pertenece al mismo grupo empresarial que la filial aseguradora⁶⁵³. Otra

⁶⁵⁰ El contrato de prestación de servicios tiene como objeto la cesión y la gestión de la red de distribución de la entidad de crédito, incluyéndose especialmente el tratamiento de los datos de carácter personal de los asegurados. Puede consultarse el Criterio de la DGSFP (nº. ref. AG-109/2007) titulado: «*Cesión de redes de distribución a los operadores de banca-seguros*».

⁶⁵¹ Sin embargo, debemos aseverar que el OBS estará obligado a comunicar a su clientela que el asesoramiento prestado se realiza con la finalidad de suscribir un seguro, y no cualquier otro producto que pudiera comercializar la entidad de crédito. Al respecto. art. 42.2 b) LMSRP.

⁶⁵² De acuerdo al art. 25.1 párr. 2º LMSRP: «en dicho contrato las entidades de crédito o establecimientos financieros de crédito deberán asumir la obligación de formación adecuada de las personas que forman parte de la red y que participen directamente en la mediación de los seguros para el ejercicio de sus funciones».

⁶⁵³ De acuerdo a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en especial de su Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (As. C-97/08 P, *Azko Nobel*), apdo. 60, en el caso particular de que una sociedad matriz participe el 100% del capital de su filial que ha infringido normas de Derecho de la

cuestión, sería, como hemos señalado en apartados anteriores, que la aseguradora que produce el seguro sea independiente de la entidad de crédito. No obstante, tendría más relevancia para su análisis el examen del contrato de agencia o de los acuerdos de banca-seguros entre entidades separadas que, obviamente, el contrato de prestación de servicios que se suscribe entre la entidad de crédito y una sociedad mercantil que es de su propiedad (falta de autonomía de decisión).

De nuevo, la aplicación del art. 1.1 LDC (101.1 TFUE) se topa con el llamado «privilegio de grupo», desarrollado en el apartado anterior, y que interviene de manera decisiva en la inaplicación de la prohibición a las conductas colusorias cometidas entre empresas del mismo grupo bancario, calificándose dicha actividad como la perteneciente a misma unidad económica, de lo que se desprende que, cualquier contenido supuestamente *antitrust* que pudiera establecerse en el contrato de prestación de servicios, quedaría al margen de sanción como infracción colusoria.

4. Políticas de distribución entre entidades de crédito y filiales aseguradoras

Al margen de los contratos de agencia y de prestación de servicios señalados anteriormente, pueden constituirse conductas contrarias a la competencia a través de prácticas no recogidas en ningún contrato o acuerdo formal, sino en atención a las mismas políticas comerciales (públicas o tácitas de imposición) de distribución de seguros confeccionadas y ejecutadas por entidades de crédito. Nos referimos, por tanto, a decisiones internas que se originan desde la dirección de la propia entidad de crédito y que engloban a distintos operadores y profesionales de su red de distribución (OBS, filial aseguradora, recursos y personal de la entidad de crédito...).

Competencia existe la presunción *iuris tantum* de que la matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial. Además, refiere el Tribunal que el TPI no cometió ningún error de Derecho al considerar que cuando una matriz participa el 100% del capital de su filial, exista una presunción *iuris tantum* de la existencia de dicha influencia decisiva en el comportamiento de la filial. En este caso, es innegable la unidad de comportamiento entre entidad de crédito y su filial aseguradora para la distribución de seguros, así como para la aplicación de políticas o planes de vinculación comunes. Cae, por tanto, cualquier tipo de alegación sobre la aplicación del art. 1.1 LDC a esta cuestión, aunque ambas entidades estén reguladas distintamente por normas de ordenación y ejerzan su actividad en niveles de producción distintos.

A día de hoy, las entidades de crédito obligan al cliente, a través publicidad de acceso público sobre ofertas de contratos de préstamos⁶⁵⁴, especialmente casi todos los productos hipotecarios (hipotecas a tipo fijo, a interés variable, con carencia...), a la suscripción de uno o varios seguros (seguros de vida, de hogar...). Se trataría de una práctica admitida por los profesionales del seguro como generalizada o usual, como tradicional en el ámbito bancario, sin que pueda existir, a nuestro parecer, en base a la información pública emitida por las entidades, cualquier duda al respecto⁶⁵⁵.

Nos encontramos ante la ejecución de decisiones internas para imponer al consumidor la suscripción de seguros previa concesión del producto o servicio financiero. Además, a esta imposición se suma la obligatoriedad de suscribir aquéllos a través de una aseguradora propia, lo que, en principio, para el caso de que el seguro hubiere sido producido por una aseguradora separada, podría considerarse como una conducta colusoria en sus letras d) y e) del art. 1.1 LDC⁶⁵⁶.

Estas prácticas de la vinculación fueron denunciadas contra *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* por AUSBANC, mediante escrito de denuncia de 7 de junio de 2000 ante el extinto Servicio de Defensa de la Competencia, incoándose Expediente R 467/01, *Cajamadrid/Ausbanc*.

⁶⁵⁴ En relación al emplazamiento del producto, Vid. SÁNCHEZ RUIZ, M., “La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto y la propuesta de reforma de la directiva de servicios de comunicación audiovisual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº. 2, 2017, pgs. 506-529.

⁶⁵⁵ En referencia a la vinculación de seguros de grupo se trataría de una práctica común para la mayoría de entidades de crédito. La fundamental alegación de las entidades, explicada tanto por el SDC como por Caja Madrid en el Expte. R467/01, *Cajamadrid/Ausbanc*, FJ 5º, es que su generalidad se fundamenta en la lógica del sistema por el que la póliza de seguro sirve como garantía del préstamo y no responde a concertación alguna. Sin embargo, Caja Madrid refiere que los clientes tienen dicha posibilidad, no que los obligue a formalizarla. En este sentido, en la Resolución *Entidades de crédito* (2009) la Dirección de Investigación manifiesta solo algunas entidades de crédito aplicando un criterio de prudencia pueden recomendar al potencial a hacerlo con una aseguradora perteneciente a su grupo empresarial o participada por ella, sino que se les informan de que esta posibilidad, indicando que en ocasiones si el cliente contrata el seguro con la aseguradora designada puede obtener el préstamo en condiciones más ventajosas. La CNC en el FJ 7º precisa que se trata de una obligación contractual y no legal con la entidad de crédito, por lo que, por un lado, la suscripción es un acto voluntario del cliente, y, por otro, no todas las entidades exigen el seguro para la concesión del préstamo, si bien tienen derecho a ofertarlo cumpliendo los requisitos de información exigidos.

⁶⁵⁶ Art. 1.1 LDC: «[...] d) 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»; «e) 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». En los mismos términos art. 101.1 d) y e) TFUE.

En concreto, por la asociación de usuarios bancarios se denunciaron dos conductas: (1) en base, al art. 1.1 e) LDC, que las entidades bancarias, y particularmente, *Caja Madrid*, subordinaron la concesión de los préstamos hipotecarios a la suscripción de un seguro de vida con una aseguradora perteneciente al mismo grupo empresarial y en la que el beneficiario de dicho seguro es la entidad prestamista; y (2) además, una vez suscrita la póliza con la aseguradora controlada por *Caja Madrid*, la entidad de crédito ejecuta la garantía hipotecaria mediante otras vías distintas a la oportuna reclamación a la entidad aseguradora, como es la reclamación a los avalistas o herederos, lo que, inevitablemente, coloca a las demás entidades aseguradoras en situación de desventaja, infringiéndose, según la asociación, el art. 1.1 d) LDC.

Mediante Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 21 de noviembre de 2000 se archivó la denuncia, interponiendo la asociación contra dicha resolución recurso ante el TDC, concluyéndose la vía administrativa por Resolución de 21 de noviembre de 2001, que desestimó el mismo en virtud de las siguientes razones. En primer lugar, surge la imposibilidad de sancionar por el art. 1.1 LDC conductas realizadas por empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial en relación a la necesidad del elemento de bilateralidad (FJ 2º); en segundo lugar, no existen, de conformidad con la prueba practicada, indicios racionales de conductas prohibidas en los hechos denunciados (FJ 2º) y, en último lugar, únicamente sería posible sancionar dichas conductas desde el ámbito de aplicación del art. 2.1 LDC relativo a la explotación de posición dominante (FJ 3º)⁶⁵⁷.

No obstante, frente a la opinión mayoritaria se formuló Voto particular presentado por los Srs. Castañeda Boniche, Comenge Puig, y Martínez Arévalo, sosteniendo la estimación y, por ello, la incoación del expediente en base los siguientes motivos: (1) No han sido investigadas las relaciones de dependencia o independencia entre la entidad de crédito y su filial; (2) debería haberse investigado la naturaleza de la conducta que por el extinto Servicio se declaró como

⁶⁵⁷ En la parte dispositiva de la meritada Resolución se indica: «De acuerdo con el artículo 53.1.c) procede declarar que no ha resultado acreditado la existencia de prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989 relativas a la vinculación de la concesión de préstamos personales e hipotecarios a la suscripción de un seguro de vida o de amortización con una aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial por parte de las 21 entidades de crédito imputadas. Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación».

generalizada en el ámbito banco-asegurador, dado que podría existir una práctica concertada o una conducta conscientemente paralela entre entidades de crédito; (3) sobre la aplicación del art. 3 LDC por falseamiento de la libre competencia por actos desleales que afecten al interés público, debió investigarse los efectos producidos al crear la práctica toda clase desleales competidores⁶⁵⁸; y (4) la dudosa verosimilitud de los datos proporcionados por la entidad de crédito sobre la necesidad de distinguir entre personas físicas y jurídicas al elaborar las estadísticas de créditos concedidos y entidades aseguradoras conexas.

Estas discrepancias respecto con el voto de la mayoría, fundamentalmente en relación a la generalización y naturaleza legal de la práctica de vinculación con la filial aseguradora, fueron posteriormente objeto de un examen más pormenorizado en la Resolución de la CNC de 29 de mayo de 2009 (Expte. 2789, *Entidades de crédito*).

Sin embargo, apoyando lo manifestado por el TDC en su Resolución de 21 de noviembre de 2001 (Expte. R 467/01, *Cajamadrid/Ausbanc*), no concurriendo el elemento de bilateralidad entre partes, no sería adecuado examinar los acuerdos de vinculación llevados a cabo entre empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial. Más si cabe cuando estos acuerdos se producen a raíz de un sistema comercial diseñado exclusivamente por la entidad de crédito para la distribución de seguros en sus redes de distribución con recursos propios, sin que, al menos,

⁶⁵⁸ Conforme precisa MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 274, «el efecto práctico del artículo 3 de la LDC ciertamente consiste, en realidad, en la extensión de las funciones de los órganos de defensa de la competencia y de los procedimientos y sanciones de la propia LDC a la represión de los actos de competencia desleal que tienen un particular impacto en los intereses públicos relacionados con la defensa de la competencia por “aptos para afectar de manera significativa a la competencia”, o, lo que es lo mismo, por ser aptos para afectar el funcionamiento del mercado de manera significativa”, o determinar “un falseamiento grave de la competencia”. El autor establece que «la razón de ser del establecimiento del falseamiento de la libre competencia por actos desleales como conducta ilícita en la LDC se halla, como se ha apuntado antes, en la sentida necesidad de prevenir y reprimir con los medios institucionales, procesales y sancionadores de esta Ley ciertas prácticas desleales justamente porque y en la medida en que comprometen los intereses públicos de la instauración y mantenimiento de la competencia económica en el mercado, y en especial por la circunstancia de que no sólo se comprometen los intereses privados de los operadores perjudicados por los actos de competencia desleal» (pg. 276). Así, posteriormente, el autor indica que «parece que la diferencia entre el ámbito de aplicación del art. 3 de la LDC y de la legislación contra la competencia desleal no se debe encontrar ni en la circunstancia de que los actos de competencia desleal puedan falsear la libre competencia, ni tampoco en la naturaleza de los intereses públicos perjudicados o amenazados por ese falseamiento; antes bien, esa diferencia debe radicar en la particular clase de efectos anticoncurrenciales en que consiste el falseamiento y en la especial gravedad o trascendencia de la afectación del interés público que de ello resulta».

aparentemente, pueda manifestarse la existencia de cualquier muestra de autonomía de decisión por parte de la filial aseguradora.

La inaplicación del art. 1.1 LDC a acuerdos o prácticas con apariencia colusoria entre empresas de grupo ha sido respaldada de forma unánime por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional así como por la doctrina administrativa de la autoridad nacional de competencia. Esta situación surge de la propia noción de empresa y de la realidad económica y organizativa del grupo, por cuanto es una opción legítima que las empresas se configuran ante el mercado como una única unidad económica, es decir, como una misma organización productiva de la que son cotitulares, a su vez, varias sociedades.

En estos casos, entre las empresas de grupo no existiría una auténtica y plena competencia, por lo que, incluso aquellos acuerdos internos con apariencia colusoria y ajenos a las condiciones normales de competencia, quedarían protegidos por el llamado «*Konzernprivileg*» o «privilegio de grupo»⁶⁵⁹, ya analizado. En definitiva, habría que considerar al grupo de empresas como una única empresa a efectos del art. 1.1 LDC (art. 101.1 TFUE), de modo que quedarían excluidos los acuerdos establecidos entre las empresas que integran tales grupos⁶⁶⁰, concretamente los acuerdos o pactos de vinculación realizados entre una entidad de crédito y su filial aseguradora.

Esta aplicación del concepto de empresa o de unidad económica se pone igualmente de manifiesto en aras de responsabilizar a las sociedades matrices por las prácticas colusorias de sus filiales. En esencia, se establece la responsabilidad solidaria de las infracciones cometidas por una filial cuando ésta carece de

⁶⁵⁹ Sentencia del TS (Sala de lo Social) de 14 de octubre de 2015 (nº. de recurso 30/2014), FJ 8º. Puede consultarse sobre la aplicación de privilegio de grupo GIRGADO PERANDONES, P., *Grupo de empresas y Derecho Antitrust: La aplicación de las normas anticolusorias en las relaciones intragrupo*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007. El autor indica que: «en el ámbito comunitario, el punto de referencia jurisprudencial -importado del Derecho antitrust norteamericano-, por su claridad, lo representa la sentencia del TJCE de 31 de octubre de 1974 en el caso *Centrafarm*, conforme a la cual se reconoce que el reparto de funciones dentro del grupo entre sus miembros implica la ausencia de autonomía decisoria de cada uno de ellos para determinar su actuación en el mercado» (pg. 18). Asimismo, manifiesta que: «en nuestra opinión, la inaplicación del art. 1 LDC debe obedecer a los fines concurrenciales perseguidos por el citado precepto y no a razones delimitadoras de la existencia de un grupo. En este sentido, la inaplicación de la normativa concurrencial se fundamenta en la ausencia de competencia en el seno de un grupo, es decir, la unidad de dirección de éste alcanza tal grado que impide un desenvolvimiento autónomo de las filiales en sede concurrencial» (pg. 20).

⁶⁶⁰ SAP de Madrid, (Sección 28ª) de 6 de febrero de 2009 (nº. de recurso 101/2008), FJ 7º.

autonomía suficiente sobre la matriz, por lo que ambas intervienen como titulares comunes de una misma empresa, y se responsabilizan conjuntamente en sus relaciones con terceros⁶⁶¹.

Sin embargo, la inaplicación del art. 1.1 LDC a las decisiones o acuerdos tomados por una única empresa no conlleva que la práctica sea lícita en todo caso. Al respecto, podría tener su repercusión, en el mismo sentido del Voto particular referido, bajo la prohibición de un posible abuso de posición dominante tipificado en el art. 2 (art. 102 TFUE); en la aplicación de la vigente LGDCU a través de oportunas reclamaciones presentadas por consumidores y usuarios; así como por las normas de ordenación y supervisión del sector bancario y del asegurador y de la norma de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Sin embargo, de lo expresado anteriormente, existen justificaciones objetivas y suficientes para acordar la no aplicación del art. 1.1 LDC (art. 101.1 TFUE), por cuanto, no sólo existen estrechos vínculos económicos y jurídicos entre la entidad de crédito y la filial aseguradora, sino que, igualmente, queda acreditado la existencia de una unidad de comportamiento coordinada y que parte, como indicamos, desde la dirección exclusiva y mandato expreso de la entidad de crédito, sin que conste o pueda constar manifestación alguna de autonomía de decisión de la propia filial aseguradora que se encarga, exclusivamente, de proporcionar productos aseguradores a la red bancaria⁶⁶².

⁶⁶¹ Conclusiones C-440/11 P del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2012, consid. 31.

⁶⁶² No obstante, del estudio realizado podrían ser relevantes para un hipotético examen de la práctica como constitutiva de un abuso de posición dominante, como hemos evidenciado anteriormente: (1) la imposición del seguro con la aseguradora del grupo sin dar opción al cliente a designar o aportar una póliza de una aseguradora distinta; (2) la falta de información y de transparencia sobre el coste real del seguro en relación al coste total del producto financiero; (3) su imposición a la suscripción en la modalidad de prima única capitalizada en la cuantía de la operación financiera; (4) el establecimiento de penalizaciones sobre las bonificaciones concedidas en los tipos de interés en caso de resolución del contrato de seguro; (5) la vinculación de productos financieros con determinados contratos de seguro que no guarden relación con aquéllos (seguros de vida, de amortización...); y (6) otras conductas surgidas de una política común de vinculación que pretendan erigir barreras de entrada y restringir la competencia en el mercado asegurador. Como pone de manifiesto VARGAS VASSEROT, C., *El contrato de seguro en el marco de la actividad bancaria...*, op. cit., pg. 1330, la utilización de la red de la entidad de crédito para la distribución de seguros conlleva una serie de riesgos para el consumidor, ya que, en ocasiones, desconoce qué producto financiero está contratando dado que no recibe un trato personalizado, obligándole muchas veces a imponerle la suscripción de un seguro como vía para contratar la operación principal

5. Acuerdos sobre bonificaciones en los productos financieros

Otro de los acuerdos no contractuales existentes entre una entidad de crédito y su filial aseguradora que adquieren especial relevancia en el sector tienen que ver con las condiciones económicas más ventajosas que ofrecen las entidades de crédito a la clientela si ésta suscribe, junto con la operación financiera, uno o varios seguros con la aseguradora del grupo⁶⁶³. No parece extraña la apariencia *antitrust* que surge de esta práctica, cuando la entidad de crédito enmascara la imposición del seguro con la concesión de bonificaciones en los contratos bancarios. En este sentido, el examen del grado de nocividad de la conducta es importante cuando lo que pretende la entidad de crédito es vincular un seguro de hogar o de vida con prima única financiada (PUF), como condición para la concesión de reducciones en el diferencial del préstamo.

Sobre este particular, la Asociación Gallega de Corredores y Corredurías de Seguros y la Asociación Catalana de Corredores de Seguros presentaron conjuntamente el día 14 de julio de 2009 escrito de denuncia ante la DI (art. 49 LDC) contra treinta entidades de crédito, por ofertar bonificaciones en los contratos de préstamos, especialmente hipotecarios, si el prestatario contrata seguros con aseguradoras del mismo grupo, o con la intermediación de mediadores de seguros integrados en dichas entidades de crédito. La denuncia pretendía responsabilizar a las entidades de forma individualizada, y no partiendo de un comportamiento coordinado entre éstas. En particular, las asociaciones denunciantes calificaban la práctica como una infracción de los arts. 1.1 e) y 2.2 a) LDC, y de los arts. 2 e) y j) de la Directiva 2005/29/CE.

En esta ocasión, la CNC resolvió en su Resolución de 16 de febrero de 2010 (Expte. S/0194/09, *Banca-Seguros*), la propuesta de no incoación del procedimiento sancionador por parte de la Dirección de Investigación, archivando la denuncia por los siguientes motivos:

- (1) La existencia de dichas bonificaciones no prueban un acuerdo entre las entidades de crédito denunciadas, por cuanto se ha comprobado que las

⁶⁶³ Esta práctica se ha asociado principalmente a los acuerdos entre entidades del mismo grupo por motivos de rentabilidad. Si bien, igualmente existen, aunque menor medida, políticas de bonificaciones en aquellos casos en que la entidad de crédito opere junto a una aseguradora separada.

políticas de concesión de aquéllas no son iguales ni se vincula siempre con el mismo tipo de producto⁶⁶⁴;

- (2) Concurre relación, amparada por diversas leyes, entre un seguro de hogar/vida con un préstamo hipotecario, no resultando aplicable el art. 1.1 e) LDC;
- (3) Con la vinculación del seguro se generan eficiencias y economías, teniendo en cuenta que su no suscripción no supone la negativa de la concesión del préstamo, sino, únicamente, de la bonificación;
- (4) No se presentan indicios en sentido contrario o se cuestiona que este tipo de venta conjunta genere economías que se trasladan al consumidor a través de las bonificaciones en el coste de los productos, y, de forma individualizada, por cada una de las entidades de crédito.

La denuncia que dio origen al procedimiento sancionador interesaba el examen de una práctica diferente a las investigadas en el Expte. 2789, *Entidades de crédito*, si bien ambas denuncias refieren prácticas, supuestamente restrictivas, cometidas por entidades de crédito. Las asociaciones denunciantes, según refiere la CNC, no aportaron pruebas o indicios que demostrasen que la concesión de estas bonificaciones en los tipos de interés en los contratos bancarios no estaría, pues, justificada tanto económica como comercialmente.

En este sentido, la oferta de bonificaciones podría ocultar tanto la imposición del mismo seguro, práctica prohibida por el art. 5.2 e) LMSRP, como la aplicación en las relaciones entre entidad y clientela de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes [art. 1.1 d) LDC]⁶⁶⁵, con el objetivo de cerrar el mercado y restringir el acceso a la actividad de banca-seguros para aseguradoras y mediadores ajenos. En buena medida, la oferta de estas bonificaciones podría captar al cliente con el fin de que, una vez comenzada la negociación, la entidad de crédito

⁶⁶⁴ No obstante, en sentido contrario, expresan DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 52, en relación a la anulación por la Audiencia Nacional de la Resolución Colomer (2011), por cuanto, explica la Sala: «Resulta así, esencial al concepto de cartel el elemento de consenso o concertación de voluntades exteriorizada, demás, en un pacto del que en el presente caso no existe la debida constancia por lo que se refiere a la recurrente». Continúan los autores: «Es decir, la autoridad de defensa de la competencia no solo debe probar la asistencia a la reunión sino también que en dicha reunión se adoptó algún acuerdo restrictivo de la competencia o, en palabras de la Sala, que se exteriorizó algún consenso o concertación de voluntades en relación con la fijación de precios o repartos de mercados».

⁶⁶⁵ V.gr. la comercialización de seguros a prima única, incluyendo su importe en la cuantía del préstamo, o la penalización por resolución del contrato de seguro.

pretenda sorpresivamente exigir, como condición para la concesión del propio préstamo, la suscripción de uno o varios de sus seguros (seguros de hogar⁶⁶⁶, de vida, de vehículos a motor...). Una vez suscrito el seguro vinculado con la escritura de préstamo, su posterior resolución podría acarrearle una penalización, aumentando el diferencial del tipo de interés aplicable, y provocándose, por ello, una imposición directa o indirecta en el mantenimiento del seguro⁶⁶⁷.

Como hemos indicado, habría serias dudas de sancionar de manera individualizada a una entidad de crédito en sede del art. 1.1 LDC, por cuanto aquella operaría, junto a la filial aseguradora, desde el grupo, esto es, como una única unidad económica. Por otro lado, sí podría, bajo determinados supuestos, responsabilizarse a un colectivo de entidades de crédito en virtud de una práctica conscientemente paralela o coordinada entre entidades en el marco de aplicación del art. 1.1 LDC, a través de esta oferta de bonificaciones, de modo que el consumidor no pueda obtener mejores condiciones en sus préstamos hipotecarios sin la aceptación del seguro que se le propone⁶⁶⁸.

La oferta de bonificaciones u otras ventajas en productos a cambio de suscribir otros no es, por sí misma, una práctica ilegal o contraria a las normas de competencia⁶⁶⁹. Estas políticas comerciales podrían estar justificadas en virtud de:

⁶⁶⁶ Debemos remarcar que en el Informe del Sector de la Mediación 2011, la DGSFP señaló la gran concentración de la mediación del seguro de hogar por parte de los OBS frente al resto de mediadores tradicionales. Al respecto, en el año 2008, el canal banca-seguros gestionó la distribución del 35,05% del total de primas de seguros multirriesgos de hogar, incrementándose este dato a un porcentaje del 44,22% para el año 2011 sobre primas distribuidas por OBS vinculados.

⁶⁶⁷ Tanto la DCCC como el Anteproyecto de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario omiten este particular. En este sentido, el art. 12.4 DCCC dispone: «Los Estados miembros podrán permitir a los prestamistas que exijan al consumidor suscribir una póliza de seguros pertinente en relación con el contrato de crédito. En estos casos, los Estados miembros velarán por que el prestamista acepte la póliza de seguros de un proveedor distinto de su proveedor favorito cuando dicha póliza posea un nivel de garantía equivalente al nivel que haya propuesto el prestamista», así como el art. 7.4 del Anteproyecto: «Los prestamistas o intermediarios de crédito podrán requerir al prestatario la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo. En este caso el prestamista deberá aceptar pólizas, de forma no discriminatoria, de todos aquellos proveedores que ofrezcan un nivel de garantías equivalente al propuesto por aquella». A nuestro juicio, parece legalizarse la inicial imposición del seguro por cuanto se obliga al consumidor a mantener en vigor la póliza del seguro vinculado si no desea que se le eleven las cuotas del préstamo hipotecario.

⁶⁶⁸ Esta posibilidad no quedó recogida en la Resolución de la CNC de Expte. S/0194/09, *Banca-Seguros*). Por otro lado, por la autoridad se manifestó que, ante la falta de indicios sobre dichas prácticas por cada una de las entidades investigadas, así como desde un supuesto acuerdo colectivo entre aquellas, ha de resolver la cuestión archivando la denuncia.

⁶⁶⁹ Además, como expresa BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 360, el Reglamento 330/2010 (art. 4) no califica la vinculación de productos como una restricción especialmente grave, por lo que podría quedar exenta si la cuota del mercado del proveedor tanto del mercado del bien vinculante como el vinculado, no excediere del 30%.

(1) las eficiencias de ahorro que suponen a los clientes; (2) la consecuente promoción de los préstamos y de crédito; y (3) el impulso o promoción del producto complementario, en este caso los productos aseguradores, a través de la distribución de seguros por otras vías distintas a las tradicionales, lo que incentivaría, en teoría, la competitividad en el mercado asegurador.

En la Resolución del TDC de 11 de marzo de 1994 (Expte. r 66/93, *Venta en oficinas bancarias*), sobre acuerdos suscritos entre un fabricante y una entidad de crédito para promocionar la venta de diversos objetos que no tienen nada que ver con el producto financiero (cuberterías, vajillas...), así como hacer regalos, como estrategia para potenciar los créditos al consumo, el Tribunal adujo (FJ 3º) que «no todo acto o práctica que pudiera resultar incómodo para los empresarios integrantes de un sector puede ser calificado, sin más, como una práctica desleal o anticompetitiva, sino, únicamente, cuando verdaderamente atente contra la competencia».

Considerando lo referido anteriormente, podría resultar contrario al art. 1.1 LDC cuando, existiendo un acuerdo o una práctica concertada o conscientemente paralela entre entidades de crédito, se persiga imponer barreras de entrada al resto de operadores en el mercado asegurador estableciendo: (1) la subordinación de productos aseguradores innecesarios para la concesión del préstamo; (2) la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes respecto al coste real de las pólizas ofertadas por aseguradoras separadas; y (3) mediante un reparto del canal banca-seguros, acordándose, principalmente, cuál o cuáles serán los seguros que bonificarán la operación financiera, y qué reducción se aplicará sobre tipo de interés del préstamo o crédito, así como aquellas cláusulas (cancelación, comisiones, penalización en el interés...) en las escrituras de los contratos que obliguen al cliente a mantener vigente el seguro.

No obstante, ante la circunstancia de encontrarnos con acuerdos o pactos entre empresas del mismo grupo, no resultaría aplicable la noción de acuerdo que rige el art. 1.1 LDC (art. 101.1 TFUE). Por esta razón se entiende que, por este camino, resultaría superflua cualquier investigación o examen dado que la doctrina y la jurisprudencia comunitaria ponen de manifiesto la aplicación del llamado privilegio de grupo de empresas, cuya configuración no permitiría imponer a la filial aseguradora la consideración de unidad económica propia con autonomía suficiente frente a la entidad de crédito.

Este criterio fue discutido en el primer punto del Voto particular emitido frente a la opinión mayoritaria contenida en la Resolución del Expte. *Cajamadrid/Ausbanc* (2001). No parece, a nuestro parecer, a pesar de que las

empresas operen en actividades con objetos sociales separados y siendo reguladas por normas de ordenación igualmente distintas, que exista entre aquéllas una verdadera autonomía para fijar sus líneas de mercado. En sentido contrario, esta fundamentación resultaría sesgada e incoherente por cuanto por la filial aseguradora actúa, en relación a esta cuestión, bajo el exclusivo mandato de la entidad de crédito (unidad de comportamiento), siendo esta última la que la constituye con el fin principal de distribuir seguros propios a través de su red de oficinas.

Sin embargo, nos parecen significativas las posibles restricciones en la competencia que podrían generarse con la oferta de descuentos y reducciones en el coste de las operaciones financieras si éstas se contratan junto con contratos de seguros⁶⁷⁰.

El trámite comercial es el siguiente: (1) la oferta comercial emitida por las entidades de crédito consiste en el aprovechamiento de las vinculaciones como parte de una política de descuentos en los productos financieros⁶⁷¹; (2) una vez el cliente entabla negociaciones con la entidad de crédito, aquélla obliga al cliente a contratar el seguro con la aseguradora previamente designada (normalmente del mismo grupo) como condición para la concesión del producto financiero en las condiciones exigidas, es decir, las justificaciones que suelen alegar las entidades no se ciñen a motivos plausibles sobre el aseguramiento de la operación; (3) aceptando el cliente a contratar el seguro, las entidades de crédito suelen comercialarlo mediante Prima Única Financiada (PUF), esto es, un pago adelantado en forma de incremento en la cuantía del préstamo hipotecario; y (4) el cliente, habiendo celebrado el contrato de seguro, tiene coartado su derecho a resolver el contrato de seguro, por cuanto: (a) perdería las bonificaciones concedidas en el producto financiero; (b) la

⁶⁷⁰ Conforme a PINTO ÁLVAREZ, R., *El crédito de consumo en España...*, op. cit., pg. 532, en relación a los seguros de protección de pagos: «Desde el punto de vista de la entidad financiera, el seguro supone una herramienta que le permite mejorar el uso de su capital, al reducir el riesgo y la morosidad. Por otra parte, al disminuir la entidad el riesgo de su cartera, tiene mayores oportunidades para explotar áreas que no se habían considerado previamente, permitiendo con ello construir beneficios a largo plazo. El valor añadido de este seguro ha sido percibido en el sector financiero español, principalmente a partir del año 2002, creciendo este sector algunos años por encima del 20%. Aunque habría que matizar, que el seguro de protección de pagos ha estado más ligado a la expansión del mercado hipotecario que a otros tipos de préstamos. En concreto, alrededor del 30% de los firmantes de hipotecas de los últimos años han adquirido un seguro hipotecario. Asimismo, la protección de pagos, que en 2005 no alcanzaba el 10% de las hipotecas, representa ahora más del 40% y va en ascenso de manera progresiva acorde a la desaceleración de la económica».

⁶⁷¹ De acuerdo a VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº, 6, 2010, pg. 13: «bajo ciertas circunstancias, las estrategias de celebrar contratos a largo término o contratos vinculados (bundling de marcas), podrían considerarse como barreras de entrada».

entidad de crédito podría resolver el contrato bancario con importantes perjuicios económicos para el cliente; (c) en el caso de seguros con PUF, el cliente queda absolutamente atado a la entidad aseguradora designada por la entidad de crédito, por cuanto la prima ya ha sido amortizada dentro del préstamo hipotecario; y (5) en todos estos supuestos, podría concurrir una grave falta de transparencia respecto al coste real de la operación financiera una vez integrados los seguros vinculados, que podría generar, igualmente, graves barreras de entrada en el mercado asegurador⁶⁷².

6. Posición de la autoridad nacional de competencia

La autoridad nacional de competencia se ha pronunciado sobre supuestas prácticas colusorias de subordinación de seguros a productos financieros (especialmente préstamos hipotecarios), así como con respecto a las bonificaciones en los tipos de interés, en los Expedientes *Cajamadrid/Ausbanc* (2001), *Entidades de crédito* (2009) y *Banca-Seguros* (2010).

Si bien, a nuestro parecer, en armonía con lo manifestado por la DGSFP en su Criterio titulado «*Seguros de daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios*», la imposición podría tener justificación objetiva por cuanto las entidades exigirían para cubrir el riesgo de destrucción un mayor aseguramiento en relación al inmueble que sirve de garantía de cobro, se opondría, igualmente, el problema de la falta de elección del cliente bancario para aportar una póliza

⁶⁷² Asimismo, en el documento titulado «*Market investigation into payment protection insurance / 29 January 2009*» de la extinta *Competition Commission* (hoy *Competition and Markets Authority*), se analizó la competitividad de la vinculación de productos financieros (hipotecas, créditos, tarjetas de crédito...) con la suscripción de seguros de protección pagos para casos de fallecimiento, desempleo, invalidez, etc. En el sumario de dicho documento, de más de 300 páginas, se llegó a la conclusión de que los distribuidores e intermediarios que comercializan seguros de protección de pagos se encuentra con una competencia muy débil. En efecto, señala el texto, que existen elementos en los mercados analizados que hacen pensar que se producen efectos negativos en la competencia, dando lugar a precios más altos y menos oportunidades de elección para los consumidores. A consecuencia de dicha falta de competencia, los distribuidores de seguros de protección de pagos se encuentran con una vinculación altamente rentable. En definitiva, por la autoridad británica se llegó a la conclusión de que existían serias deficiencias en el proceso competitivo de distribución de seguros de protección de pagos, intimando a las entidades para que siguieran una serie de medidas o remedios (*paquete de soluciones*) que redujesen los efectos adversos identificados. Todo ello con el fin de mejorar el bienestar de los consumidores. Estas medidas son: (1) prohibición a los distribuidores e intermediarios de comercializar seguros de protección de pagos dentro del plazo de siete días de haber contratado el crédito, salvo que el cliente haya propuesto voluntariamente la vinculación una vez transcurridas 24 horas de la contratación del producto financiero; (2) prohibición de comercializar el seguro a prima única; (3) obligar a las entidades a comercializar el seguro tanto vinculado como de forma individual; y (4) una serie de requisitos sobre información para los puntos de venta de seguros de protección de pagos.

distinta de la sugerida en las negociaciones del producto financiero con la entidad de crédito. En cualquier caso, una vez conste en el expediente de la entidad de crédito la necesidad de asegurar la operación, deberían ofrecer al cliente dicha posibilidad, siempre y cuando se cumpla, fielmente, con la evaluación de la solvencia económica del cliente⁶⁷³.

El principal criterio que ha seguido la autoridad administrativa ha sido el de justificar la subordinación de seguros, incluso en aquellos casos en que la entidad de crédito obligue al cliente a suscribir uno o varios seguros como condición para la concesión del producto financiero⁶⁷⁴. En el Expte. *Cajamadrid/Ausbanc* (2001), este fundamento lo puso de manifiesto el Acuerdo impugnado de 21 de diciembre de 2000, que expresaba que, si bien la práctica de obligar un seguro de vida junto con préstamo hipotecario era generalizada en el sector, está justificada dado que su objeto es saldar el crédito pendiente en caso de fallecimiento del titular. No obstante, indica el Acuerdo, lo que no estaría justificado, desde el punto de vista de la LDC, sería obligar al prestatario a contratar el seguro con una entidad aseguradora determinada, puesto que éste ha de tener libertad para suscribir el seguro de vida con la compañía que le ofrezca mejores ventajas.

Con ocasión del Expte. *Cajamadrid/Ausbanc* (2001), el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia resolvió, teniendo en cuenta la carencia de prueba de la asociación denunciante así como de los datos que sí entregó *Caja Madrid*, que no existían indicios de vinculación sobre la concesión de préstamos personales e hipotecarios condicionada a la suscripción de seguros de vida o de amortización. Asimismo, manifestó que el art. 1.1 LDC contempla relaciones interempresariales y no con los usuarios, que disponen de legislación específica. El TDC, por su parte, destacó el hecho de que la práctica denunciada

⁶⁷³ Conforme a PINTO ÁLVAREZ, R., *El crédito de consumo en España...*, op. cit., pgs. 138 y 139: «en algunos países se ha introducido el concepto de “crédito responsable”, que supone la obligatoriedad para las entidades crediticias de consultar toda información disponible sobre el solicitante del crédito antes de la concesión del mismo, con objetivo de asegurarse si éste podrá hacer frente a las obligaciones derivadas del mismo. Además, las entidades tienen el deber de asesorar al solicitante sobre el tipo de crédito que mejor se adapta a su situación financiera. De no cumplir dichas obligaciones, la responsabilidad en caso de impago puede trasladarse a la entidad crediticia».

⁶⁷⁴ La CNC en su Resolución *Entidades de crédito* (2009), FJ 8º, entendió que esta obligación puede estar justificada en aras de la gestión lógica de riesgos de la cartera crediticia, como ocurre en los casos de la concesión de créditos hipotecarios a prestatarios en edad cercana a la jubilación. Sin embargo, en la práctica, estas justificaciones no se ajustan al criterio mantenido de forma generalizada por las entidades de crédito de nuestro país, que requieren, de forma directa desde la propia publicidad emitida, la suscripción de un seguro de vida o de hogar u otros como condición para la concesión del producto financiero.

se cometió a través de relaciones internas entre matriz y filial, por lo que, solo estaría prohibido cuando el comportamiento se realizase desde una posición dominante.

Posteriormente, en la Resolución *Entidades de crédito* (2009), la CNC soslayó, examinando si la práctica era generalizada, que si bien de la prueba aportada por las entidades de crédito se podía afirmar que no existía una misma línea política comercial de vinculación: (1) en muchos casos las entidades no obligaban a ello, y cuando lo hicieren el cliente tenía opción de irse a otras⁶⁷⁵; y (2) algunas de ellas podrían hacerlo en casos puntuales relativos a gestión de riesgos por posibles incumplimientos del prestatario⁶⁷⁶.

Sobre esta postura mantenida por la autoridad nacional de competencia debemos discrepar con base en las siguientes consideraciones:

(1) Respecto a la aplicación del art. 1.1 e) LDC, no se han examinado, detalladamente, los motivos del aseguramiento del producto financiero tanto en el Expte. *Cajamadrid/Ausbanc* respecto a los prestatarios de *Caja Madrid* que han suscrito seguros de vida o de amortización con la filial aseguradora *Caja Vida Madrid*, como en relación a las entidades de crédito y sus filiales investigadas en el Expte. *Entidades de crédito* (2009).

(2) En ambos expedientes no se ha investigado si la información comercial de las entidades de crédito respeta el derecho del prestatario a aportar una póliza de otra aseguradora no favorita de la entidad, y si, habiendo ejercido este derecho el prestatario, las entidades de crédito lo han respetado finalmente.

(3) La constitución de prácticas de subordinación anticompetitivas entre una entidad y su filial no carecen de relevancia en el marco de aplicación del art. 1.1 LDC (en el sentido de que, únicamente, afectarían a las relaciones con los

⁶⁷⁵ No obstante, en el caso de la oferta de descuentos en la venta combinada (productos que pueden adquirirse separadamente), las entidades de crédito pueden falsear las condiciones de la competencia bajando o subiéndolo el precio del producto vinculado de modo que obliguen a los consumidores a suscribir el contrato de seguro. En este sentido, resulta interesante para el estudio de los efectos del *bundling* en el mercado del producto vinculado STRADER, J.M., *The impact of neoclassical price theory on monopolization law: a transatlantic perspective*, Tesis Doctoral presentada en la University College London (University of London), 2015.

⁶⁷⁶ Si bien la CNC decidió considerar, apreciando una dispersión en los porcentajes de vinculación entre las entidades de crédito, que la práctica de vincular seguros con una entidad aseguradora de grupo no resultaba generalizada. No obstante, en términos generales, podríamos considerar la práctica como usual en la comercialización del préstamo (con aseguradoras propias en el año 2007 entre 20% y 90%), sin que hasta el momento podamos definir dichos porcentajes respecto a entidades aseguradoras separadas y no pertenecientes al mismo grupo que las entidades de crédito.

consumidores), sino todo lo contrario, las repercusiones restrictivas que podrían conllevar resultarían muy graves en atención a las barreras de entrada que generarían a los operadores del sector del seguro.

(4) No se investigaron otras conductas asociadas a la subordinación de seguros⁶⁷⁷, algunas de ellas citadas en el punto 2º del Voto particular emitido frente a la opinión mayoritaria consignada en Resolución *Cajamadrid/Ausbanc* (2001)⁶⁷⁸.

La principal cuestión para la aplicación del art. 1.1 e) LDC en estos supuestos reside en determinar si los productos financieros de los ofertados por entidades de crédito guardan relación, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, con los contratos de seguros que son vinculados.

La autoridad nacional de competencia, en los citados tres expedientes, asocia esta relación entre productos con la normativa vigente [Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre; art. 6.2 c) Ley 7/1995, de 23 de marzo; art. 40 Real Decreto-Ley 6/2000...]. Sin embargo, tal y como manifiesta la CNC en su Resolución Expte. *Entidades de crédito* (2009), FJ 6º, el hecho de que por esta normativa se permita la posibilidad de que las entidades de crédito puedan vincular sus préstamos a determinados seguros, no quiere decir que dicha práctica sea lícita en todo caso. Esta ilicitud se relaciona, directamente, con la posibilidad de que la práctica tenga un efecto exclusionario en la competencia al limitar el acceso de terceros competidores a una parte importante de la demanda de seguros de los vinculados habitualmente por entidades de crédito⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Por ejemplo, cláusulas generales de resolución del contrato de préstamo por impago de la prima del seguro.

⁶⁷⁸ Cfr. Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. R 467/07, *Cajamadrid/Ausbanc*): «¿Resulta necesario que los tomadores de un crédito hipotecario contraten, además, un seguro de vida designando como beneficiaria a la propia entidad financiera? ¿No constituye suficiente garantía el título ejecutivo que adquiere el prestamista sobre la propiedad inmobiliaria a la que se destina el crédito hipotecario? ¿Cuál es la frecuencia de la práctica consistente en que las entidades financieras, en el caso de fallecimiento del tomador del crédito, no hagan uso de esta garantía adicional, prefiriendo actuar contra herederos o avalistas?».

⁶⁷⁹ Conforme a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 246, «se entiende por “abusos exclusionarios” las prácticas y conductas realizadas por empresas dominantes susceptibles de ocasionar un cierre anticompetitivo del mercado, de manera que el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se vea obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, gracias a la cual es probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios en detrimento de los consumidores».

En este sentido, la Comunicación titulada «*Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 en el sector de la banca minorista*»⁶⁸⁰, citada por la CNC en dicha Resolución, indica que la vinculación puede debilitar la competencia en la banca minorista al elevar los costes de cambio, reducir la transparencia de precios, así como desalentar la entrada de nuevos operadores. Posteriormente, la Comisión refiere que esto es más probable que ocurra cuando la vinculación constituye un abuso de posición dominante en los mercados de productos de referencia, aunque el texto no exonera de dichos efectos a los producidos igualmente por una infracción colusoria.

Apreciamos, además, sobre el examen realizado por la autoridad nacional de competencia en relación a la subordinación de productos aseguradores entre entidad de crédito y aseguradora, ciertos aspectos destacables. A través de la Resolución *Cajamadrid/Ausbanc* (2001), la autoridad delimita la conducta como una práctica de la que se extrae una mera ventaja anticompetitiva que, en atención a la aplicación del art. 1.1 LDC, no tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia⁶⁸¹. De este modo, el TDC manifiesta que no es difícil encontrarse con la interpretación errónea de que todos los acuerdos entre empresas están prohibidos, sino que lo serán únicamente aquellos que real o potencialmente afecten negativamente a la competencia.

Podría preguntarse si cabría considerar la subordinación de seguros con aseguradoras propias o separadas como una mera ventaja competitiva sin trascendencia *antitrust*⁶⁸².

Para dilucidar esta cuestión habría que probar, evidentemente, que la conducta tiene por objeto o por efecto producir restricciones de suficiente entidad

⁶⁸⁰ COM (2007) 0033 final, de 31 de enero de 2007.

⁶⁸¹ De acuerdo a DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 69: «los términos “impedir”, “restringir” y “falsear” pueden interpretarse como relativos a la mayor o menor intensidad cuantitativa de la lesión de la competencia. “Impedir” tiene una clara implicación de hacer imposible o eliminar totalmente el juego de la competencia, bien entre las partes que adoptan el acuerdo, bien en el mercado en su conjunto; “restringir” hace referencia, como el propio término indica, a una lesión de la competencia de menor impacto que la total eliminación; y, por último, “falsear” actúa en la prohibición de los acuerdos colusorios contenidos en el artículo 1 LDC a modo de cajón de sastre ya que da cobertura a todo tipo de conductas que tengan un objeto o efecto nocivo sobre la competencia y no sean fácilmente encuadrables en las categorías anteriores».

⁶⁸² Conforme a NURULLAH, M., *Interface of insurance and banking in European countries*, Tesis Doctoral presentada en la City, University of London, 2000, pg. 203, tradicionalmente las entidades de crédito y las entidades aseguradoras gozaban de vínculos muy estrechos; sin embargo, a finales de los ochenta la situación drásticamente de forma que los bancos se volvieron más agresivos al ingresar en el negocio de seguros. No sólo entraron en la distribución de seguros sino, también, en el negocio central asegurador, lo que supuso una amenaza a las entidades de seguros tradicionales.

en el mercado asegurador, fundamentalmente a través de la creación de barreras de entrada al resto de competidores, así como a nuevos que pretendan incorporarse en dicho mercado.

En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 17 de septiembre de 2003 (nº. de recurso 6/27/02), FJ 4º, estimando parcialmente el recurso interpuesto por la asociación denunciante, acordó anular el archivo para proceder a la incoación del oportuno expediente, al considerar que: (1) la práctica podría resultar generalizada; y (2) que, por esta generalización, tendrían o podrían tener relevancia en sectores de relevancia como el de créditos hipotecarios o de seguros de vida. La dimensión general del problema no hace más que propugnar la importancia de que dos entidades, ostentando ambas plena autonomía de decisión, puedan producir una desviación en la clientela tradicional de las entidades aseguradoras y profesionales del seguro (mediadores, agentes...), restringiendo las vías de acceso de aquéllas a la comercialización normal de seguros privados.

Sin embargo, cabe de nuevo manifestar que únicamente se investigaron, en los expedientes que citamos al principio de este apartado, conductas de subordinación entre empresas de grupo, sin que, a tales efectos pueda considerarse, a nuestro entender, la existencia de bilateralidad económica o concurso de voluntades materialmente autónomas. Al respecto, sobre el examen de acuerdos entre entidades separadas, a nuestro parecer, concurriendo entre aquéllas verdaderos acuerdos de los ejemplificados en el art. 1.1 LDC, no existirían obstáculos para apreciar, como conducta colusoria, posibles ilicitudes relacionadas con la subordinación de seguros a productos financieros de toda índole (información previa a la contratación del producto financiero, conductas de distribución exclusiva de seguros con aseguradoras separadas, cláusulas abusivas en los contratos bancarios...).

Sin duda estas conductas podrían generar una situación de mercado cautivo⁶⁸³, por cuanto las entidades de crédito, imponiendo uno o varios seguros junto con sus productos financieros, podrían operar al margen de la estructura de

⁶⁸³ Esta expresión, que define un mercado con fuertes barreras de entrada, ha sido repetidamente utilizada por la autoridad española de competencia para describir posibles conductas *antitrust* que dan lugar a situaciones de ventaja frente al resto de competidores y que podrían llevar aparejadas altas cuotas de mercado de una o varias empresas, en la Resoluciones del TDC de 31 de mayo de 1995 (Expte. r 111/95, *Libros Uned*), de 28 de septiembre de 1999 (Expte. 440/98, *Funerarias Tenerife*), de 21 de noviembre de 2001 (Expte. r 467/01, *Cajamadrid/Ausbanc*), o de 3 de abril de 2007 (Expte. 611/06, *Excursiones Puerto de Sóller*).

costes, sin depender de la eficiencia empresarial que constituye la libre competencia, e impidiendo a la clientela la posibilidad de comparar entre diferentes ofertas⁶⁸⁴.

La conducta descrita podría concurrir cuando, a pesar de tener el consumidor reconocido legalmente su derecho a aportar una póliza de otra entidad aseguradora, la entidad de crédito decide: (1) no conceder el producto financiero; (2) penalizar el diferencial del tipo de interés del producto principal; (3) o resolver por incumplimiento contractual del prestatario el mismo contrato bancario. Las posibilidades nacidas de la subordinación son amplias y muchas de ellas podrían tener calificación anticompetitiva. No obstante, por otro lado, reconocemos tanto la falta de concreción por parte de la asociación o asociaciones denunciadas de los hechos imputados a las entidades de crédito, así como de la tipología empleada para la calificación de las conductas conforme a las normas de competencia.

IV. La autoridad española de competencia ante la práctica generalizada de vinculación por entidades de crédito

1. Investigación y resultados obtenidos por la autoridad nacional de competencia

Desde un primer momento se creía que esta sería la cuestión más importante en relación a la tradicional imposición de seguros por parte de entidades de crédito, y ello por motivos lógicos. Si bien resultaría poco fructífera, por los motivos expresados en el apartado anterior, la tarea de sancionar acuerdos emanados entre empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial, cosa distinta sería investigar si existe entre entidades de crédito que operan en el sector asegurador una concertación o un paralelismo que recae sobre la aplicación de una misma política de vinculación de seguros producidos por sus filiales aseguradoras⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ Vid. Resolución del TDC de 28 de septiembre de 1999 (Expte. 440/98, *Funerarias Tenerife*), FJ 4º.

⁶⁸⁵ De acuerdo a la Resolución del TDC de 12 de febrero de 2001 (Expte. R 437/00, *Laboratorios Farmacéuticos*), AH 2º, «en relación a las prácticas conscientemente paralelas, señala que una práctica de esta naturaleza, según doctrina reiterada del TDC, consiste en un comportamiento armonizado de varios operadores en el mercado, que no es el resultado de un acuerdo expreso o tácito, sino de llevar a cabo por parte de ellos sus respectivas acciones con el propósito de evitar la discordancia». Igualmente, esta definición se recoge más desarrollada en la Resolución del TDC de 19 de febrero de 2004 (Expte. R 506/01, *Distribuciones Farmacéuticas*), FJ 1º, que dice «en relación con la primera de las cuestiones suscitadas por las recurrentes, que consideran que la conducta de

Sin embargo, en esta ocasión, únicamente fue objeto de estudio por la autoridad nacional de competencia supuestas prácticas concertadas o paralelismos entre entidades en relación a la suscripción de seguros de vida o de amortización junto con préstamos personales o hipotecarios con las aseguradoras de grupo.

De esta inicial sospecha dejó constancia en el punto 2º del Voto particular formulado contra la meritada Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. R 467/01, *Cajamadrid/Ausbanc*), que decía, literalmente, apuntando al falseamiento generalizado de la competencia, que «investigar estas cuestiones hubiera sido imprescindible ya que, si la vinculación del crédito al seguro se revela superflua e innecesaria y si es practicada con la generalidad que señalan Servicio, denunciante y denunciado, podría existir una práctica concertada entre las entidades financieras o una conducta conscientemente paralela prohibida por el artículo 1 LDC. No sería, en principio, sostenible en un mercado en libre competencia que las empresas impusieran simultáneamente una misma carga innecesaria a sus clientes, ya que la no imposición de tal carga supondría una ventaja competitiva que, sin concertación, utilizarían y pregonarían algunos de los competidores para obtener mayor cuota de mercado. En un régimen de competencia no falseada la carga innecesaria terminaría desapareciendo precisamente por la fuerza de la acción competitiva». No obstante, el TDC señaló la confusión introducida por el recurrente por el hecho de denunciar a la totalidad de las entidades de crédito por una comisión generalizada de la práctica, y, por otro lado, dirigir la denuncia exclusivamente contra *Caja Madrid*.

Esta alegación fue puesta de manifiesto en el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional frente a dicha Resolución, y por el que consideraba que la subordinación por una entidad de crédito para la concertación de un préstamo a la contratación de un seguro con una aseguradora de su mismo grupo era una práctica

los laboratorios denunciados, al negarles el suministro de determinados productos farmacéuticos, debe ser calificada como una conducta conscientemente paralela, tipificada por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, cuya finalidad común es la de impedir a las recurrentes las exportaciones paralelas de dichos productos, debe reiterarse la doctrina sentada por este Tribunal en diversas Resoluciones (387/96 y R 437, entre otras), declarando que las mismas constituyen un comportamiento armonizado de varias empresas en el mercado, sin que medie un acuerdo expreso o tácito entre las mismas, que es simple consecuencia de desarrollar cada una de ellas las respectivas acciones con el propósito de evitar la discordancia, conociendo cada una previamente los fines y medios de las demás, señalándose que, para que pueda imputarse la comisión de una práctica conscientemente paralela, es preciso que se cumplan conjuntamente los requisitos siguientes: 1) que los hechos estén suficientemente acreditados, 2) que exista una relación causal entre la presunta conducta y su resultado de restricción de la competencia y 3) que no quepa concebir otra interpretación racional de los comportamientos supuestos».

generalizada. En este sentido, por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 17 de septiembre de 2003 (nº. de recurso 27/2002), se estimó el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por AUSBANC, anulando la Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001, y acordándose la incoación del oportuno expediente. Este criterio se fundamenta en el FJ 4º, que expresa que las partes, en modo alguno, han negado la existencia de generalización de esta práctica, estimándose el recurso a los solos efectos de examinar pormenorizadamente esta cuestión, sin prejuzgar la resolución final.

De esta manera, en un intento de demostrar la existencia de concertación o paralelismo entre entidades, la generalización de estas prácticas (vinculación obligatoria con la filial aseguradora y en utilizar vías distintas a la de reclamar a la aseguradora el pago del seguro producida la contingencia asegurada) tuvo objeto de examen en el Expte. 2798, *Entidades de crédito*.

A la vista del contenido del FJ 4º de la citada Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 2003 (nº. recurso 27/2002), el extinto SDC inició en el mes de mayo de 2006 unas diligencias previas⁶⁸⁶, por las que se solicitaría información a una muestra representativa del sector bancario sobre los préstamos concedidos durante el primer cuatrimestre de 2006 en relación a vinculaciones de seguros de vida o de amortización de crédito, sumándose a la entidad *Caja Madrid* originalmente denunciada otras 21 entidades de crédito, en su mayor parte cajas de ahorro.

Posteriormente, a razón de esta investigación, la DI solicitó a estas entidades, entre los años 2005 y 2007: (1) información relativa al número de préstamos concedidos (personales e hipotecarios) a personas físicas y jurídicas, especificando los préstamos vinculados con seguros de vida o de amortización, y, dentro de éstos, los contratados con sus filiales aseguradoras; e (2) información sobre el orden y motivación de los medios de ejecución empleados por las entidades de crédito en caso de fallecimiento del prestatario asegurado.

En cuanto la existencia de un posible paralelismo, la DI manifestó en el expediente sancionador que, no sólo la legislación vigente permite a las entidades ofrecer a sus clientes, junto con préstamos personales o hipotecarios, la suscripción de un seguro de vida o de amortización⁶⁸⁷, sino que no consta en el expediente la existencia de un acuerdo entre entidades relativo a la subordinación de seguros. En

⁶⁸⁶ Diligencias Previas nº. 05/06 del extinto SDC.

⁶⁸⁷ Observamos que la DI no menciona el término de obligación u obligatoriedad, sino ofrecimiento por parte de las entidades de crédito.

el mismo sentido, por falta de indicios, se pronunció sobre la denuncia relativa a que las entidades estaban utilizando otra vía para reclamar a la aseguradora de su grupo el pago de la indemnización.

Particularmente, la DI, en referencia a los valores más altos de vinculación según prueba documental aportada por las entidades, manifestó su justificación a partir de tres hechos: (1) los seguros se regalan en el momento de la contratación; (2) forman parte de paquetes de productos; y (3) por otros factores, ya sea por la falta de información proporcionada por las entidades de crédito, por la falta de interés de aseguradoras ajenas de forman parte de la vinculación de seguros asociados a préstamos, etc. De esta forma, habiéndose estructurado la información proporcionada mediante el sistema de horquillas, tanto la DI como el Consejo de la CNC entendieron que, por la disparidad significativa que ofrecían los datos en relación a la política comercial de las entidades, no se ha había acreditado la existencia de una práctica concertada o conscientemente paralela⁶⁸⁸.

2. Prueba valorada por la CNC sobre el paralelismo entre las políticas de vinculación de las entidades de crédito

El art. 101.1 TFUE exige siempre la presencia de un elemento colusorio, ya sea directo o indirecto, para demostrar la existencia de una práctica concertada⁶⁸⁹. No obstante, cuando no existieran pruebas directas relativas a una supuesta coordinación o cooperación, la práctica concertada también podría acreditarse, de forma excepcional a falta de prueba directa, a través de prueba indiciaria (también denominada «prueba de presunciones») en relación a una conducta conscientemente paralela⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Resolución de 29 de mayo de 2009, Expte. 2789, *Entidades de crédito*), FJ 7º.

⁶⁸⁹ Vid. BROKELMANN, H., *Prácticas concertadas y conscientemente paralelas...*, op. cit., pg. 113.

⁶⁹⁰ Sentencia del TS de 6 de marzo de 2000 (nº. de recurso 373/1993). Respecto al tratamiento de las presunciones en el Derecho de la Competencia, la jurisprudencia española determina que para que una prueba indiciaria pudiera desvirtuar la presunción de inocencia, ésta debería satisfacer los siguientes requisitos constitucionales: (1) los indicios alegados deben estar plenamente probados; (2) no pueden tratarse de meras sospechas; (3) quien lo alega o enjuicia debería explicitar el razonamiento por el que, partiendo de los indicios probados, ha alcanzado la conclusión de que el imputado ha cometido la infracción; y (4) que existiendo otras razones para justificar los indicios, deben ser analizadas y explicarse la causa de su rechazo. Estas pruebas disponen de una mayor operatividad en el ámbito del Derecho de la Competencia, dado que resultan, a efectos prácticos, muy difíciles de probar, por cuanto en la mayoría de los casos la conducta restrictiva se extrae sobre la base de indicios o presunciones.

Por otro lado, la jurisprudencia comunitaria manifiesta que la existencia de una práctica o de un acuerdo restrictivo de la competencia podría inferirse de determinadas coincidencias o de indicios que, tenidos en cuenta en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de la infracción cometida⁶⁹¹. De esta forma, los indicios y coincidencias, evaluados globalmente, pueden revelar no sólo la existencia de acuerdos o prácticas restrictivas, sino, igualmente, la duración de prácticas colusorias continuadas y el periodo de aplicación de los acuerdos suscritos.

En caso de falta de prueba en relación a la existencia de un acuerdo durante periodos determinados, o su ejecución por una empresa en otro periodo temporal, la jurisprudencia comunitaria recuerda que, en el supuesto de que no se haya aportado prueba a tales efectos, no impide considerar que la infracción existió durante un periodo global más largo que estos periodos, si bien se exige que dicha comprobación se base en indicios objetivos y concordantes⁶⁹². En el caso de que la conducta investigada se manifieste en periodos diferentes, no influirá en la existencia del acuerdo siempre que las acciones persigan una misma finalidad y se constituyan en el ámbito de una infracción única y continuada. En este sentido, la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin antes denunciarla a las autoridades, recuerda la jurisprudencia, produce el efecto de incitar a que se continúe con la conducta y se asume el riesgo que se descubra. Por este motivo, la complicidad con aquélla constituye un modo pasivo de participar en la infracción, y podría conllevar la responsabilidad de la empresa investigada⁶⁹³.

De acuerdo a la Resolución de la CNC de 29 de mayo de 2009 (Expte. 2789, *Entidades de crédito*)⁶⁹⁴, no resultando acreditado que las políticas comerciales de las entidades de crédito sigan un mismo patrón, no cabe explicar si dicha práctica tiene su origen en un acuerdo colusorio o una práctica conscientemente paralela, por lo que la cuestión no debe someterse a la prueba de presunciones para desvirtuar la presunción de inocencia ampara en el art. 24 CE. En este sentido, la autoridad

⁶⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 (As. 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 P57, *Aalborg Portland*), consid. 57.

⁶⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012 (As. C-441/11 P, *Verhuizingen Coppens NV*), consid. 71 a 73.

⁶⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 (As. 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 P57, *Aalborg Portland*), consid. 84.

⁶⁹⁴ FJ 8°.

administrativa deduce que los indicios no quedan suficientemente demostrados, negándose la existencia de una generalización técnica entre entidades⁶⁹⁵, y que la práctica, en sí, podría estar justificada en determinados casos de posibles incumplimientos de los prestatarios (gestión de cartera de clientes).

Podríamos aseverar, a nuestro juicio, que la supuesta existencia de una práctica generalizada de distribuir uno o varios seguros producidos por una filial aseguradora vinculados a contratos de préstamo tiene su principal fundamento en: (1) la naturaleza asociativa del seguro con otros productos o servicios; (2) la legislación vigente que permite a la entidad de crédito la creación de filiales aseguradoras así como de la distribución de sus seguros en su red bancaria; y (3) la posibilidad de que las entidades de crédito puedan exigir la suscripción del seguro, siempre que respeten la voluntad del prestatario de elegir la aseguradora con la que concertar el mismo.

Por la autoridad nacional de competencia se manifiesta que, aun no habiendo paralelismo entre las políticas de vinculación, la actuación de las entidades de crédito está basada en un razonamiento lógico como es el aseguramiento del riesgo en casos puntuales. Esta alegación tendría su fundamento desde la exigencia al cliente de suscribir el seguro de daños, por cuanto lo que se asegura es el inmueble que sirve como garantía de cobro de la operación⁶⁹⁶. Sin embargo, resultaría difícil encuadrar esta misma justificación en los casos del aseguramiento por fallecimiento, invalidez, desempleo... cuando no existan motivos fácticos que prueben, al menos de forma indiciaria, el posible incumplimiento del prestatario.

⁶⁹⁵ De acuerdo a datos recogidos por la DI en el Expte.2789, *Entidades de crédito*, la asociación de seguros de vida o de amortización a préstamos (años 2005 a 2007) sobre siete entidades, tienen una significativa disparidad, y en términos generales no superan el 70%. Respecto a la asociación de ambos seguros con préstamos a (1) personas jurídicas, en siete entidades los personales se situaron entre el 1 al 6%, y en dos entre el 2 al 8%; y sobre los préstamos hipotecarios en quince entidades no superaron el 2%, y en las seis restantes entre el 2 y el 8%. En relación a la asociación de seguros con (2) préstamos concedidos personas físicas, sobre los personales, cuatro entidades arrojaron porcentajes inferiores al 10 %; trece entidades con porcentajes entre el 25 al 60%; y cuatro entidades con porcentajes superiores al 60%; y sobre los hipotecarios a personas físicas, la asociación es menor al 20% para dos entidades; trece entidades se sitúan entre el 21 al 60%, y seis entidades superan el 60% de asociación. A conclusión de la DI, los porcentajes revelan disparidad de porcentajes de asociación, no superando para la mayoría de entidades de crédito el 50% del total de sus préstamos concedidos.

⁶⁹⁶ Respecto a este motivo de aseguramiento, las entidades de crédito podrían ajustar dicha conducta poniendo de manifiesto la utilidad del seguro de daños, que también confiere la normativa vigente, así como la relación entre seguro de daños y el bien que actúa como garantía por impago, por lo que, bajo nuestro punto de vista, no tendría cabida la aplicación del art. 1.1 e) LDC.

Por otro lado, respecto a la supuesta práctica generalizada de ofertar bonificaciones en contratos de préstamo, especialmente hipotecarios, si el prestatario contrata seguros con aseguradoras del grupo o con la intermediación del OBS, el Consejo de la CNC [Resolución *Banca-Seguros* (2010)], adujo que no existía impedimento legal alguno que obstaculizase la supeditación de un producto financiero a la suscripción de uno o varios seguros exigidos por una entidad de crédito. El Consejo remarcó que esta posibilidad venía amparada por diversas normas, entre ellas, la propia LMSRP, la Circular del Banco de España nº. 8/1990, y el art. 6 de la hoy derogada Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, en referencia a la forma y contenido y de los contratos de crédito al consumo⁶⁹⁷.

Asimismo, como lo hiciera en las Resoluciones *Cajamadrid/Ausbanc*, (2001) y *Entidades de crédito* (2009), la autoridad nacional volvió a reiterar: (1) la falta de aportación de pruebas o indicios de un supuesto acuerdo entre entidades de crédito para subordinar la concesión de préstamos a la suscripción de un seguro de una aseguradora del grupo (FJ 3º), así como (2) la falta de prueba alguna de que dichas bonificaciones generen economías que se trasladen al consumidor ya sea a través de los diferentes tipos de bonificaciones en los costes de los productos, como por cada una de las entidades denunciadas.

Sin embargo, a nuestro parecer, las denuncias parten de la idea equivocada de perseguir conductas que están amparadas en la legislación vigente o que no están prohibidas expresamente. Ello no obsta, evidentemente, a denunciar conductas cuya comisión podría alterar de modo significativo la competencia en el mercado de seguros, como es el caso de la información proporcionada por las entidades de crédito en relación al derecho del cliente de aportar una póliza de seguro de otra aseguradora para la concesión del producto financiero.

Esta postura ha sido respaldada por la DCCC, que exige a las entidades de crédito respetar el derecho del prestatario de aportar una póliza de seguro de daños con un nivel de cobertura similar a las distribuidas por la entidad. Es decir, dicho seguro de daños (y en general a todos los que quedan asociados a un producto financiero) deberá exigirse al cliente con expreso cumplimiento de los requisitos de información precontractual y de transparencia de las operaciones, y que, igualmente, permitan al prestatario disfrutar de un tiempo de reflexión para: (1) comprender los elementos contractuales del negocio jurídico que va a contratar con

⁶⁹⁷ De acuerdo a PINTO ÁLVAREZ, R., *El crédito de consumo en España*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Gregorio Izquierdo Llanes, UNED, 2013, pg. 94: «Recientemente, los requisitos de estos créditos son algo mayores y en algunos casos van acompañados de un seguro de protección de pagos al mismo tiempo, los tipos de interés de estos productos han disminuido».

la entidad de crédito, soslayando la posible plasmación en los contratos de cláusulas o condiciones abusivas; (2) calcular por su parte el coste real de la operación, incluidos los costes de los productos vinculados; (3) la oportunidad de aportar una póliza de seguro distinta de la propuesta por la entidad de crédito con coberturas similares o equivalentes.

Ahora bien, nos parece plausible que la posible supeditación del préstamo hipotecario a la suscripción del seguro de daños al que se refiere la legislación hipotecaria se realice por motivos lógicos para garantizar el bien que sirve de garantía. No obstante, podrían revelarse posibles ilícitos *antitrust* al examinar la necesidad de aseguramiento de la operación financiera mediante seguros de vida, de protección de pagos... cuyas primas resultan sufragadas completamente por los clientes.

En este sentido, sería interesante exigir a las entidades de crédito la cumplimentación de un modelo estandarizado de declaración del riesgo del cliente al que se le exige, por ejemplo, un seguro de vida. Todo ello, con el propósito de evitar posibles alteraciones en el juego de la competencia en el mercado de la distribución de seguros, así como posibles ilícitos desleales⁶⁹⁸. Sin la concurrencia de medidas específicas sobre vinculación de productos, las entidades de crédito podrían exculparse alegando cualquier razón (por ejemplo, la de gestionar adecuadamente su cartera crediticia, ya esgrimida en el Expte. *Entidades de crédito*, 2009) que justifique la necesidad de vincular el producto financiero a un seguro determinado.

⁶⁹⁸ Conforme a MIRANDA SERRANO, L.M., “La protección del consumidor...”, op. cit., pg. 66: «los abusos de la libertad de empresa en perjuicio de los consumidores cometidos a través de actos de competencia se presentan así, indubitadamente, como comportamientos prohibidos por la cláusula general de la deslealtad. En líneas generales, de tales abusos cabe hablar siempre que mediante comportamientos de mercado dotados de finalidad concurrencial se perturbe o distorsione la libertad de elección y decisión de los consumidores. Razón por la que no es desacertado afirmar que es incompatible con la cláusula general de la competencia desleal y con el modelo de competencia que trata de protegerse a través de la LCD de 1991 toda actuación empresarial o profesional que, además merecer ser categorizada como acto de competencia ex LCD, es susceptible de perturbar o distorsionar la libre decisión o autonomía decisional de los consumidores en el mercado (así, entre otros, PAZARES, FONT GALÁN, MENÉNDEZ, BERCOVITZ, MASSAGUER, VICENT CHULIÁ, EMBID IRUJO)».

3. Conclusiones alcanzadas por la autoridad de la competencia

Si bien desde el punto de vista de los profesionales del seguro las distintas Resoluciones de la autoridad nacional de competencia distan mucho de la realidad de los hechos imputados a las entidades de crédito, las explicaciones ofrecidas por la autoridad para archivar las denuncias están basadas en los siguientes elementos:

- (1) Junto con las denuncias interpuestas para la persecución de supuestos acuerdos colusorios generalizados entre entidades de crédito no se aportaron pruebas o indicios que demostrarían la existencia de una práctica concertada o de un paralelismo entre entidades en el sentido del art. 1.1 LDC, sino vagas alegaciones que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia amparada constitucionalmente en el art. 24 CE.
- (2) Las denuncias se basaron exclusivamente en actuaciones supuestamente anticompetitivas no prohibidas expresamente por la legislación vigente (subordinación de productos a suscripción de seguros producidos por aseguradoras propias, oferta de descuentos o bonificaciones si el prestatario acepta las condiciones de subordinación...).
- (3) Examinada la información proporcionada por una muestra representativa de las entidades de crédito de nuestro país, se concluye que existen variaciones entre las políticas de vinculación de préstamos personales e hipotecarios con aseguradoras propias, por lo que no puede considerarse la existencia de un acuerdo o paralelismo entre aquéllas.
- (4) Del mismo modo, de dicha información se desprende que la inmensa mayoría de entidades de crédito no exige la suscripción del seguro como condición general para la concesión de un préstamo⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ En contra STS (Sala 1ª de lo Civil) de 6 de marzo de 2013 (nº. de recurso 868/2011), AH 3º: «Es evidente que la práctica de suscribir contratos de seguro vinculados a préstamos hipotecarios constituye una extendida y conocida práctica bancaria. Ello explicaría que ambos contratos tuviesen la misma fecha (29 de mayo de 2003), y que la compañía aseguradora sea una entidad perteneciente al mismo grupo que la sociedad financiera con la que los actores habían suscrito el crédito hipotecario. De hecho, no se ha discutido por la demandada en este juicio la "vinculación" entre ambas operaciones. No obstante, ello no puede suponer una identidad absoluta entre los contratos hasta el punto de presumir que la vigencia de uno queda condicionada a la del otro. Se trata de figuras jurídicas diferentes, de modo que no cabe establecer un automatismo entre la extinción de una relación contractual y la de la otra. Como se destaca en el escrito de contestación presentado por la demanda, el plazo de duración pactado por las partes era diferente, con lo que en teoría es perfectamente posible que un contrato pudiese finalizar, y no por ello el otro dejaría de desplegar efectos».

- (5) No resultando la vinculación de seguros una práctica anticompetitiva *per se*, las entidades de crédito pueden obligar al cliente, en casos puntuales, a suscribir un seguro por cuestiones de gestión lógica de riesgos en su cartera crediticia⁷⁰⁰.

4. Presupuestos para la existencia de prácticas generalizadas de vinculación contrarias al art. 1.1 LDC

Considerando los motivos esgrimidos por la autoridad nacional de competencia por los que manifestó la inexistencia de una práctica concertada o conscientemente paralela entre entidades de crédito, se ha de examinar qué condiciones deberían concurrir para apreciar una supuesta conducta generalizada contraria al art. 1.1 LDC (art. 101.1 TFUE).

En este sentido, la teoría de la vinculación de productos subraya que los acuerdos de vinculación pueden dar lugar a efectos de exclusión contrarios a las normas de competencia, tanto en el mercado del producto vinculado como el del vinculante. Estos efectos pueden medirse partiendo del porcentaje del producto vinculado sobre el total de ventas de aquél en el mercado de referencia. Si además se acuerda una cláusula de no competencia sobre el producto vinculado, no sólo se acentúan los efectos exclusionarios en la competencia, sino que se pueden generar, con carácter directo, precios superiores e incluso una discriminación de precios atendiendo a las diferentes curvas de demanda de distintos tipos de clientes⁷⁰¹.

Al respecto, cuando la posición del proveedor revista especial importancia es más probable que existan fuertes restricciones en la competencia. Por otro lado, cuando se acredite en el mercado del producto vinculante la existencia de una

⁷⁰⁰ De acuerdo a la Resolución del TDC de 28 de enero de 2003 (Expte. r 521/02, ASISA), FJ 3º: «El abuso de posición de dominio es un concepto más amplio que el de violación de normas por lo que, a pesar de la conclusión del FD 1 en el sentido de que no ha existido esa violación, la actuación de ASISA podría haber sido abusiva. No obstante, el Tribunal ha señalado en diferentes ocasiones que una conducta no puede calificarse de abusiva si tiene una explicación clara basada en la conducta lógica del negocio, distinta del deseo de obstaculizar la competencia. El hecho de que la prestación de servicios sanitarios se encuentre prevista por la propia LOSSP dentro del concepto programa de actividades, según definición de su artículo 12, lleva necesariamente a considerar que la conducta analizada forma parte de la lógica del negocio del seguro, por lo que debe excluirse su carácter abusivo, incluso en el caso de que existiera posición de dominio».

⁷⁰¹ De acuerdo a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 251, «desde un punto de vista práctico, la aptitud de exclusión de la práctica es muy similar a un test clásico de efectos, de manera que si no se establece una relación causal directa entre práctica comercial de la empresa dominante y retroceso competitivo del operador rival será difícil concluir que aquella es apta para excluir a terceros».

numerosa competencia no cabría esperar efectos apreciables contrarios a la competencia, dado que los compradores contarían con suficientes alternativas para obtener el producto vinculante sin el vinculado, salvo, evidentemente, que los distintos proveedores apliquen los mismos u otros sistemas de vinculación⁷⁰².

Por tanto, a nuestro juicio, debe constar acreditado para la concurrencia de una práctica concertada o conscientemente paralela en el ámbito banco-asegurador los siguientes elementos⁷⁰³. En primer lugar, que se acrediten fielmente similitudes entre los sistemas de vinculación con seguros, ya sean de aseguradoras propias o ajenas, a través un acuerdo previo o del mismo paralelismo seguido por las entidades de crédito (indicios plenamente demostrados). En segundo lugar, que la relación causal entre dichos indicios y los hechos presumidos quede suficientemente razonada, esto es, que los efectos de los acuerdos colusorios resulten evidentes de tal modo que a partir de ellos pueda deducirse indefectiblemente la existencia de un acuerdo como la única explicación posible⁷⁰⁴. Y por último, que de existir otras razones para explicar los indicios, éstas deberán analizarse en el sentido de razonar argumentativamente las causas de su rechazo.

Un comportamiento paralelo de entidades de crédito equivale a una práctica concertada si ésta desemboca en unas condiciones de competencia que no corresponden a las normales en el mercado, es decir, que no pueden explicarse de modo natural desde la misma estructura o las condiciones de competencia⁷⁰⁵. En este sentido, sería necesario acudir a la prueba de presunciones en el caso de no existir información adicional, para demostrar, con ello, acuerdos tácitos o formas de coordinación imposibles de ser expresamente probados⁷⁰⁶.

⁷⁰² Directrices de Verticales (apdos. 210-218).

⁷⁰³ Vid. DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 67, los autores reseñan en los comentarios del art. 1 LDC, apartado relativo a las prácticas conscientemente paralelas, que la CNC en su Resolución *Entidades de crédito* (2009) consideró, una vez analizado el comportamiento de más de veinticinco competidores, que «no se observaba un patrón homogéneo y que, por tanto, el supuesto paralelismo no estaba acreditado». Estos requisitos a los que se refieren los autores (Resolución *Películas de Video*, 1998) son: «1) Que los hechos estén suficientemente acreditados; 2) Que haya una relación causal entre la presunta conducta y los hechos y; 3) Que no quepa concebir otra interpretación racional de los comportamientos perseguidos».

⁷⁰⁴ Resolución del TDC de 18 de octubre de 2006 (Expte. 598/2005, *Panaderías de Valencia*), FJ 2º.

⁷⁰⁵ Resolución del TDC de 21 de octubre de 2007 (Expte. 612/06, *Aceites 2*), FJ 4º.

⁷⁰⁶ De acuerdo a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 226, «el TDC suele entender que existe una práctica abusiva si la negativa a suministrar se refiere al acceso a un “recurso esencial” (esto es, un producto, servicio o

No obstante, antes de valorar cuáles serían las condiciones normales en el mercado, deberíamos preguntarnos si existe interés por parte de las entidades de crédito en adoptar sistemas de vinculación de productos similares, o, por otro lado, si hubieran podido actuar independientemente para lograr la misma finalidad sin necesidad de adoptar acuerdos tácitos o a través de un paralelismo común en sus comportamientos.

Respecto a la propia subordinación o supeditación de contratos bancarios a la suscripción de seguros, se trataría de una práctica con larga relación histórica en el ámbito bancario, por lo que la propia alienación de las entidades podría considerarse como un comportamiento plenamente natural en el mercado. Es decir, no se trataría de una conducta excepcional, sino todo lo contrario, está amparada por diversas leyes, y que constituye, en definitiva, una práctica que guarda relación con los usos del mercado.

No existe, ni ha sido promulgada en el pasado, ninguna disposición legal española que prohíba: (1) que las entidades de crédito puedan obligar al cliente a suscribir un seguro para asegurar, con carácter necesario, riesgos que den lugar a posibles incumplimientos del cliente; y (2) que las entidades de crédito puedan comercializar o proponer para su comercialización seguros producidos por entidades aseguradoras propias. Teniendo en cuenta esta consideración exculpativa, aunque se declare generalizada la práctica única de subordinar productos financieros y aseguradores, no sería en modo alguno ilícita, por cuanto su constitución se origina desde la misma permisión legislativa y los usos del comercio. Por ello, a nuestro parecer, la intención de perseguir esta práctica como conducta colusoria no obtendría repercusión sancionadora, lo que viene a confirmar los argumentos contenidos en las Resoluciones de archivo dictadas en los tres expedientes citados.

Ahora bien, que la práctica de subordinar esté permitida legalmente, ello no se traduce, de forma absoluta, a que sea lícita en todo caso. Al respecto, podría resultar contraria a la competencia, provocando serias restricciones en la competencia, cuando entre las entidades de crédito exista un acuerdo o un comportamiento coordinado de subordinar un seguro a través de métodos comerciales y contractuales que tengan como finalidad la producción de barreras de entrada en el mercado asegurador. Este sistema de vinculación está dirigido a

infraestructura cuyo acceso es imprescindible para poder competir en un mercado conexo y que resulta imposible o excesivamente difícil replicar), y eso a pesar de que el solicitante de acceso no sea competidor ni cliente previo de la empresa en posición de dominio».

obligar a los clientes bancarios a suscribir seguros con entidades aseguradoras previamente designadas, ya sean propias o ajenas, coartando el derecho del cliente a elegir la aseguradora con la que contratar el seguro, entre otras conductas.

Bajo nuestro punto de vista, la conducta podría estar basada, con carácter principal, en la infracción de las letras d) y e) del art. 1.1 LDC. Si bien la doctrina destaca que dichas infracciones tienen más calado, fundamentalmente la discriminación de precios del art. 1.1 d) LDC, desde el abuso de posición dominante que como infracciones colusorias⁷⁰⁷. Sin embargo, ello no obsta para que se produzcan o se hayan producido acuerdos horizontales que afecten a uno de los dos apartados citados, aunque en determinadas ocasiones suelen acabar subsumidos o sancionados por diferentes tipos como la fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicios [art. 1.1 a) LDC]⁷⁰⁸.

Respecto a la letra d) del art. 1.1 LDC, resultaría necesario que concurrieran acumulativamente: (1) la existencia de condiciones desiguales en la contratación vinculada en relación a la aplicación de transacciones equivalentes realizadas por el resto de competidores en el mercado asegurador; y (2) la producción de un perjuicio importante hacia los consumidores, que se traduce en la contratación de seguros innecesarios con mayores costes que los producidos por aseguradoras ajenas. Se requiere, por tanto, que exista equivalencia en las transacciones, esto es, que el objeto de aquéllas sean los mismos o similares productos, y que sus características comerciales no difieran sustancialmente⁷⁰⁹.

Sobre la aplicación de la letra e) del art. 1.1 LDC relativo a la subordinación a la aceptación de prestaciones suplementarias, la infracción se dirige

⁷⁰⁷ Sobre las conductas colusorias, tienen más relevancia las restricciones verticales que las horizontales. Vid. JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J. y JIMÉNEZ LAIGLESIA, J.M, *Tipología de restricciones horizontales...*, op. cit., pgs. 186 y ss.

⁷⁰⁸ *Ibidem. cit.*, pg. 186, en relación a la Resolución del TDC de 22 de mayo de 2006 (Expte. 589/05, *FIAB/Grandes Superficies*), por la que se sancionó a las empresas Alcampo, S.A., Grupo Carrefour, Grupo El Corte Inglés y Mercadona, S.A., como responsables de una infracción sancionada por el art. 1.1 a) LDC, «por concertar sus políticas comerciales imponiendo a sus suministradores un sistema homogéneo de seguridad, a través de la instalación de etiquetas antihurto en origen». Esta conducta fue investigada inicialmente desde los apartados a), b) y d) del art. 1.1 LDC, así como del art. 81 TCE (hoy 101 TFUE), respecto a un acuerdo para la imposición a sus suministradores de un sistema homogéneo de seguridad a través de la colocación de etiquetas antihurto sobre productos similares que el índice de hurto lo justificara, todo ello previsto en un documento que les fue remitido. El acuerdo se suscribió en Madrid por los jefes de compras de las entidades denunciadas ante notario y titulado «Proyecto de protección electrónica de artículos mediante sistema de radiofrecuencia digital».

⁷⁰⁹ Vid. JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J. y JIMÉNEZ LAIGLESIA, JM, *Tipología de restricciones horizontales...*, op. cit., pgs. 187-188.

principalmente hacia aquellos acuerdos que subordinan un contrato a la aceptación de una prestación adicional que no sería incluida normalmente en contratos de naturaleza similar⁷¹⁰. El principal efecto que acarrea esta subordinación es el potencial cierre del mercado del producto vinculado, que genera a su vez graves efectos de exclusión en la libre competencia. Estos efectos podrían producirse cuando la conducta paralela impida al resto de aseguradoras y mediadores participar en el canal banca-seguros, ya sea porque las entidades de crédito suscriban acuerdos de distribución exclusiva con aseguradoras del grupo o favoritas, o bien a raíz de otras conductas que tengan como finalidad impedir que el cliente cambie de aseguradora, principalmente bajo penalización contractual, quedando obligado a mantener vigente el seguro vinculado.

Demostrar este paralelismo entre entidades de crédito no es una cuestión sencilla dado que se ha de probar, especialmente, la existencia de un efecto apreciable en la competencia. En el presente caso, podría existir tanto un acuerdo o un comportamiento coordinado tanto para (1) vincular a un préstamo u otro producto financiero un seguro a través de fórmulas o protocolos comerciales similares, como, por otro lado, (2) una conducta paralela consistente en no competir, ofreciendo condiciones comerciales similares respecto a las concedidas por el resto de entidades de crédito.

En este sentido, al igual que la posible aplicación de las letras d) y e), procedería, incluso, referir un posible acuerdo, práctica concertada o paralelismo tendente a un reparto del mercado asegurador recogido en la letra b) del art. 1.1 LDC. Como referimos, esta conducta podría resultar especialmente grave cuando distintas entidades se ponen de acuerdo para repartirse el mercado o una cartera de clientes, pudiendo ser sancionadas a partir del porcentaje del volumen de ventas en los productos afectados por la conducta⁷¹¹.

Al respecto, cuando existiera un acuerdo horizontal entre entidades de crédito relativo a no competir ofreciendo productos financieros, especialmente hipotecarios, sin aplicárseles sistemas de vinculación costosos e innecesarios al

⁷¹⁰ *Ibidem.* cit., pg. 189.

⁷¹¹ *Ibidem.* cit., pg. 165. Por otro lado, manifiesta ALONSO SOTO, R., *La aplicación de la normativa...*, op. cit., pg. 601, refiere, a modo de conclusión, que las autoridades de competencia son muy activas en la persecución de conductas anticompetitivas mediante el ejercicio de poderes de investigación muy amplios, pudiendo desarrollar políticas disuasorias con la imposición de multas importantes, que hasta pueden alcanzar hasta el 10% del volumen de negocio de la empresa infractora.

cliente, no habría duda de la ilicitud del mismo⁷¹². Sin embargo, probar la existencia de un acuerdo o una práctica conscientemente paralela con implicaciones colusorias no es una tarea sencilla, más si cabe cuando: (1) no disponemos de un acuerdo inicial que acredite la existencia de indicios sobre un posterior comportamiento coordinado de las entidades; (2) es necesario probar que la práctica ha generado algún efecto en relación a la conducta de las partes en el mercado; y (3) es posible que las entidades justifiquen la conducta como un forma de actuación más en el mercado, sirviendo dichas explicaciones dentro del espectro de suposiciones sobre cómo habrían de haber actuado para competir⁷¹³.

Por otro lado, una práctica concertada de reparto de mercado podría probarse cuando el paralelismo fuera la única justificación plausible de la existencia de la concertación anticompetitiva⁷¹⁴. Estos comportamientos suelen formar parte, usualmente, de una misma infracción compleja, sin que resulte necesario diferenciar entre acuerdos o prácticas concertadas en estos casos dado, que en virtud de la naturaleza de la infracción, pueden solaparse. Estos acuerdos de reparto de mercado pueden presentarse de forma sencilla, como meros acuerdos de distribución o de cooperación, o con un carácter más complejo.

Además de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas para no competir, pueden alterar la competencia otros acuerdos o prácticas concertadas por los que las entidades de crédito se sitúen: (1) a un mismo nivel de exigencia contractual en el aseguramiento del producto financiero; y (2) bajo similares criterios de transparencia puestos en práctica en la fase de negociación del producto financiero y del contrato de seguro asociado. Sobre este punto, podrían destacarse diferentes prácticas comerciales plasmadas en los contratos, como es la designación unilateral de la entidad de crédito como beneficiaria de la indemnización en caso de producirse el siniestro.

⁷¹² Por ejemplo, acuerdos entre entidades de crédito para no conceder préstamos hipotecarios sin necesidad de obligar al cliente a suscribir seguros de hogar o de vida, cuando el aseguramiento no esté objetivamente justificado. Este acuerdo o pacto debilitaría el acceso al mercado banco-asegurador del resto de entidades aseguradoras, por cuanto la práctica está dirigida directamente al cerramiento del mercado asegurador, repartiéndose el mercado del producto vinculado.

⁷¹³ Vid. JIMÉNEZ-LAIGLESIA, J. y JIMÉNEZ LAIGLESIA, J.M, *Tipología de restricciones horizontales...*, op. cit., pg. 168.

⁷¹⁴ No obstante, hay que tener en cuenta, como indican DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 63, la denominada «explicación alternativa satisfactoria», esto es, «la exigencia de que no exista otra explicación alternativa a la de la competencia».

En definitiva, en relación a la doctrina antes mencionada, han de concurrir los siguientes elementos o presupuestos para considerar la existencia de una práctica concertada o conscientemente paralela en el ámbito de la actividad de banca-seguros:

- (1) Que los indicios del paralelismo queden fielmente probados, esto es, que se compruebe si existe identidad entre las condiciones económicas y contractuales asociadas a los sistemas de vinculación con seguros ofertados por las entidades de crédito. Sobre este punto cabe aseverar que la práctica de vinculación pura no es *per se* ilícita; consideramos que el sistema de vinculación aplicado que nace desde esta posibilidad comercial sí podría constituir un ilícito *antitrust*. Es el caso de similitudes en el diferencial aplicable dependiente de la cantidad de seguros vinculados, la falta de transparencia en la negociación de los productos, mismos niveles de exigencia en el aseguramiento de productos financieros...
- (2) Que a partir de dichos indicios de coordinación queden suficientemente razonados los hechos presumidos, por los que pueda deducirse, indefectiblemente, la existencia de un paralelismo plenamente consciente a través de un contacto directo o indirecto entre aquéllas⁷¹⁵. La presencia de este elemento adquiere especial relevancia en la persecución de conductas colusorias, ya que obedece al interés de las entidades de sustituir conscientemente, a través de la práctica concertada o paralelismo, los riesgos de la competencia. De esta forma, el supuesto paralelismo tendría visos de evitar por completo los riesgos individuales que conllevaría ejecutar la conducta de forma individual, y no de manera concertada⁷¹⁶.
- (3) Que las condiciones de competencia generadas por este paralelismo no se correspondan con las normales en el mercado, y no puedan explicarse, por otro lado, como una mera alienación natural desde la estructura, condiciones de la competencia o a partir de una reacción frente a cambios en el mercado que afectan del mismo modo a los competidores⁷¹⁷. Al

⁷¹⁵ En este sentido, debe presentarse una actuación consciente para constituir una manifestación expresa y precisa de una voluntad o plan común.

⁷¹⁶ Vid. Resolución del TDC de 6 de marzo de 1992 (Expte. 306/91, *Henkel Ibérica, S.A., y otros*), AH 7°.

⁷¹⁷ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2005, pg. 311.

respecto, se han de probar que las condiciones anteriores de mercado han sido sustancialmente modificadas en atención a la práctica, produciendo alteraciones sensibles en la competencia desde la fecha de aparición del paralelismo. Por otro lado, la conducta podría considerarse, atendiendo por ejemplo a la cuota de mercado, como una práctica de menor importancia en el sentido del art. 5 LDC.

- (4) Que la práctica concertada genere sobre las economías de los clientes y del resto de operadores del mercado condiciones significativamente desventajosas y desiguales para prestaciones que son equivalentes en el mercado asegurador⁷¹⁸. Por ello, se pondrían bajo examen las condiciones contractuales y económicas asociadas a la venta combinada respecto al coste del producto financiero y al coste del contrato de seguro, en ambos casos en referencia al coste de los productos comercializados sin vinculación de cualquier tipo. Como decimos, la conducta paralela podría presentar beneficios para los consumidores así como, en general, para la economía nacional, pudiendo ser aplicable la exención por eficiencias del art. 1.3 LDC.

5. Restricciones en la competencia por supuestos paralelismos entre entidades de crédito

De acuerdo a la jurisprudencia, el paralelismo de conductas debe reunir dos requisitos: (1) que la conducta esté constituida con aquellos elementos de cooperación y coordinación que le son característicos y que ya hemos desarrollado en anteriores apartados; y (2) que dicha conducta sea capaz de alterar de forma sensible las condiciones de competencia en el mercado⁷¹⁹.

La aplicación del art. 1.1 LDC (art. 101.1 TFUE) dependería, evidentemente, de que se demostrase que la práctica concertada o conscientemente paralela tiene por objeto o por efecto afectar de manera significativa el juego de la competencia en el mercado del producto financiero y del seguro vinculado. Esto ocurriría cuando las entidades de crédito, a través de la práctica paralela, lograsen mantener inalterado su *status quo* generado a través de la venta combinada, privando a la clientela de la posibilidad de disfrutar de mejores condiciones ofrecidas en

⁷¹⁸ Todo ello bajo la posible aplicación del art. 1.3 LDC en relación a la exención de la prohibición del apartado primero cuando concurren a través de la práctica eficiencias y beneficios para los consumidores. Esta cuestión la trataremos en detalle en el último capítulo.

⁷¹⁹ Vid. AA.VV., *Código de Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 402.

condiciones normales de competencia, fundamentalmente por la falta de competencia presente en el canal bancario.

Sin embargo, para definir las restricciones provocadas por la práctica que es objeto de examen, resultaría necesario apreciar la existencia de los siguientes elementos: (1) si entre las entidades de crédito existen contactos o intercambios de información acerca de sus sistemas de vinculación con seguros; (2) determinar, en referencia al mercado asegurador, si dichos sistemas de vinculación son uniformes entre entidades, y si aquéllos serían diferentes a los aplicados en condiciones de libre competencia; y (3) resultaría necesario verificar igualmente en el conjunto de pólizas de seguro en cuestión suscritas en territorio nacional o entre Estados miembros, el número y la importancia de las pólizas vinculadas con productos financieros⁷²⁰.

Las formas que puede adoptar una cooperación práctica son muy variadas, esto es, la coordinación puede presentarse en un convenio no vinculante jurídicamente, en la simple voluntad de las partes de actuar bajo un mismo plan, en el intercambio de información... La conclusión que ha alcanzado la doctrina administrativa fue la de definir como prácticas concertadas aquellas actuaciones que, con fines de alterar o restringir la situación de competencia en un mercado, implican un comportamiento paralelo consciente entre competidores, y suponen una cierta cooperación o coordinación entre aquéllos. No se exige, por tanto, el elemento consensual, sino que dicho paralelismo pueda ser justificado por reacciones normales o previsibles de los agentes en el mercado⁷²¹.

Asimismo, las restricciones en la competencia podrían calificarse de graves, por cuanto, a través de un supuesto paralelismo en los sistemas de vinculación de las entidades de crédito, podría provocarse un severo cerramiento de la competencia de los operadores del seguro (aseguradoras, mediadores...), a los que se les impide participar en igualdad de condiciones en el canal bancario. Para determinar con mayor precisión la significancia de las citadas alteraciones en el mercado de seguros, sería necesario examinar el juego de la competencia desde un nuevo punto de vista, esto es, aquél que se generaría en el hipotético caso de que no existieran las prácticas denunciadas. En términos generales, esta averiguación podría resolverse

⁷²⁰ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1988 (As. 172/80, *Zücher Vs. Bayerische Vereinsbank*), consid. 21.

⁷²¹ Vid. Resolución del TDC de 6 de marzo de 1992 (Expte. 306/91, *Henkel Ibérica, S.A., y otros*), FJ 3º.

considerando si antes o después de la conducta las condiciones de competencia en el mercado asegurador son o no son las mismas y el origen de su alteración⁷²².

De acuerdo a la jurisprudencia comunitaria, especialmente desarrollada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1980 (As. 99/79, *Lancôme*)⁷²³, para realizar la comprobación del marco real que se produciría de no concurrir la práctica sería preciso considerar: (1) especialmente, la naturaleza y la cantidad limitada o no de los productos objeto del acuerdo; (2) la posición e importancia de las partes en el mercado de productos; y (3) el carácter aislado de la conducta o el lugar que aquélla ocupa en un conjunto de acuerdos.

Cabría destacar la importancia que ostenta el sector banca-seguros frente al resto de competidores del mercado asegurador, particularmente en la distribución de seguros de vida. En este sentido, no sólo en nuestro país, sino en la mayoría de países del mundo, la participación del canal banca-seguros del total del volumen de pólizas comercializadas es abrumador. En España, en el sector vida, la banca-seguros está asumiendo porcentajes de total de primas de seguros de entre el 70% y el 80%, lo que convierte a las entidades de crédito en distribuidores masivos de seguros con un importante poder comercial. Si a estos significativos recursos y acceso a miles de consumidores se suma, además, el poder financiero, la naturaleza de estas prácticas de vinculación, supuestamente fraudulentas, podrían generar graves alteraciones en la competencia.

Las restricciones generadas en los distintos canales de distribución de seguros parecen, a primera vista, muy sustanciales. Al respecto, un paralelismo entre entidades que pretendiese fijar una similar penalización en el tipo de interés aplicable en caso de no cumplir con toda la vinculación exigida podría resultar muy dañina para la competencia por sus implicaciones en la fijación de barreras de entrada.

En particular, como ha reiterado el TDC, la concertación horizontal de precios constituye una de las más graves modalidades de infracción perseguidas por las normas de competencia⁷²⁴. Estas conductas impiden la libertad contractual, fijando las condiciones de actuación en el mercado en el que se desarrollan⁷²⁵. En concreto, las entidades pueden establecer condiciones comerciales similares

⁷²² Vid. Resolución del TDC de 17 de enero de 1992 (Expte. A 15/91, *Ausbanc*), FJ 4º.

⁷²³ Consid. 24.

⁷²⁴ Resolución del TDC de 13 de junio de 2003 (Expte. 543/02, *Transmediterránea/Euroferrys/Buquebús*), FJ 10º.

⁷²⁵ Resolución del TDC de 15 de abril de 1999 (Expte. 426/98, *Azúcar*), FJ 39º.

respecto al diferencial aplicable al tipo de interés si el cliente contrata uno o varios seguros, o, por otro lado, ninguno de los ofertados junto con el producto financiero. Este es el caso, a nuestro juicio, de los préstamos hipotecarios de tipo variable de adquisición de vivienda residencial ofertados por algunas entidades de crédito, cuyas condiciones económicas similares obedecen a una reducción similar del tipo de interés, normalmente un punto respecto a la concesión del mismo producto pero sin vinculaciones. Este comportamiento podría resultar prohibido por el art. 1.1 a) LDC al fijarse directa o indirectamente las condiciones comerciales en la comercialización de productos financieros⁷²⁶.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha reconocido en numerosa jurisprudencia que las conductas colusorias no pueden perseguirse cuando sus efectos sobre el comercio entre los Estados miembros o sobre la competencia no son sensibles. Al respecto, la Comisión a través de su Comunicación *de minimis*⁷²⁷ define, por medio de los umbrales de cuotas de mercado, qué conductas no ostentan restricciones sensibles de la competencia a la luz del art. 101 TFUE.

En resumen, la Comisión establece la aplicación de la Comunicación a los acuerdos entre competidores reales y potenciales (acuerdos horizontales) en los casos en que la cuota de mercado conjunta no supere el 10%; y para los acuerdos verticales entre no competidores el 15%. Cuando exista un efecto acumulativo generado por redes paralelas de acuerdos similares el porcentaje de beneficio no podrá superar el 5%. Sin embargo, cuando concurren acuerdos que contengan una o varias restricciones especialmente graves no se beneficiarán de la Comunicación. Es el caso de acuerdos con efectos especialmente graves de la competencia que, por su objeto, disponen de un potencial importante para restringir la competencia, no siendo necesario demostrar cualquier efecto real o potencial en el mercado⁷²⁸.

Sobre el objeto y efectos de la práctica concertada o conscientemente paralela llevada a cabo por entidades de crédito, se trataría de una restricción a la

⁷²⁶ Asimismo, el hecho de que entidades de crédito obliguen al cliente a que, junto con un préstamo hipotecario, suscriban un seguro de vida y de hogar, sin posibilidad de optar por no vincular dichos productos, podría provocar un falseamiento en el juego de la competencia. No obstante, sobre el seguro de hogar, el Parlamento Europeo a través de su DCCC, señala que resulta plausible que los prestamistas puedan exigir a los consumidores que dispongan de la pertinente póliza de seguro para garantizar el reembolso del crédito o asegurar el valor de la garantía. Si bien el consumidor deberá disfrutar del derecho de aportar una póliza de seguro de hogar de otra entidad aseguradora con el mismo nivel de cobertura exigido por la entidad de crédito.

⁷²⁷ 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. DOUE núm. C291/1, de 30 de agosto de 2014.

⁷²⁸ Vid. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, apdo. 20.

competencia entre empresas, con el propósito de alinear sus políticas comerciales de vinculación de productos, entre ellos los seguros.

El objeto directo es la eliminación del riesgo que supondría emplear de forma unilateral políticas de vinculación con sus productos financieros con el fin de: (1) evitar posibles rechazos de los consumidores; (3) pretender que el resto de aseguradoras y mediadores que operan con los seguros que son asociados no tengan ninguna posibilidad de competir contra éstas; y (2) aumentar la rentabilidad de sus productos y servicios a través de la vinculación.

El efecto, por otro lado, puede consistir en restringir o falsear sustancialmente la competencia durante un limitado periodo temporal en relación a la duración que tengan dichas políticas comunes de vinculación (en el caso de la vinculación de seguros podrían superarse las dos décadas). A través de este efecto las entidades de crédito evitan asumir los riesgos que podrían sufrir cuando una de aquéllas tomara la decisión unilateral de ofrecer a los clientes una política de vinculación determinada, diferenciada sustancialmente de las del resto de entidades.

Capítulo V

Abuso de posición dominante a través de prácticas vinculadas en el canal banca-seguros

I. Introducción

La aplicación del art. 102 TFUE (art. 2.1 LDC) a las prácticas de ventas vinculadas y combinadas surgidas en la actividad de banca-seguros podría tener mejor encaje que la persecución de conductas colusorias, en atención a la naturaleza coercitiva de la vinculación. Sin embargo, para aplicar la prohibición se requiere acreditar, no sólo la existencia de una posición dominante, sino el carácter abusivo de la práctica.

El aumento del grado de concentración bancaria a causa de la reestructuración del sistema financiero español puede generar una seria amenaza para los proveedores de seguros, que ven mermadas sus aspiraciones de explotar el negocio de banca-seguros⁷²⁹. En este sentido, el paralelismo existente entre las numerosas ofertas de productos o servicios bancarios en las que se incluye un seguro, y una reducción de competidores, especialmente en el mercado hipotecario, puede generar importantes obstáculos para el mantenimiento de competencia efectiva.

Al respecto, se examinan a continuación los distintos elementos que, de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria y doctrina administrativa, debe reunir una posición dominante individual y colectiva, para, seguidamente, considerar los posibles abusos de explotación que, una o varias entidades de crédito, dominantes en el mercado de banca minorista, podrían haber estado realizando a través de sus políticas de vinculación de productos⁷³⁰.

⁷²⁹ En relación al proceso de reestructuración y reordenación de las cajas de ahorro, pueden consultarse GIMÉNEZ ZURIAGA, I., *Actividad bancaria, Reestructuración y Creación de Bancos Malos*, Tesis Doctoral dirigida por los Profesores D. Aurelio Martínez Estévez y D. Josep María Jordán Galduf, Universidad de Valencia, 2016; URBANEJA CILLÁN, J., “La reestructuración de sistema financiero español. El proceso de reforma tras la asistencia financiera de la banca española”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 32, 2014; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, M., FERNÁNDEZ TORRES, Y. y PALOMO ZURDO, R., “De la transformación a la bancarización de las cajas de ahorros españolas: Un análisis de los resultados perseguidos”, *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, 2016, Vol. 122, pgs. 86-109; CARBÓ VALVERDE, S., “Presente y futuro del modelo de cajas de ahorro en España”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº. 68, 2010, pgs. 167-182; y CALVO BERNANDINO, A. y MARTÍN DE VIDALES CARRASCO, R., “Crisis financiera y reestructuración de las cajas de ahorro en España (2003-2013)”, *Revista Galega de Economía*, Vol. 26-1, 2017, pgs. 5-18.

⁷³⁰ La Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su Sentencia de 23 de marzo de 2011 (nº. de recurso 489/2009), en relación al Recurso Contencioso-Administrativo presentado contra la Resolución de la CNC de mayo de 2009 (Expte. 2789, *Entidades de crédito*), que archivó el procedimiento iniciado por una denuncia de Ausbanc sobre una práctica generalizada relativa a la subordinación de la concesión de préstamos hipotecarios a la suscripción de un seguro de vida o de amortización de crédito con una aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial y en utilizar otras vías distintas a la de reclamar a esta aseguradora el pago del seguro al producirse la contingencia asegurada, en detrimento de la eficacia de dicho seguro, manifiesta en su FJ 4º, en

II. Abuso de posición dominante (Aspectos generales)

1. Tipicidad de la infracción *antitrust*

El art. 102 TFUE (antiguo art. 82 TCE) declara incompatibles con el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva por parte de una o más empresas de una posición dominante. Señala igualmente, a título meramente ejemplificativo, cuatro posibles prácticas abusivas: (1) imponer, directa o indirectamente, precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativa; (2) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; (3) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; y (4) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

En cuanto a los antecedentes del art. 102 TFUE, los autores han destacado, tradicionalmente, cuatro fuentes legislativas fundamentales⁷³¹: (1) la legislación *antitrust* americana, en particular la *Sherman Antitrust Act* de 1890⁷³²; (2) la Ley

relación a la exposición de hechos probados de la Resolución de la CNC, que: «no se observan conductas concertadas ni conscientemente paralelas, ya que la variedad que se observa en los comportamientos de las distintas entidades, impide apreciar tal concertación. Tampoco podemos apreciar que exista un abuso de posición de dominio, dado que en la mayoría de los casos, en el comportamiento de las entidades de crédito no se aprecia vinculación entre la concesión del crédito y la exigencia del contrato de seguro. Ni se aprecia práctica desleal con incidencia en la libre competencia». Por su parte, la Resolución de la CNC de 29 de mayo de 2009, antes citada, refiere en su FJ 4º sobre la existencia de abuso de posición dominante que: «En el caso que nos ocupa, no estamos ante una situación de posición de dominio en el mercado de la banca minorista -o en segmentos más estrechos como la concesión de préstamos hipotecarios o personales- que lleve a pensar que un operador puede a través de la vinculación de productos, extender su dominio a un mercado adyacente de seguros. Precisamente por ello y porque la Sentencia de la Audiencia Nacional basaba su razonamiento jurídico en que los hechos denunciados fueran una práctica generalizada, el TDC en su Resolución de 23 de marzo de 2007 instaba a la incoación de expediente sancionador por supuestas prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC. Luego, tal y como la Dirección de Investigación señala, el posible problema de competencia estaría en que la vinculación fuera una práctica generalizada de tipo colusorio, que llevara a reducir la competencia en el mercado».

⁷³¹ Los cuatro antecedentes del art. 82 TCE (hoy art. 102 TFUE) han sido extraídos de PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...*, op. cit., pgs. 78 y 79.

⁷³² El texto original (51º Congress, SESS I, CHS. 646, 647) de la *Sherman Antitrust Act* (1890), en su Sección 2ª, disponía: «Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on

alemana contra restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), promulgada el 27 de junio de 1957, hoy en vigor, cuyo art. 19 prohíbe el abuso de posición dominante por parte de una o más empresas⁷³³; (3) el ordenamiento jurídico francés en materia de competencia, y, especialmente, la Ordenanza de 30 de junio de 1945, norma francesa que se caracterizó por regular el régimen sancionador de las infracciones *antitrust*⁷³⁴; y

conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court» [Toda persona que monopolice o intente monopolizar, combinar o conspirar con cualquier otra u otras, con el fin de monopolizar cualquier parte del comercio entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, será considerada culpable de un delito grave y, en virtud del mismo, será castigado con multa no superior a cinco mil dólares, o con prisión de no más de un año, o por ambas penas, a discreción del tribunal].

⁷³³ Vid. VIDAL HÄNTSCH, H, *Modificación del año 2005 a la Ley alemana contra restricciones a la competencia y su adecuación al Derecho de la Comunidad Europea*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008, pg. 3. Asimismo, su art. 18 define el término dominancia en un mercado, recogiendo ocho criterios para evaluar la posición de mercado de una empresa en relación con sus competidores. No obstante, su apartado 4 se refiere que es de suponer que una empresa es dominante si tiene una cuota de mercado de al menos del 40% (*Es wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat*). En el punto 2º, relativo a la necesidad y oportunidad de la norma de competencia, de la Exposición de Motivos de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, se manifiesta, atendiendo a la importancia de la norma alemana: «De forma análoga a lo sucedido en los Estados Unidos, en la Gran Bretaña y Alemania, llegó un momento en que se hizo patente la necesidad de recurrir a una legislación especial sobre la materia, cuyas últimas y vigentes manifestaciones son, respectivamente, la «Restrictive Trade Practices Act», de 1956, y la «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», de 1957». Igualmente, Vid. MCGOWAN, L., «The Antitrust Revolution in Europe: Exploring the European Commission's Cartel Policy», *Edward Elgar Publishing Limited*, 2010, pgs. 87 y 88. Asimismo, conforme comenta DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 5.2.2, cap. 1: «en Alemania se produce en 1994 el fenómeno de liberalización conocido como *Deregulierung*, por el que se eliminan las condiciones de seguro y tarifas comunes, estimulándose con ello la competencia en el mercado».

⁷³⁴ Ordonnance n°. 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique. Vid. DELMAS-MARTY M., *Modelos actuales de Política Criminal*, Madrid, Centro de publicaciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Colección Temas Penales, serie n°. 4, 1986, pg. 81. Por otro lado, de acuerdo con DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 3.2.1, cap. 2: «hasta 2001, las únicas referencias expresas a las prácticas de vinculación de productos eran las contenidas en las disposiciones de Derecho de la competencia, recogidas, por un lado, en el *Code de Commerce* (artículo L 420-2, relativo al abuso de posición de dominio en el mercado), y por otro, en el *Code de la Consommation*, cuyo artículo L122-1 prohibía la venta subordinada) en tanto pudiera ser considerada como una práctica comercial desleal, entendiendo por tales las que resultaran contrarias a la diligencia profesional y alteraran o fueran susceptibles de alterar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor normalmente informado y razonablemente atento, con respecto al bien o servicio (L 120-1). Hasta este momento, el régimen era similar al de otros ordenamientos como el español, en los que únicamente se hace referencia a estas prácticas en el ámbito del Derecho de la competencia. Incluso resultaba más permisivo que otros ya que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley Bancaria de 1984, la previsión del Código de

(4) el art. 66.7 CECA relativo a la prohibición de la explotación abusiva de una posición dominante⁷³⁵.

En nuestro Derecho interno, la disposición que prohíbe la explotación abusiva por parte de una o varias empresas de su posición dominante en todo o en parte del mercado nacional es el art. 2.1 LDC⁷³⁶. El legislador español en la exposición de motivos de la anterior norma de competencia, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, posteriormente derogada por la LDC, respaldó su inspiración, por una parte, en las normas comunitarias de política de competencia, y, por otra, en el propósito de superar los defectos que frustraron la plena aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la

Consumo no resultaba aplicable a los establecimientos de crédito, que gozaban en este sentido de una libertad casi absoluta».

⁷³⁵ BOE núm. 1, de enero de 1986. Art. 66.7 CECA: «Si la Comisión reconociera que empresas públicas o privadas, que tienen o adquieren, de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos de su competencia, una posición dominante que las sustrae a una competencia efectiva en una parte importante del mercado común, utilizan tal posición para fines contrarios a los objetivos del presente Tratado, les dirigirá cuantas recomendaciones fueren apropiadas para conseguir que dicha posición no sea utilizada para estos fines. De no aplicarse satisfactoriamente, en un plazo razonable, dichas recomendaciones, la Comisión, por medio de decisiones tomadas consultando al Gobierno interesado, fijará los precios y condiciones de venta que deberá aplicar la empresa de que se trate, o establecerá programas de fabricación o programas de entrega que esta última deberá ejecutar, so pena de las sanciones previstas, respectivamente, en los artículos 58, 59 y 64».

⁷³⁶ Así, como la Resolución de la CNMC (Sala de la Competencia) de 15 de octubre de 2015 (Expte. S/0501/13 CONTINENTAL AUTOMOTIVE), FJ 2º: «por su parte, el artículo 2 de la LDC, bajo el título “abuso de posición dominante” establece que: “1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”, determinando en su apartado 2, de forma no exhaustiva, algunas de las conductas susceptibles de ser tipificadas como abuso. Por su parte, el artículo 49.1 de la LDC dispone que la DC incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. En el número 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la DC, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas, cuando considere que no hay indicios de infracción». Hay que tener en cuenta que, en sede del abuso de posición dominante, las empresas tienen la carga de la prueba para desvirtuar las presunciones legales alcanzadas por la autoridad de la competencia en sus investigaciones y resoluciones posteriores. En este sentido, RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso de posición de dominio”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº. 21, 2017, pg. 8, recuerda que: «en abuso de posición de dominio, las presunciones legales funcionan en sede de abuso prima facie en dos instancias: en la prueba de la existencia de una posición de dominio (a través de por ejemplo, la presunción de que determinadas cuotas de mercado indican la existencia de una posición de dominio) o en la del abuso (por ejemplo, se presume la existencia de una conducta abusiva en las ventas por debajo de un cierto nivel de costes). Así, cuando entra en juego la presunción, la carga de la prueba se altera, trasladándose desde la autoridad de la competencia a la contraparte, la empresa dominante. Una vez instaurada esta presunción, para rebatirla, no es sólo necesario aportar argumentos que hagan dudar de la veracidad de la presunción, sino que se necesita prueba de entidad suficiente en contra».

Competencia⁷³⁷. El texto de la LDC contiene importantes similitudes con la norma comunitaria⁷³⁸, salvo por dos aspectos: (1) por la omisión en el texto comunitario del posible abuso recogido en la letra c) del art. 2.2 LDC consistente en «la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios»⁷³⁹, y (2) por la aplicación de la prohibición aun cuando la posición en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal (art. 2.3 LDC).

El art. 102 TFUE exige para determinar la existencia de un abuso de posición dominante tres requisitos: (1) la existencia de una posición dominante; (2) la explotación abusiva de ésta; y (3) la posibilidad de que el abuso pueda afectar al comercio entre los Estados miembros⁷⁴⁰.

Resulta necesario destacar, dada su relevancia para la aplicación de las prohibiciones, el Reglamento n.º 1/2003. Esta norma introdujo nuevos elementos que transformaron la aplicación de la política de competencia en la Unión Europea, descentralizando las competencias de la Comisión a las autoridades públicas de los Estados miembros y sus órganos jurisdiccionales, y permitiendo a ésta focalizar sus esfuerzos y recursos sobre el examen de infracciones más graves y de dimensión

⁷³⁷ Párr. 3º de la exposición de motivos.

⁷³⁸ Vid. Resolución de la CNMC (Sala de Competencia) de 29 de octubre de 2015 (Expte. S/0409/12, *TELEFÓNICA*), FJ 2º. En cuanto a los empaquetamientos abusivos denunciados por Astel, la Sala indica que: «sobre las demás conductas denunciadas, Astel también señala en la denuncia que Telefónica habría abusado de su posición de dominio en los mercados afectados a través de empaquetamientos abusivos, descuentos selectivos o participación en el diseño de los pliegos de licitación. Sin embargo, Astel no aporta ningún indicio que permita corroborar las anteriores afirmaciones. Además, hay que tener en cuenta que en el caso de las licitaciones públicas, es la propia administración la que determina de forma unilateral, a través de la configuración de los lotes y la fijación de los criterios de valoración de las ofertas, el tratamiento que se va a dar a las ofertas empaquetadas, por lo que no se puede concluir automáticamente que existen indicios de que Telefónica haya incurrido en empaquetamientos abusivos si oferta simultáneamente múltiples servicios, especialmente teniendo en cuenta que los operadores alternativos suelen ofertar también paquetes de servicios de comunicaciones electrónicas fijos y móviles».

⁷³⁹ Vid. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...*, op. cit., pg. 268. Esta regulación se basa en la teoría de los insumos esenciales (*essential facilities*), que ha sido adoptado por la autoridad de competencia en numerosas resoluciones (Resolución del TDC de 22 de mayo de 2003 Expte. 551/02; Resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009, Expte. 486/00, *A/Tabacalera*; Resolución del TDC de 12 de abril de 2007, Expte R 713/07, *Prices/Binter Canarias*), y por la que, manifiesta que dicha teoría constituye un abuso de posición dominante al negar algo necesario a un competidor en un mercado conexo (Resolución del TDC de 7 de marzo de 2002, Expte. 513/01 *Tubogas/Repsol*), FJ 9º.

⁷⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de febrero de 1971 (As. 40-70, *Sirena S.r.l. contra Eda S.r.l. y otros*), consid. 19.

transaccional⁷⁴¹. No obstante, en todo caso, para todos los procedimientos seguidos en atención a infracciones consistentes en abusos de posición dominante (nacionales y comunitarios) la carga de la prueba recae sobre la parte o la autoridad que ponga de manifiesto la realidad de dichas infracciones⁷⁴².

2. Noción de posición dominante

La definición de posición dominante ha sido tratada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de las autoridades comunitarias⁷⁴³, dado que el art. 102

⁷⁴¹ En relación a la determinación de la sanción en aplicación de la LDC, la Resolución de la CNMC (Sala de Competencia) de 28 de febrero de 2017 (Expte. S/DC/0511/14, *RENFE OPERADORA*), FJ 7º, indica que: «en cuanto a la valoración de la infracción, el artículo 62.4.a) de la LDC establece que será infracción calificada como muy grave “[el] abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos”. Por su parte, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa y, en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros. Sobre la naturaleza del 10% –si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación–, son de aplicación también aquí las aclaraciones que se han incluido en el apartado 6.1». Por otro lado, en virtud del art. 63.3 b) LDC se considerará grave «el abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 que no tenga la consideración de muy grave».

⁷⁴² Por otro lado, en el procedimiento sancionador resulta aplicable, siempre hay que tenerlo en cuenta, el principio de presunción de inocencia en los mismos términos que los atribuidos al Derecho Penal. En este sentido, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de febrero de 2006 (nº. de recurso 3754/2003), FJ 6º, citada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia de la Sala, advierte que: «el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías de defensa, que se constituye como derecho fundamental del ciudadano a un procedimiento justo y equitativo frente a los poderes coercitivos de la Administración, en que se respeten los derechos de defensa con interdicción de indefensión, en una interpretación sistemática de los artículos 24 y 25 de la Constitución y del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, engloba, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras garantías, al derecho a no ser sancionado sin ser oído y, a ejercer las facultades de alegación con contradicción en todas las fases del procedimiento, el derecho a un procedimiento público, el derecho a ser informado de la acusación, de modo que se conozcan sin restricción los hechos imputados, que impone que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que excluye la admisibilidad y apreciación de pruebas ilícitas, y el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida, que sustente la resolución sancionadora». Puede consultarse al respecto MARTÍ MIRAVALLS, J., “Acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia: responsabilidad conjunta y prescripción”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, año 2016-2017, Tomo 37, 2017, pgs. 29-54.

⁷⁴³ De acuerdo con FONT GALÁN, J.L., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1986, pg. 266, para determinar la existencia de una posición dominante, no pueden tenerse en cuenta criterios fijos y universales, ni, igualmente, su aplicación puede resultar homogénea ni monolítica. Por este motivo, sugiere FERNÁNDEZ-LEGA GARRALDA, C., *Derecho de la Competencia*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1994, pg.

TFUE no presenta desarrollo alguno⁷⁴⁴. En este sentido, resulta clásica la Sentencia *United Brands* (1978)⁷⁴⁵, que define la posición dominante como «la posición de poder económico de una empresa que le permita obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independiente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores».

Esta definición, reiterada posteriormente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, viene a confirmar la utilizada en la Decisión *Continental Can Company* (1971)⁷⁴⁶, que relaciona el término con la capacidad de desarrollar comportamientos independientes sin tener en cuenta a las empresas competidoras, compradoras o vendedoras, y sin que resulte necesario la existencia de una dominación absoluta que permita a la empresa dominante eliminar toda capacidad de decisión autónoma de sus competidores⁷⁴⁷. Resulta suficiente, pues, que, en su conjunto, esta posición sea suficientemente importante como para asegurarse una independencia global de comportamiento, aun en el supuesto de que existan diferentes mercados parciales⁷⁴⁸.

178, que hay que tener más en consideración los elementos estáticos y dinámicos de carácter económico y empresarial, esto es, el mercado del producto y su sustituibilidad.

⁷⁴⁴ Art. 102 párr. 1º TFUE: «Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo».

⁷⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 (As. 27/76, *United Brands Company y United Brands Continentaal c. Comisión*), consid. 65. En el mismo sentido, entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 (As. 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*), consid. 36; y de 12 de diciembre de 1991 (As. T-30/89, *Hilti AG/Comisión*), consid. 90.

⁷⁴⁶ Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1971 (IV/26.811, *Continental Can Company*).

⁷⁴⁷ Conforme a la Resolución de la CNMC (Sala de Competencia) de 8 de junio de 2017 (S/DC/0557/15, *NOKIA*), FJ 4º: «[...] la posición de dominio se define como una posición de poder económico en un mercado que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores. El Tribunal de Defensa de la Competencia se pronunció de forma similar al señalar que “Una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto.” De modo que el elemento clave en la definición de la posición dominante de una empresa en un mercado es su significativa independencia de comportamiento en ese mercado respecto de sus fuentes de presión competitiva, ya sean competidores, proveedores o clientes, para poder influir en el mismo. Sin esa independencia, aunque la empresa abarque gran parte del mercado, no puede actuar al margen de las leyes de la oferta y la demanda».

⁷⁴⁸ Decisión de la Comisión (pg. 25), citada igualmente por PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...*, op. cit., pgs. 215 y 216.

Una vez confirmada esta concepción de posición dominante por la jurisprudencia, la conocida Sentencia *Hoffmann-La Roche* (1979)⁷⁴⁹ señalaría que, a diferencia de lo que ocurre en una situación de monopolio o de cuasi-monopolio, la posición dominante no excluye la posibilidad de que exista cierta competencia, discrepando con lo que se establece en la Decisión *GEMA* (1971)⁷⁵⁰. No obstante, indica el Tribunal de Justicia, esta situación coloca a la empresa que la disfruta en situación, si no de decidir, al menos de influir notablemente en las condiciones en que se desarrollará esa competencia, y, en cualquier caso, de actuar en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, por otro lado, dicha actitud le perjudique. Del mismo modo, manifiesta la Sentencia, la existencia de una posición dominante puede deberse a diversos factores, siendo uno muy significativo la existencia de cuotas de mercado muy altas⁷⁵¹.

En este sentido, la posición de dominio en un mercado relevante exige que la empresa que la ostente pueda ejercer un poder sustancial sobre dicho mercado bajo sus dimensiones geográficas, temporal y de productos, esto es, que pueda influir en el mismo de forma decisiva, lo que le habilita para evitar el mantenimiento de una competencia efectiva⁷⁵². La consecuencia de esta situación anticompetitiva es la

⁷⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 (As. 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*), consid. 39.

⁷⁵⁰ Decisión de la Comisión de 2 de junio de 1971 (IV/26760-*GEMA*). Con la decisión se sanciona el abuso consistente en discriminar a los nacionales de otros Estados miembros al no poder ser miembros de *GEMA* (*Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*), actualmente una sociedad general de autores y compositores que gestiona los derechos de autor de más de 64.000 miembros a cambio de una compensación por uso o reproducción de sus obras. De esta forma, se equipara entre abuso de posición dominante y ausencia de competidores en el mercado, es decir, la posición dominante impide que exista competencia que pueda ejercerse de manera efectiva. Este criterio fue modificado definitivamente por la Decisión *Continental Can Company* (1971), y por las Sentencias *United Brands* (1978) y *Hoffmann-La Roche* (1979).

⁷⁵¹ De acuerdo a AVANZETTI, A. y DI CATALDO, V., *Manuale di Diritto Industriale*, Milán (Italia), Guifré Editore, 1993, pg. 482, una cuota de mercado mayor al 70% supone la constitución de una posición dominante, entre el 40% y el 70% podría existir una posición de dominio, pero en cuotas por debajo del 40% no parecería factible referirnos a una posición de dominio en un mercado determinado.

⁷⁵² La competencia efectiva entre las empresas constituye, como recoge el Preámbulo de la LDC, es uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, por lo que «resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado». El Tribunal Supremo recurrentemente ha atribuido a la jurisdicción civil de todos los litigios en los que se ejercitan las acciones previstas de la LCD. En un asunto sobre una demanda de menor cuantía formulada por *Exprensa* (Asociación de Expendedores de Prensa y Revista de Vizcaya), la actora suplicó ante el Juzgado de Primera Instancia nº. 11 de Bilbao la cesación por parte de la demandada en la práctica de competencia desleal consistente: (1) en cobrar las revistas y publicaciones distribuidas a los vendedores con una semana de posterioridad a su

exclusión de los competidores en el mercado a través de prácticas que pueden consistir en precios predatorios, la limitación de la producción o la subordinación de contratos. Únicamente mediante un poder de mercado continuado y persistente en el tiempo una o varias empresas pueden constituir una posición dominante⁷⁵³.

Resulta, por otro lado, pacífico en el Derecho de la Competencia aceptar que el hecho de que una o varias empresas puedan disfrutar de una posición dominante en un mercado relevante no constituye *per se* un acto anticompetitivo⁷⁵⁴, resultará necesario la constitución de uno o varios abusos que se sirvan de dicha posición⁷⁵⁵.

entrega, obligando a la demandada a facturar y cobrar las revistas y publicaciones entregadas una vez se hayan descontado las devoluciones de las mismas; y (2) en facturar el concepto “embalajes y trabajos auxiliares”, condenando a la demandada a no facturar por el señalado o similar concepto. La Audiencia Provincial de Vizcaya apreció la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil a favor del TDC, sobreseyendo el proceso. En fase de apelación la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo mediante Sentencia de 27 de julio de 2003 (STS (Sala de lo Civil) de 27 de julio de 2003 (nº. de recurso 3855/1997), FJ 2º, estimando el recurso de casación formulado por Exprensa, consideró que, «aunque el interés público puede resultar afectado, no se presenta como relevante y si más bien de baja intensidad, por lo que corresponde a los propios particulares defender sus intereses ante la Jurisdicción del Orden Civil, ya que lo se trata es de relaciones entre particulares de naturaleza estrictamente privada, en los que los vendedores están sometidos al poder de la distribuidora en exclusiva y la Ley de Defensa de la Competencia tiene por finalidad la protección de la competencia en interés de los participantes en el mercado (art. 1) y no del propio mercado, revistiendo carácter desleal en forma general todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (art. 5)».

⁷⁵³ Para más información sobre el concepto de posición dominante recogido por diferentes autores, así como su diferenciación con el término de poder de mercado, Vid. PINKAS, F., *Tratado de defensa de la libre competencia*, Lima (Perú), Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia, Estudio Exegético del D.L. 701, Pontificia Universidad del Perú, Fondo Editorial, 2002, pgs. 218 y ss.

⁷⁵⁴ Indica la Resolución de la CNMC (Sala de Competencia) de 8 de junio de 2017 (S/DC/0557/15, NOKIA), FJ 4º, que: «la determinación de la cuota de la empresa en el mercado es un punto de partida que conviene tener presente, aunque por sí misma pueda no ser un elemento suficiente para apreciar la existencia de una posición de dominio, tal como ha señalado en anteriores ocasiones la Autoridad de Competencia y la jurisprudencia al respecto. Por ello, como bien establece la Sentencia United Brands, profusamente citada en este tipo de análisis, la posición de dominio deberá apreciarse a la luz de varios factores, como pueden ser, por ejemplo, la estructura del mercado, el número de competidores y sus respectivas cuotas, la existencia de barreras de entrada o el poder de negociación, factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes para considerar la posición de dominio de una empresa, pero que ayuda a corroborar la presunción de que una elevada cuota de mercado podría dar lugar a una posición de dominio».

⁷⁵⁵ Conforme a WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A. *Derecho Europeo de la Competencia*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998, pg. 323, de la lectura del Tratado no se deduce que posición dominante y monopolio sean la misma cosa, más bien, resulta necesario aplicar al concepto de abuso de posición dominante una interpretación extensiva en relación a aquellas situaciones que podrían dañar con carácter duradero a la competencia, en virtud de la actuación de una empresa que disfrute de una posición de poder frente a sus competidores.

De este modo, conforme se advierte en la Sentencia *Michelin* (1983)⁷⁵⁶, «la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común».

3. Noción de explotación abusiva

Tanto el concepto de posición dominante como el de explotación abusiva se hallan en la Sentencia *Hoffmann-La Roche* (1978), citada anteriormente, y por la que se define esta última expresión como «un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia»⁷⁵⁷.

El abuso de una posición dominante, desde un punto de vista finalista, se presenta como una conducta contraria a los objetivos fijados en el Tratado: establecer un mercado común y garantizar su funcionamiento, la libertad económica y el orden público económico, así como a los propios fines del art. 102 TFUE⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983 (As. 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión*), consid. 57.

⁷⁵⁷ Consid. 91. Nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su Sentencia de 8 de mayo de 2013 (nº. de recurso 4495/1998, FJ 12º, citada en Resolución de la CNMC de 17 de junio de 2014 (Expte. S/0345/11, *Criadores de Caballos*), FJ 3º, definió la explotación abusiva como «una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado». En este sentido, Vid. PETIT, M.V., «Determinación de la posición de dominio (comentario a la sección 2ª del TDC, de 18 de enero de 1991, Expte. 286/90, Panava, S.L.)», *Revista General de Derecho*, 1991, pg. 6445.

⁷⁵⁸ Vid. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...*, op. cit., pg. 344.

En la Sentencia *Continental Can* (1972)⁷⁵⁹ se manifiesta que el artículo que contiene la prohibición general se refiere, exclusivamente, «a las conductas de las empresas que puedan afectar directamente al mercado, y sean perjudiciales para la producción y la distribución, para los usuarios o los consumidores, o si se refiere igualmente a modificaciones estructurales de la empresa, que tengan como consecuencia alterar gravemente la competencia en una parte sustancial del mercado común»⁷⁶⁰.

Los actos de explotación abusiva no se ciñen, pues, a prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino, igualmente, a la estructura de la competencia efectiva, pudiendo constituir un abuso el hecho de que una empresa con posición dominante refuerce su posición hasta el grado de que el nivel de la misma obstaculice sustancialmente la competencia⁷⁶¹.

En definitiva, para la constitución de un abuso de posición dominante se requiere⁷⁶²: (1) que la empresa disfrute de un poder de mercado suficientemente

⁷⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1972 (As. 6-72 R, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión*), consid. 20.

⁷⁶⁰ En el mismo sentido, Resolución del TDC de 31 de marzo de 2001 (Expte. r 463/00 v, *Alquiler Contadores*), FJ 5º, en el que se expone que: «sin embargo, la propia Ley de Defensa de la Competencia proporciona, en su art. 6 (hoy art. 2 LDC), un supuesto particular de legitimación cuando regula como conducta prohibida el abuso de posición de dominio realizado en perjuicio injustificado de los consumidores, con lo que amplía para estos supuestos la relación de los bienes jurídicos protegidos frente a conductas anticompetitivas, incluyendo entre ellos los derechos de los consumidores de los bienes y servicios a que aquéllas se refieran o que pudieran ser afectados por ellas».

⁷⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1972 (As. 6-72 R, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión*), consid. 26. En el mismo sentido, Vid. BUSTOS ROMERO, M.F., “El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español”, *Revista CES Derecho*, Vol. 6, nº. 1, 2015, pg. 113: «[...] el abuso de la posición de dominio depende de la determinación de los criterios legales y económicos que definen la efectiva existencia de la dominancia, para lo cual existe una amplia gama de factores determinantes, haciéndose necesario realizar un doble análisis respecto de la empresa y del mercado en el que actúa».

⁷⁶² Es imprescindible, asimismo, conocer cuál es la interpretación de nuestro Derecho interno de la explotación abusiva, Así, en Resolución de la CNMC (Sala de Competencia) de 21 de noviembre de 2017 (Expte. S/DC/0580/16, *CRiADORES DE CABALLOS 2*), FJ 4º, indica que: «El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de mayo de 2003 (recurso de casación nº. 4495/1998), realiza las siguientes consideraciones en torno al artículo 6 de la Ley 16/1989, plenamente aplicables al presente expediente toda vez que el contenido de aquel precepto ha sido mantenido en la redacción dada en el artículo 2 de la LDC del año 2007. En la citada sentencia el Alto Tribunal dice lo siguiente: “A) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición. B) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota. C) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal. D) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta «típica», que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa,

relevante (situación de privilegio) para obstaculizar la competencia efectiva, permitiendo a la misma actuar sin tener en cuenta a los otros agentes del mercado (situación de desequilibrio)⁷⁶³; (2) que la empresa desarrolle en el mercado una conducta económica en ejercicio de su libertad económica⁷⁶⁴; y (3) que el detentador de la posición dominante utilice las posibilidades que de ella se derivan para obtener ventajas no justificadas que no pudiera haber alcanzado de concurrir una competencia efectiva⁷⁶⁵.

ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989). E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas. F) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno (así lo entendió, también, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 2 de febrero de 1992, asunto A 36/92, Talleres Muñoz)". En el ámbito comunitario, la Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011 (asunto C-52/09 Telia Sonera), ha señalado que: "En efecto, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por dicha disposición es un concepto objetivo que tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los 34 agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 174, y jurisprudencia citada)". En atención a ello, a los efectos de acreditar la existencia de un abuso de posición de dominio por parte de ANCCE en los mercados examinados por la Dirección de Competencia, es necesario analizar los elementos esenciales de los artículos citados, cuya concurrencia se torna en obligatoria para la consideración de la infracción. Estos elementos son la posición de dominio de ANCCE en el mercado o mercados en los que se produce la conducta aquí analizada y la explotación abusiva de esa posición que impide el mantenimiento del grado de competencia existente o su desarrollo, e incluso elimina ese grado de competencia preexistente al practicar conductas abusivas sobre el resto de competidores».

⁷⁶³ Vid. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...*, op. cit., pg. 365.

⁷⁶⁴ *Ibidem.* cit., pg. 366.

⁷⁶⁵ *Ibidem.* cit., pg. 371.

III. Constitución de posibles abusos de explotación abusiva a través de la vinculación de seguros

1. Subida de precios y costes económicos por cancelación del seguro vinculado

Si bien la clasificación de prácticas abusivas que efectúa el legislador comunitario es meramente orientativa, pudiendo constituirse, para un mismo abuso, varias prácticas catalogadas en el art. 102 TFUE, resulta crucial para el estudio examinar cada uno de estos abusos bajo los supuestos ya referidos de vinculación de seguros⁷⁶⁶.

La primera de las prácticas está relacionada con la imposición de precios no equitativos por una o varias empresas dominantes, incluyéndose, asimismo, los precios predatorios, los precios exagerados sobre el valor de la prestación⁷⁶⁷, así como el mantenimiento de diferencias significativas entre precios que se aplican por una empresa dominante en dos o más Estados miembros⁷⁶⁸. En repetidas

⁷⁶⁶ Igualmente, las referidas conductas de imposición de condiciones desequilibradas entre las partes contenidas en los contratos bancarios y de seguros, así como la exigencia de aportar, a costa del cliente, una garantía adicional desproporcionada, engañando al cliente para inducirlo a la contratación, entre otras actuaciones que pudieren afectar al interés público, podrían ser investigadas ex art. 3 LDC, desde el ámbito de persecución de los actos desleales, siempre que, de acuerdo a la doctrina fijada por la autoridad de competencia, véase Resolución del TDC de 14 de mayo de 1997 (Expte. r 211/97, *Funerarias Socuéllamos*), FJ 3º, se cumplan los siguientes requisitos «a) Que sean constitutivos de competencia desleal. b) Que puedan producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional. Y c) Que por su propia dimensión provoquen una afectación del interés público. Así, sólo cuando se den estos requisitos estará habilitado este Tribunal para entrar a conocer de dichos actos, debiendo, en otro caso, los interesados acudir a la jurisdicción ordinaria, como establece la LCD». En particular, esta prohibición podría aplicarse contra los actos de engaño tipificados en el art. 5 f) LCD, que declara que se considerará desleal aquel acto que pueda inducir en error sobre «la necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación».

⁷⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1975 (As. 26/75, *General Motors Continental NV c. Comisión*).

⁷⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 (As. 27/76, *United Brands Company y United Brands Continentaal c. Comisión*), consids. 235 a 268.

ocasiones⁷⁶⁹, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reiterado que los precios excesivamente elevados son abusivos⁷⁷⁰.

En el contexto de las ventas vinculadas, las entidades de crédito pueden elevar el coste del seguro (así como sus costes de cancelación y penalizaciones) como una práctica derivada de su imposición en la contratación del producto principal, lo que les permite eludir la competencia efectiva en el mercado de seguros, creando barreras de entrada para el resto de agentes en dicho mercado que no pueden acceder al consumidor final con las mismas ventajas que la empresa dominante⁷⁷¹.

En este sentido, las entidades de crédito que ostentasen posición de dominio en el sector de banca minorista podrían elevar el coste del seguro vinculado, todo ello sin necesidad de valorar la respuesta de la competencia, habiendo fijado, previamente, las condiciones de imposición del mismo. Este comportamiento estaría asociado, primordialmente, a las políticas de vinculación con el producto o servicio financiero de la entidad de crédito, quedando subsumido, a nuestro juicio, como un efecto más de la vinculación de productos.

Al respecto, el «*Libro Verde sobre servicios financieros al por menor. Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas*» señala que los productos vinculados y el empaquetamiento también pueden constituir barreras a la elección del consumidor, siendo un factor en las diferencias del precio de las primas de seguros que se recogen en las ofertas que incluyen vinculaciones o paquetes de productos⁷⁷². En el año 2007, a través de la Comunicación de la Comisión titulada: «*Investigación de conformidad con el art. 17 del Reglamento (CE) n.º. 1/2003 en el sector de la banca*

⁷⁶⁹ Entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 (As. 27/76, *United Brands Company y United Brands Continentaal c. Comisión*), consid. 250; de 11 de noviembre de 1986 (As. 226/84, *Britis Leyland Public Limited Company c. Comisión*), consid. 25; de 13 de julio de 1989 (As. C-395/87, *Tournier c. Comisión*), consid. 46.

⁷⁷⁰ Vid. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...*, op. cit., pg. 447.

⁷⁷¹ Conforme indica DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 5, cap. 8: «el aspecto determinante de la licitud o ilicitud de las prácticas de vinculación no es otro que la información proporcionada al cliente y la consiguiente posibilidad para éste de comparar la oferta recibida con las restantes que pueda conseguir en el mercado, lo que resulta especialmente difícil en los casos de vinculación cerrada, pero es plenamente posible en los de combinación abierta de prestaciones. El ofrecimiento de condiciones más ventajosas para el caso de adquisición conjunta del paquete propuesto, siempre que se lleve a cabo en condiciones de mercado en los términos ya señalados más arriba, ha de considerarse, a mi juicio, lícita, y puede resultar beneficiosa para los consumidores».

⁷⁷² Pg. 10.

minorista»⁷⁷³, se adujo que «algunas formas de vinculación de productos podrían ser incompatibles con la normativa de competencia, por ejemplo, cuando la vinculación constituye un abuso de posición dominante en los mercados de productos de referencia»⁷⁷⁴.

No cabe duda de que los costes de cambio de aseguradora superiores o elevados limitan enormemente la movilidad de los clientes. Si bien ciertos niveles de costes en forma de comisiones son necesarios; como puede ocurrir con la cancelación de una cuenta corriente, y, especialmente, de un contrato de seguro suscrito con la operación financiera, pudiendo suponer para el cliente importantes comisiones de cancelación y una penalización en el diferencial aplicable al contrato bancario (atendiendo, además, a la amenaza abusiva por desproporcionada de su vencimiento anticipado)⁷⁷⁵. Se fijan, en virtud de estos gastos de cambio, barreras artificiales que hacen subir el precio que implica el cambio de seguro para el consumidor, lo que reduce intensamente la competencia en el mercado del producto vinculado⁷⁷⁶.

Las ventas vinculadas, que pueden ofrecer beneficios para los consumidores cuando éstas se desarrollen amparando en todo momento los derechos de desistimiento de los clientes⁷⁷⁷, pueden resultar perjudiciales para la competencia:

⁷⁷³ COM (2007) 0033 final, de 31 de enero de 2007.

⁷⁷⁴ Punto 42 del Documento de reflexión de la Comisión.

⁷⁷⁵ Vid. punto 34 de la *Investigación de conformidad con el art. 17 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 en el sector de la banca minorista*. En relación a los seguros asociados a préstamos hipotecarios, nada se dice al respecto en la DCCC de los seguros que, con anterioridad, hubieran sido suscritos por expresa imposición de las entidades de crédito. Si bien la norma toma en consideración la gravedad de la naturaleza de la imposición y de la distorsión de la competencia, la Comisión no ha valorado la cuestión, cuyos cambios normativos se veían absolutamente imprescindibles, para aplicar el Derecho de la Competencia contra las empresas de banca-seguros que han venido realizando masivamente prácticas prohibidas por la Directiva.

⁷⁷⁶ De acuerdo a ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Los precios abusivos en el Derecho de la Competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, año 2015-2016, Tomo 36, n.º. 36, 2016, pg. 275, la asimilación entre precio no equitativo como precio de exclusión es una realidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha definido aquél como un precio supra-monopolístico por el que una empresa con posición dominante no maximiza sus beneficios en el corto plazo (precios de exclusión pero no de explotación). El autor señala que cuando una empresa ha conseguido una superior capacidad de satisfacer la demanda de los consumidores no deberían prohibirse los precios no equitativos por explotación (precios abusivos). Comenta el autor que los casos en los que ha intervenido la Comisión sobre precios excesivos han sido muy escasos, y han atendido, principalmente, a los perjuicios irrogados a las empresas participantes (fundamentalmente contra compradores cuyos efectos afectaban al mercado interior), y, en ningún caso, a los consumidores finales (pg. 262).

⁷⁷⁷ De acuerdo a MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La formación y ejecución del contrato electrónico: una aproximación a una realidad comercial emergente”, *Estudios sobre*

(1) si pretenden elevar los costes de cambio; (2) si reducen la transparencia de precios en relación al coste real del producto principal y del paquete; y (3) si desalientan la entrada de nuevos operadores a un mercado en el que las entidades de crédito más representativas de nuestro país está ligando masivamente productos aseguradores sin condición alguna⁷⁷⁸.

La aplicación de estas condiciones, en principio no equitativas, en relación con las ofrecidas por la competencia, podría considerarse como un comportamiento tendente a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos son atacados por entidades aseguradoras que ofertan pólizas menos costosas y con mejores coberturas.

En este sentido, la Sentencia *United Brands* (1978)⁷⁷⁹ ya estableció que, si bien se reconoce a la empresa dominante la facultad de realizar los actos que juzgue

Consumo, nº. 85, 2008, pg. 90 que: «conviene aclarar, finalmente, que el derecho de desistimiento no es atribuido al cliente en ciertos casos (art. 102 TRLCU y art. 45 LOCM). A saber: 1.º Contratos de suministro de bienes cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el vendedor no pueda controlar. 2.º Contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados o que por su naturaleza no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez. 3.º Contratos de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos que hubiesen sido desprecintados por el consumidor, así como de ficheros informáticos suministrados por vía electrónica y susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente. 4.º Contratos de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas. 5.º Contratos de prestación de servicios cuya ejecución ya haya comenzado con la conformidad del consumidor, así como, 6.º, contratos de servicios de apuestas o loterías». Al respecto, CANEDO ARRILLAGA, M.P. y CALVO CARAVACA, A.L., “Casos escogidos del Derecho antitrust europeo”, *Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 54, nº. 1, 2006, pg. 351, trayendo a colación la Decisión 98/602/CE de 15 de octubre de 1997 por la que se declara una concentración compatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo EEE (Caso IV/M.938 - *Guinness/Grand Metropolitan*), indicaban: «En este sentido, la combinación de las gamas de productos y marcas de las partes puede otorgar a la nueva entidad una mayor flexibilidad para estructurar sus precios, promociones y descuentos, aumentando las posibilidades de que éstos sean utilizados abusivamente. Igualmente, se incrementa el riesgo del recurso a conductas de vinculación. Finalmente, la amenaza implícita o explícita de una denegación de suministro estará más presente. Ahora bien, junto a estos eventuales efectos o peligros anticompetitivos, de la ampliación de la carta de productos pueden, igualmente, derivarse efectos beneficiosos como consecuencia de la consecución de economías de escala y alcance en la producción y, principalmente, en la distribución conjunta de los distintos bienes integrantes de la cartera».

⁷⁷⁸ . Sobre este particular, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de enero de 2004 (nº. de recurso 892/2000), FJ 9º, define el precio no equitativo, conforme jurisprudencia del TJCE, como un «precio excesivo que no guarda relación razonable con el valor económico del servicio prestado».

⁷⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 (As. 27/76, *United Brands Company & United Brands Continentaal c. Comisión*), consid. 189.

adecuados para proteger sus intereses, no son admisibles tales conductas cuando su propósito es reforzar la posición dominante y abusar de ella⁷⁸⁰.

No sólo la imposición del seguro, sino la exigencia de vincular el producto financiero con un seguro suscrito bajo condiciones expresamente no equitativas (seguro a prima única, designación irrevocable como beneficiario a favor de la entidad de crédito...), podría suponer que una o varias entidades de crédito que disfrutaran de una posición dominante individual o colectiva en el mercado de banca minorista puedan ser sancionadas por una infracción tipificada en el art. 102 c) TFUE [art. 2.2 d) LDC]⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ Conforme manifiesta ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Los precios abusivos...*, op. cit., pg. 266, en el Derecho de la competencia español los precios de monopolio son precios no equitativos, por cuanto se prohíbe, sin mayores fundamentos, el mero ejercicio del poder de mercado encaminado a maximizar los beneficios aunque dicha conducta no restrinja la competencia, todo ello en contra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia («una conducta en principio abusiva no es contraria al art. 102 TFUE si resulta adecuada, necesaria y proporcionada para la consecución de un objetivo legítimo», afirmando, sin una justificación motivada, que este fin (maximizar los beneficios) es una conducta ilícita en sí misma. En este sentido, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de mayo de 2013 (nº de recurso 1312/2010), FJ 6º, requiere literalmente sobre esta cuestión que: «A estos últimos efectos, la Comisión Nacional de la Competencia utiliza el principio, tomado del párrafo 249 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 en el asunto 27/76 (*United Brands Company c. Comisión*), de que "estaremos en presencia de unos precios excesivos cuando el operador, haciendo uso de su posición de dominio, obtiene unos beneficios que no habría obtenido de haber habido una competencia suficiente". Para ello cabe emplear como técnicas o criterios de comparación o bien la referida a los costes del producto (a efectos de verificar si los márgenes son muy elevados), que pueden no ser de suyo concluyentes, o bien la comparación con otros precios del mismo producto en situaciones de competencia, o en otros mercados geográficos, o para otros períodos de tiempo. Y tras estas dos operaciones aún queda la de dilucidar si existe una justificación objetiva -distinta de la mera intención del empresario de elevar al máximo sus beneficios- que explique el nivel de precios aplicado». Al respecto, indica el autor que el precio de monopolio debe ser considerado como un precio supra-monopolístico, dado que la prohibición del mismo precio supondría, directamente, la prohibición de la posesión de una posición dominante.

⁷⁸¹ Resulta especialmente esclarecedor la inactividad del legislador español en comparación con la del italiano o el francés. En este sentido, DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit. apdo. 4.2, cap. 2, indica, en cuanto a la vinculación de productos en la actividad de banca-seguros, que: «la primera medida frente a estas prácticas se recoge en la Ley núm. 214, de 22 de diciembre de 2011, que en su artículo 36 añade un apartado 3.bis al artículo 21 del Código de Consumo italiano relativo a las prácticas comerciales incorrectas. Dentro de éstas, y a su vez, en el apartado de acciones engañosas, se califica ahora como incorrecta y, como tal, prohibida, la práctica comercial por la que un banco, un instituto de crédito o un intermediario financiero, para la contratación de un contrato de préstamo, obligue al cliente a la suscripción de una póliza de seguro proporcionada por el mismo banco, instituto o intermediario, o a la apertura de una cuenta corriente en la misma entidad bancaria, instituto o intermediario. Pero el legislador no se ha limitado a vetar las prácticas de vinculación cerrada de prestaciones, sino que da un paso más en la Ley posterior núm. 27, de 24 de marzo de 2012, interviniendo también en los supuestos de vinculación abierta (con posibilidad de adquisición por separado de los componentes del conjunto), al disponer que los bancos, los institutos de crédito y los intermediarios financieros que condicionen la concesión de un préstamo hipotecario o un crédito al consumo a la suscripción de un contrato de seguro de vida, deberán presentar al cliente al menos dos propuestas de dos compañías de seguros diferentes, no incluidas en el grupo empresarial del propio banco, instituto de crédito o

Ahora bien, para acreditar la constitución del abuso contenido en la cláusula general del art. 102 TFUE, sería imprescindible determinar: (1) la naturaleza de la venta vinculada y las condiciones inequitativas impuestas por la entidad o entidades de crédito; (2) comparar las ofertas y prácticas comerciales realizadas por la competencia en el mercado de seguros vinculados, fundamentalmente en relación a estas condiciones no equitativas, extendiendo este análisis igualmente a la competencia entre Estados miembros⁷⁸²; (3) que dichos precios y condiciones inequitativas resulten menos favorables que los precios y condiciones que los clientes hubieran podido obtener en caso de existir una competencia efectiva⁷⁸³; y (4) que el comportamiento conduzca a reforzar la posición dominante que disfrute la entidad en el mercado de referencia, obteniendo ventajas de las transacciones que no hubiera podido alcanzar de concurrir en igualdad de oportunidades⁷⁸⁴.

Como comentan diversos autores, los órganos comunitarios han realizado sus mayores aportaciones a la interpretación de la explotación abusiva a través de asuntos que se concentran en torno a las condiciones inequitativas, a precios no equitativos, así como con respecto a abusos relativos a derechos de protección intelectual e industrial⁷⁸⁵.

De este modo, en la Sentencia *CBEM* (1985)⁷⁸⁶, en relación a un procedimiento iniciado por *CBEM* contra *CLT* y *IBP* para que se ordenase, a estos

intermediario. El cliente, además, será libre de elegir en el mercado la póliza de vida que le resulte más conveniente, y la banca estará obligada a aceptarla sin variar las condiciones ofrecidas para la concesión del crédito o del préstamo al consumo. Así, no sólo deberá dejarse libertad al cliente para la elección, sino que deberá contribuirse a la misma presentándole, junto a la oferta propia, otras dos de compañías distintas y ajenas al grupo empresarial de la entidad de crédito, sin perjuicio de que, además, el cliente pueda optar por una tercera póliza que estime más adecuada. En todos los casos, deberá mantenerse la oferta inicialmente efectuada por la entidad. Todas estas medidas sitúan a Italia como uno de los países más restrictivos con las prácticas de vinculación en el ámbito bancario, con previsiones comparables únicamente a las que pueden encontrarse en Francia».

⁷⁸² Sentencia del TPI (Sala Segunda) de 6 de octubre de 1994 (As. T-83/91, *Tetra Pak International SA c. Comisión*), consid. 20.

⁷⁸³ Vid. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...*, op. cit., pg. 449.

⁷⁸⁴ Sentencia del TPI (Sala Segunda) de 6 de octubre de 1994 (As. T-81/91, *Tetra Pak International SA c. Comisión*), consid. 110.

⁷⁸⁵ Vid. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...*, op. cit., pg. 446 citando a BELLAMU, C. y CHILD, G., *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Madrid, Editorial Civitas, 1992, pgs. 550 y ss.

⁷⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 1985 (As. 311/84, *Centre belge d'études de marché-télémarketing*), consid. 18. No obstante, también parece interesante la respuesta a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que, conforme indica la Sentencia en su consid. 27, «[...] constituye un abuso a efectos del artículo 86 el hecho de que una empresa que ocupa una posición

últimos, el cese de la negativa a venderle tiempos de antena en la cadena *RLT* para operaciones de marketing telefónico en televisión, el Tribunal de Justicia se pronunció manifestando que el art. 86 TCE (hoy art. 102 TFUE) es aplicable a una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado concreto, aun cuando dicha posición es imputable, no a la actividad de la propia empresa, sino a la circunstancia de que, por disposiciones legales o reglamentarias, no puede haber competencia en dicho mercado, o la competencia que pueda haber en el mismo sea sumamente limitada. La sentencia recuerda que para cometer el abuso la empresa debe servirse de dicha posición dominante para obtener ventajas que no le permitiría obtener un funcionamiento efecto de la competencia, perjudicando a los consumidores mediante la imposición de tarifas o condiciones no equitativas.

En la Sentencia *BRT* (1974)⁷⁸⁷ se analiza si, de acuerdo con los estatutos o con los contratos que se celebra con los socios, la sociedad de derechos de autor puede imponer, directa o indirectamente a los mismos o a terceros, condiciones no equitativas en la explotación de las obras que debe proteger. El Tribunal confirma la constitución de una explotación abusiva cuando una empresa encargada de la explotación de derechos de autor, en posición dominante, impusiese a sus socios compromisos no indispensables para la realización de su objeto social, coartando al libertad de un socio para ejercitar su derecho de autor.

Sin embargo, más significativa nos parece, en relación a la fijación de precios, la Sentencia *AKZO* (1991)⁷⁸⁸, que declara que «el artículo 86 del Tratado prohíbe que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor y refuerce de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos. En esta perspectiva, toda competencia por los precios no puede considerarse, sin embargo, legítima»⁷⁸⁹.

dominante en un mercado concreto, se reserve o reserve a una empresa perteneciente al mismo grupo, y sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que podría ser realizada por una tercera empresa como parte de las actividades de ésta en un mercado afín, pero distinto, con la posibilidad de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa».

⁷⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1974 (As. 127/73, *Belgische Radio en Televiste*).

⁷⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991 (As. C-62/86, *AZKO Chemie BV*), consid. 79.

⁷⁸⁹ Precios inferiores a la media de los costes variables.

2. Subordinación de productos en el canal bancario

A) Jurisprudencia comunitaria sobre la práctica de subordinación

El art. 102 d) TFUE prohíbe prácticas consistentes en «subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos»⁷⁹⁰.

El legislador comunitario ha querido hacer constar expresamente esta práctica en atención a la importancia de merecer un trato independiente, fundamentalmente, por las connotaciones anticompetitivas y explotativas que se derivan de los abusos de subordinación, que pueden lesionar tanto a los clientes y proveedores como a la competencia⁷⁹¹.

El asunto más característico de la jurisprudencia comunitaria relativa a la subordinación de contratos es el caso *Eurofix-Bauco/Hilti* (1987)⁷⁹². La Decisión declaró la constitución de un abuso de posición dominante en relación a la actuación de *Hilti AG* de mantener, sobre los productos de grapas para sus pistolas grapadoras *Hilti*, un comportamiento dirigido a impedir la entrada de competidores y su penetración en el mercado de grapas compatibles con *Hilti*.

⁷⁹⁰ A su vez, el art. 2.2 e) LDC prohíbe «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 dichos contratos». Según LÓPEZ MIÑO, A., *Dos abusos exclusionarios...*, op. cit., pgs. 862-863, el artículo 82 TCE (hoy 102 TFUE) relaciona la vinculación fraudulenta a las prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto principal de los contratos, todo ello a la luz del art. 102 d) TFUE. No obstante, evidentemente, indica el autor, esta fórmula se reduciría al absurdo al negar que existe cualquier conexión entre dos prestaciones. Por este motivo, lo importante no es la distinción física de los productos sino la existencia entre ambos de una disociación económica. En resumen, podremos presumir la existencia de esta última cuando cada producto dispone de un mercado diferenciado por el que es posible su comercialización independiente.

⁷⁹¹ Vid. PELLÍSE CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...*, op. cit., pg. 453. La práctica de vinculación de seguros en nuestro país ha sido escasamente tratada por el legislador español, salvo en materia de información y transparencia en los productos y servicios bancarios. En Italia, por ejemplo, el art. 21.3 bis del Codice del Consumo, modificado por la L. 214/2011 di conversione del Decreto Salva Italia, considera que es una práctica comercial desleal que una entidad de crédito o un intermediario financiero, en el proceso de negociación de un préstamo, obligue a sus clientes a la suscripción de una póliza de seguro proporcionada por el mismo banco.

⁷⁹² Decisión 88/138/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1987 (IV/30.787 y 31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti*).

Al respecto, la Comisión declaró que *Hilti* ocupaba una posición dominante en el mercado de pistolas grapadoras así como en los de grapas y de cartucheras compatibles con sus apartados. Conforme a la denunciante *Eurofix*, se alegaba que *Hilti* se negaba a suministrar cartucheras a los vendedores o distribuidores independientes de sus productos si en el pedido solicitado no se incluía, asimismo, una cantidad de grapas fabricadas por *Hilti*. Por su parte, la otra denunciante *Bauco* indicó que sus clientes no podían comprar las cartucheras *Hilti* sin las grapas *Hilti*, lo que reducía enormemente su capacidad comercial para vender grapas *Bauco*, negándose la denunciada a suministrar cartucheras a *Bauco*⁷⁹³.

En relación a la justificación objetiva del comportamiento de *Hilti* en el mercado, de acuerdo a la Comisión⁷⁹⁴ su actuación relativa a las vinculaciones sostendría completamente la idea de que su principal preocupación era precisamente la protección de su posición comercial, que pesaba más que la defensa desinteresada de los usuarios de sus productos. Asimismo, recalca la Comisión, *Hilti* actuaba como juez de la compatibilidad con sus mismos productos, al mismo tiempo que retenía la información necesaria para dar a terceros la oportunidad de juzgar por sí solos dicha compatibilidad, mostrando claramente que lo que en realidad le interesaba era excluir del mercado, en la medida de lo posible, los productos de la competencia.

⁷⁹³ La parte dispositiva de la citada Decisión (art. 1 de la Decisión *Eurofix-Bauco/Hilti*, ut supra, cit.) esgrimía que las características esenciales de la infracción cometida había sido: (1) vincular la venta de grapas a la venta de cartucheras; (2) reducir los descuentos y adoptar otras políticas discriminatorias cuando las cartucheras se compraban sin grapas; (3) inducir a los distribuidores independientes a no satisfacer determinados pedidos para la exportación; (4) negarse a cumplimentar los pedidos completos de cartucheras realizados por clientes o comerciantes establecidos que pudieran volver a venderlas; (5) aplicar medidas dilatorias respecto de las licencias de derecho legalmente obtenidas con arreglo a las patentes *Hilti*; (6) negarse a respetar las garantías sin motivo justificado; (7) prácticas políticas selectivas o discriminatorias dirigidas contra los negocios tanto de los competidores como de sus clientes; y (8) practicar unilateralmente y en secreto una política de descuentos diferenciales para las empresa de alquiler de material o los comerciantes ayudados y no ayudados en el Reino Unido (incluso reconoció que se negaba a cumplir con la garantía de sus herramientas cuando las grapas utilizadas no había sido fabricadas por aquella. Sentencia del TPI (Sala Segunda) de 12 de diciembre de 1991 (As. T-30/89, *Hilti*, consid. 16). Como pone de manifiesto OLMEDO PERALTA, E., “Las licencias obligatorias de patentes para poner remedio a prácticas anticompetitivas (Análisis sistemático del art. 94 de la nueva Ley de Patentes)”, *Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*, Tomo XXXVI (2015-2016), 2016, pg. 213, «para que una conducta pueda calificarse de abuso de posición de dominio es preciso, en primer lugar, que el sujeto tenga poder de mercado. Este puede ser definido como la capacidad de un agente económico (o de un grupo) de subir y mantener los precios por encima del nivel al que estaría en condiciones de competencia».

⁷⁹⁴ Sentencia del TPI (Sala Segunda) de 12 de diciembre de 1991 (As. T-30/89, *Hilti*), consid. 108.

En cuanto a la justificación de los usos comerciales, en la Sentencia *Tetra Pak* (1996)⁷⁹⁵, el Tribunal de Justicia manifestó que, «aun en el caso de que la venta asociada de dos productos sea conforme a los usos mercantiles o exista un vínculo natural entre los dos productos de que se trate, dicha venta podría, sin embargo, constituir un abuso a efectos del artículo 86, salvo si resulta objetivamente justificada»⁷⁹⁶. De este modo, el TPI rechazó la vinculación natural entre las máquinas y los envases de cartón, alegada por *Tetra Park*, al considerar que aquella no era la única en poder producir envases de cartón destinados a ser utilizados en sus máquinas⁷⁹⁷.

La cuestión acerca de la aplicación del art. 102 d) TFUE, y su equivalente español art. 2.2 e) LDC, sobre la existencia de relación entre el contrato principal y las prestaciones suplementarias (producto vinculado), no ha sido pacífica tanto para la doctrina como para la jurisprudencia española y comunitaria. Esto se debe, principalmente, a la confusión del texto, dado que lo que se infiere directamente de la lectura del apartado d) es que dos productos se considerarán bienes diversos a efectos de la aplicación de la prohibición general siempre y cuando no exista, entre ellos, relación alguna⁷⁹⁸. No obstante, advirtiendo que la aplicación literal del texto conllevaría a la inaplicación de la prohibición prácticamente a la mayoría de casos de vinculación, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia ha rechazado esta interpretación restrictiva, asumiendo que, generalmente, existe, aunque mínima, una relación entre el producto principal y el vinculado⁷⁹⁹.

En la Sentencia *Tetra Pak II* (1991)⁸⁰⁰, el TPI afirmó que, del examen de los usos comerciales, no se podía deducir que las máquinas destinadas al envasado de

⁷⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 1996 (As. C-333/94 P, *Tetra Pak International SA*), consid. 37.

⁷⁹⁶ No hay que olvidar que los supuestos recogidos en el art. 102 TFUE son meramente ejemplificativos, no existiendo limitación alguna que determine la naturaleza de las prácticas constitutivas de abuso de posición de dominio.

⁷⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 1996 (As. C-333/94 P, *Tetra Pak International SA*), consid. 36.

⁷⁹⁸ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 153.

⁷⁹⁹ *Ibidem.* cit., 153. Al respecto de la separabilidad de los productos, en las Directrices de Verticales, apdo. 215, se manifiesta «que los productos se consideren distintos o no depende de la demanda de los consumidores. Dos productos son distintos sí, no existiendo una vinculación, un número sustancial de clientes compraría o habría comprado el producto vinculante sin comprar también al mismo proveedor el producto vinculado, lo que haría posible producir de forma independiente tanto el producto vinculante como el vinculado».

⁸⁰⁰ Sentencia del TPI (Sala Segunda) de 6 de octubre de 1994 (As. T-83/91, *Tetra Pak c. Comisión*).

un producto y los envases de cartón sean indisociables. Esta afirmación se sostiene atendiendo a que, desde hace mucho tiempo, existen productores independientes especializados en la fabricación de envases de cartón no asépticos destinados a ser utilizados en máquinas fabricadas por otras empresas y que no producen máquinas por sí mismos⁸⁰¹.

Esta discusión se tornó más compleja cuando *Tetra Pak* citó a su competidor *Elopak*, que había manifestado que la venta conjunta de máquinas y envases de cartón era una de las formas más eficientes de competir. De la citada Sentencia pueden extraerse dos consideraciones importantes⁸⁰²: (1) el Tribunal de Justicia interpreta y define el uso comercial de una manera restringida, en el sentido de que, para hallarse ante un uso del comercio, no resultaría suficiente demostrar que las ventas vinculadas son prácticas comerciales comunes en los mercados de referencia; y (2) el TPI no considera que la falta de este elemento de relación entre productos constituya, sin más, una vinculación prohibida por el art. 102 d) TFUE, sino que será necesario ponderar la decisión sobre la base de las justificaciones objetivas.

B) Sistema de vinculación de productos bancarios a la suscripción de seguros

En la doctrina administrativa de la autoridad nacional de competencia, en cuanto a la aplicación del art. 1.1 e) LDC a los acuerdos de vinculación de seguros con préstamos hipotecarios entre *Caja Madrid* y su filial aseguradora *CajaVida Madrid*⁸⁰³, el TDC defendió que ambos productos sí tienen relación atendiendo a su naturaleza o usos comerciales para alcanzar la finalidad perseguida. Así, remarca la autoridad, que «el contrato de seguro de vida o amortización de crédito, como aval del préstamo hipotecario o personal, sí que guarda relación con el principal, pudiendo calificar de práctica habitual en el sector»⁸⁰⁴; no siendo necesario ahondar

⁸⁰¹ Sentencia, ut supra cit., consid. 82.

⁸⁰² Vid. AHLBON, C., EVANS, D.S. y PADILLA, A.J., “The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality”, *The Antitrust Bulletin*, 2004, pg. 313.

⁸⁰³ Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. r 467/01, *CajaMadrid/Ausbanc*).

⁸⁰⁴ Resolución, ut supra cit., AH 2°.

en esta cuestión dado que los usos comerciales en un sector determinado no son una concertación⁸⁰⁵.

Con base a estas motivaciones, no podemos compartir los argumentos esgrimidos por el TDC en su Resolución *CajaMadrid/Ausbanc* (2001)⁸⁰⁶, dado que: (1) si bien el producto vinculado (contrato de seguro de vida, de amortización de préstamos, de protección de pagos...) se suscribe junto a un producto o servicio financiero y está vinculado con éste hasta su vencimiento, el producto principal puede contratarse de forma independiente sin necesidad de suscribir seguro alguno; (2) existe un mercado de seguros bancarios autónomo, anterior incluso a la actividad de banca-seguros, que puede proveer de contratos de seguros⁸⁰⁷; (3) el contrato de seguro suscrito junto con la operación financiera puede separarse de éste en cualquier momento a través de su oportuna cancelación, sin que dicho trámite pueda suponer la ineficacia del producto principal⁸⁰⁸; y (4) concurre en el proceso de negociación el elemento de coerción realizado por la entidad de crédito, presupuesto clave para establecer una vinculación abusiva⁸⁰⁹.

La posibilidad de que la vinculación pudiera restringir el mercado de seguros bancarios (en este caso seguros de protección de pagos denominados

⁸⁰⁵ Resolución, ut supra cit., AH 5°.

⁸⁰⁶ Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. r 467/01, *CajaMadrid/Ausbanc*).

⁸⁰⁷ En este sentido, la Sentencia del TPI (Gran Sala), de 17 de septiembre de 2007 (As. T-201/04, *Microsoft c. Comisión*), consid. 922, que dispone: «In the case of complementary products, such as client PC operating systems and application software, it is quite possible that customers will wish to obtain the products together, but from different sources. For example, the fact that most client PC users want their client PC operating system to come with word-processing software does not transform those separate products into a single product for the purposes of Article 82 EC» [En el supuesto de productos complementarios como los sistemas operativos para PC y el software de aplicación, es muy posible que los clientes deseen obtener ambos productos juntos, pero de diferentes fuentes. Por ejemplo, el hecho de que la mayoría de los usuarios de PC quieran que su sistema operativo opere con un software de procesamiento de textos no transforma esos productos separados en un solo producto a los efectos del artículo 82 CE].

⁸⁰⁸ El texto de la Comisión titulado: «*Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*», DOUE núm. C45/7, de 24 de febrero de 2009, en su apdo 48, refiere las distintas formas de vinculación que pueden utilizarse por una empresa dominante. En primer lugar, la vinculación puede ser técnica (sin el producto vinculado no puede funcionar correctamente el producto vinculante) o contractual; pudiendo dividirse entre venta por paquetes pura cuando los productos solo se comercializan conjuntamente en proporciones fijas, o venta por paquetes mixta, también denominada «descuento multiproducto», por la que los productos se venden por separado pero la suma de sus precios por separado es superior al precio del paquete.

⁸⁰⁹ Vid. AHLBORN, C., EVANS, D.S. y PADILLA, A.J., *The antitrust economics of tying...*, op. cit., pg. 313.

«*Payment Protection Insurance*», llamados abreviadamente “PPI”⁸¹⁰), tanto para los intermediarios como para los proveedores de seguros, ya fue analizada, en profundidad, por la *Competition Commission*⁸¹¹, autoridad de competencia británica, que dictó, en ejercicio de las facultades conferidas en la *Enterprise Act 2002*⁸¹², la Orden titulada: «*Payment Protection Insurance Market Investigation Order 2011*».

La *Competition Commission* constató que el distribuidor o intermediario se enfrenta a pocos obstáculos o límites cuando lo que pretende es vincular un seguro de protección de pagos con el crédito que asegura. Se advierte, igualmente, que el consumidor tiene que soportar precios más altos y menos opciones de compra que los que hubiera podido obtener bajo condiciones normales en supuestos de competencia efectiva. Habiendo quedado acreditadas las serias deficiencias que concurren en el proceso competitivo en relación con la vinculación de seguros de protección de pagos, la autoridad llega a la conclusión de imponer a los intermediarios de crédito una serie de medidas, entre muchas otras, la prohibición de vender pólizas a prima única, o la de otorgar al cliente un periodo de reflexión (*cooling-off period*) de siete días siguientes a la comercialización del crédito, salvo que dicho cliente aceptare expresamente dichas condiciones al menos 24 horas después de la venta.

3. Concesión de descuentos en la venta vinculada

En la práctica comunitaria se han diferenciado tres tipos de descuentos que pueden considerarse abusivos⁸¹³, todo ello mientras concorra el elemento de fidelización⁸¹⁴. En primer lugar, los llamados descuentos por fidelidad (*fidelity*

⁸¹⁰ La Orden define los PPI's como contratos de seguros que permiten garantizar la capacidad para hacer frente al abono de un crédito, en caso de que el asegurado se encuentre en situación de desempleo o incapacidad como resultado de un accidente o enfermedad.

⁸¹¹ Hoy denominada «*Office of Fair Trading*».

⁸¹² *Enterprise Act 2002*, Section 138.

⁸¹³ En la jurisprudencia comunitaria resultan abundantes los supuestos en que, prácticas usuales y aceptadas, obtienen la consideración de abusivas como consecuencia de la situación dominante del infractor. Dos de estos supuestos habituales son los descuentos por fidelidad o las cláusulas de exclusividad. Vid. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...*, op. cit., pg. 399.

⁸¹⁴ De acuerdo a las Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, presentadas el 20 de octubre de 2016 (As. C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. c. Comisión*), consids. 60 y ss.: «con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desconfía de una serie de sistemas de descuento ofrecidos por empresas que ocupan una posición dominante. Ello se explica porque, por lo general, se considera que las empresas que ocupan una posición dominante tienen una responsabilidad

rebates)⁸¹⁵, expresamente prohibidos por el art. 102 TFUE, y que se aplican sobre descuentos concedidos, no sobre la cuantía o volumen de producto, sino por la máxima proporción de productos solicitados por cada cliente. En este sentido, en la Sentencia *Hoffmann-La Roche* (1979)⁸¹⁶, el Tribunal de Justicia define los descuentos de fidelidad como aquellas «bonificaciones sujetas a la condición de que el cliente se abastezca en los que respecta a la totalidad o a una parte importante de sus necesidades –cualquiera que sea el importe, grande o pequeño, de sus compras– exclusivamente en la empresa que está en posición dominante»⁸¹⁷.

especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de la competencia en el mercado interior. De dicha responsabilidad especial resulta que se considera que los mecanismos que, de un modo u otro, llevan a los clientes a aprovisionarse en la empresa que ocupa la posición dominante incitan a la fidelidad y, por consiguiente, son presuntamente abusivos. De la jurisprudencia derivada de la crucial sentencia *Hoffmann-La Roche* se desprende que los descuentos sujetos a la condición de que el cliente adquiera todo o gran parte de lo que necesita de la empresa que está en posición dominante son presuntamente ilegales. Esa misma presunción de ilegalidad se aplica a otros descuentos que también incitan a la fidelidad, aunque no se apoyen formalmente en la exclusividad. El Tribunal de Justicia ha considerado contrarios a la competencia descuentos, ya sean retroactivos e individualizados, como ocurría en los asuntos en que recayeron las sentencias *Michelin I*, *British Airways* y *Tomra*, o basados en la cuota de mercado e individualizados, como en el asunto en que recayó la sentencia *Hoffmann-La Roche*. Hasta el momento, el único tipo de descuentos que se ha sustraído de la presunción de ilegalidad es el descuento basado en la cantidad. Tales descuentos están exclusivamente vinculados al volumen de compras efectuadas a una empresa en posición dominante».

⁸¹⁵ Conforme a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 256: «los descuentos de fidelidad clásicos (i.e., los condicionados a que el cliente adquiere de la empresa dominante la totalidad o la mayor parte de sus necesidades del producto en causa) se consideran materialmente equivalentes a un pacto de exclusiva y, según la tradicional doctrina del TDC, constitutivos de un abuso *per se*».

⁸¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 (As. 85/76, *Hoffmann-La Roche AG c. Comisión*), consid. 89.

⁸¹⁷ De acuerdo a las ya citadas Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl presentadas el 20 de octubre de 2016 en relación al Recurso de Casación interpuesto por Intel Corporation por el que solicita al Tribunal de Justicia la anulación de la Sentencia de 12 de junio de 2009 (T-286/09) por la que el Tribunal General desestimó su recurso de anulación de la Decisión de 13 de mayo de 2009 (As. COMP/C-3/37.990, *Intel*), en relación a una denuncia en que se afirmaba que Intel había cometido prácticas comerciales de exclusión de AMD con un distribuidor europeo de aparatos microelectrónicos y primer distribuidor europeo de ordenadores de mesa, apdos. 60 a 63, se refiere que, con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desconfía de una serie de sistemas de descuento ofrecidos por empresas en posición dominante, puesto que se considera que éstas tienen una responsabilidad especial de no impedir a través de su comportamiento el desarrollo de la competencia en el mercado interior. Prosigue afirmando que: «de la jurisprudencia derivada de la crucial sentencia *Hoffmann-La Roche* se desprende que los descuentos sujetos a la condición de que el cliente adquiera todo o gran parte de lo que necesita de la empresa que está en posición dominante son presuntamente ilegales. Esa misma presunción de ilegalidad se aplica a otros descuentos que también incitan a la fidelidad, aunque no se apoyen formalmente en la exclusividad. El Tribunal de Justicia ha considerado contrarios a la competencia descuentos, ya sean retroactivos e individualizados [...]. Hasta el momento, el único tipo de descuentos que se ha sustraído de la presunción de ilegalidad es el descuento basado en la cantidad. Tales descuentos están

En segundo lugar, los denominados descuentos por objetivos individualizados (*tarjet rebases*), son aplicados por las empresas cuando sus clientes alcanzan unos objetivos de compra fijados previamente, sin que, aparentemente, exista un elemento de fidelización con el cliente. Dichos acuerdos, conforme se advierte en la Sentencia *Michelin II* (2003)⁸¹⁸, pueden constituir una afrenta al art. 102 TFUE atendiendo a lo declarado por el TPI: «el Tribunal de Justicia –Sentencia *Michelin I* (1983)⁸¹⁹– ha declarado que un descuento supeditado al cumplimiento de uno objetivo de compras vulnera también el artículo 82 CE». Dichos descuentos pueden asimilarse a una exclusividad total o parcial, y de ellos se infiere un comportamiento discriminatorio en el sentido del art. 102 c) TFUE⁸²⁰.

Por último, hacemos referencia a los denominados descuentos por volumen estandarizados (*volumen rebates*), relativos a descuentos concedidos de forma generalizada a todo cliente que alcance unos determinados niveles de solicitudes de compra durante un concreto periodo temporal. La diferencia con los descuentos por objetivo individual, referidos en el párrafo anterior, se determina porque sobre este tipo de descuentos no se tiene en consideración los objetivos alcanzados por un cliente particular, sino que se aplican por igual a todos y cada uno de aquéllos, lo que incita evidentemente a la fidelización⁸²¹.

Con el fin de alcanzar una evaluación más adecuada acerca de la idoneidad, en términos de exclusividad de estos descuentos, el importante documento de reflexión de la Comisión titulado: «*Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of de Treaty to exclusionary abuses*»⁸²² contiene un test para determinar el grado de abusividad de dichas prácticas⁸²³. De este modo, en

exclusivamente vinculados al volumen de compras efectuadas a una empresa en posición dominante».

⁸¹⁸ Sentencia del TPI (Sala Tercera) de 30 de septiembre de 2003 (As. T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Comisión*), consid. 57.

⁸¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983 (As. 322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin*), consid. 62.

⁸²⁰ Vid. RUIZ CALZADO, J., “Los descuentos y su problemática”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, pgs. 316 y ss.

⁸²¹ *Ibidem. cit.*, 317.

⁸²² Disponible en WEB (12/11/2017):

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

⁸²³ De conformidad con PAPANDROPOULOS, P., “Article 82: Tying and bundling”, *Competition Law Insight*, 2006, pg. 5, en el *Discussion Paper* se establecen tres efectos *antitrust*: (1) la exclusión; (2) la discriminación de precios; y (3) precios más altos. No obstante, la autora presenta la

relación a la fuerza del incentivo para adquirir productos a una empresa dominante, el texto determina que el efecto de lealtad (*loyalty enhancing effect*) dependerá del nivel de porcentaje del descuento, por lo que cuanto mayor sea este porcentaje, menor será el precio de estas compras adicionales⁸²⁴.

El asunto comunitario de referencia⁸²⁵ sobre los descuentos por fidelidad o exclusividad lo encontramos en el Caso *Hoffmann-La Roche* (1976)⁸²⁶. En síntesis, la Comisión declaró: (1) que *Roche* ocupó en el mercado interior una posición dominante en los mercados de vitaminas A, B₂, B₃ (ácido pantoténico), B₆, C, E, y H (biotina); (2) y que explotó abusivamente dicha posición de dominio celebrando

discriminación de precios como una posible justificación a la aplicación de la estrategia por parte de una empresa dominante. De este modo señala que, si bien la valoración entre producto vinculante y vinculado pueden ser distintas (mayor valoración del producto A que el B no demandado por el comprador), dichas agrupaciones pueden, en realidad, aumentar el bienestar total. La autora apunta a la ambigüedad del efecto de la discriminación de precios basado en el beneficio a los consumidores.

⁸²⁴ Apdo. 167.

⁸²⁵ Sin embargo, hay que destacar, en relación a reciente jurisprudencia comunitaria, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 3 de octubre de 2015 (As. C-23/14), sobre una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Marítimo y Mercantil de Dinamarca, siendo éstas: (1) ¿Qué directrices deben utilizarse para determinar si la aplicación por una empresa dominante de un sistema de descuentos con un umbral estándar de volumen que presenta las características descritas en los apartados 10 a 11 de la resolución de remisión constituye un abuso de posición dominante contrario al artículo 82 CE; (2) ¿Hasta qué punto debe ser probable y grave el efecto anticompetitivo de un sistema de descuentos que presenta las características descritas en los apartados 10 a 11 de la resolución de remisión para que se aplique el artículo 82 CE?; y (3) Teniendo en cuenta las respuestas a las cuestiones primera y segunda, ¿qué circunstancias específicas debe tomar en consideración el órgano jurisdiccional nacional para valorar si un sistema de descuentos, en circunstancias como las descritas en la resolución de remisión (características del mercado y del sistema de descuentos), tiene o puede tener un efecto de exclusión del mercado en el caso concreto que constituya un abuso comprendido en el artículo 82 CE?. El Tribunal de Justicia, respondiendo esta cuestión prejudicial manifestó que: «para determinar si un sistema de descuentos, como el controvertido en el litigio principal, aplicado por una empresa que se encuentra en posición dominante, puede tener un efecto de exclusión del mercado, infringiendo el artículo 82 CE, procede examinar el conjunto de circunstancias del caso concreto, en particular, los criterios y las condiciones de concesión de los descuentos, el alcance de la posición dominante de la empresa de que se trata y las condiciones de competencia específicas del mercado pertinente. El hecho de que el referido sistema de descuentos abarque a la mayoría de los clientes del mercado puede constituir una indicación útil de la importancia de esta práctica y de su impacto en el mercado, que puede reforzar la verosimilitud de un efecto de exclusión contrario a la competencia. La aplicación del criterio denominado “del competidor igualmente eficaz” no es un requisito indispensable para determinar el carácter abusivo de un sistema de descuentos, conforme al artículo 82 CE. En una situación como de la que se trata en el asunto principal, la aplicación del criterio denominado “del competidor igualmente eficaz” carece de pertinencia. El artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que, para estar comprendido en el ámbito de aplicación de dicho artículo, el efecto contrario a la competencia de un sistema de descuentos aplicado por una empresa en posición dominante, como el controvertido en el litigio principal, debe ser probable, sin que sea necesario demostrar que tiene un carácter grave o apreciable».

⁸²⁶ Decisión 76/642/CEE de la Comisión, de 9 de junio de 1976 (IV/29.020, *Vitaminas*).

con 22 compradores de las citadas vitaminas, a partir de 1964, y fundamentalmente entre los años 1970 y 1974, contratos que implicaban, para estos compradores, la obligación de compra así como mediante la aplicación de primas de fidelidad, una elevada incitación a reservar a *Roche* la exclusividad o la preferencia para cubrir la totalidad o lo esencial de sus necesidades de vitaminas⁸²⁷.

Así, la Sentencia *Hoffmann-La Roche* (1979)⁸²⁸ manifiesta que los contratos de exclusividad o los descuentos por fidelidad constituyen una explotación abusiva de conformidad con el art. 86 del Tratado CEE (hoy art. 102 TFUE), dado que, por una parte, falsean la competencia entre productores al reducir las posibilidades de elección de los clientes de una empresa dominante en relación a las fuentes de abastecimiento, y, por otra, producen a las empresas con las que mantienen relaciones comerciales condiciones distintas para prestaciones equivalentes, colocándolas en una situación de desventaja, por cuanto *Roche* ofrece a dos compradores dos precios diferentes por una cantidad igual de un mismo producto, según éstos acepten o no renunciar a abastecerse en los competidores de la empresa dominante.

La infractora creó un sistema de descuentos por fidelidad para incitar al comprador a abastecerse exclusivamente de la empresa con posición dominante. La diferencia con los descuentos cuantitativos, señala el Tribunal de Justicia, estriba en que, en comparación con aquéllos que dependen del volumen de ventas verificadas, éstos pretenden impedir que los clientes se abastezcan de los fabricantes competidores mediante la concesión de ventajas económicas⁸²⁹.

En este sentido, de acuerdo a la nueva normativa comunitaria en relación a la vinculación de seguros a créditos hipotecarios para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (DCCC)⁸³⁰, a día de hoy no transpuesta a nuestro Derecho interno, se obliga a las entidades de crédito a aceptar pólizas de seguros de un proveedor distinto de su proveedor favorito (entidad aseguradora filial o separada con la que mantiene acuerdos comerciales), cuando dicha póliza posea un nivel de garantía equivalente al nivel que haya propuesto.

⁸²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 (As. 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. AG c. Comisión*), consid. 2. Art. 1 de la Decisión.

⁸²⁸ Sentencia, ut supra. cit., consid. 80.

⁸²⁹ Sentencia, ut supra. cit., consid. 90.

⁸³⁰ Art. 12.4 DCCC.

Esta disposición no resuelve algunas cuestiones que podrían constituir abusos de una posición dominante de una o varias entidades de crédito⁸³¹. En primer lugar, se permite que las entidades de crédito puedan conceder o aplicar descuentos por la contratación de un crédito hipotecario⁸³², sin que conste limitación alguna en las cantidades que, aplicadas al diferencial, puedan ajustarse para la suscripción de

⁸³¹ No obstante, como indicamos a lo largo del presente trabajo, es necesario examinar el conjunto de circunstancias o el contexto de dichos descuentos, incluyendo, por supuesto, un enfoque económico del caso. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2017 (As. C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. c. Comisión*), consid. 137 y ss.: «A este respecto, se ha declarado ya que, para una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores, aunque sea a petición de estos, mediante la obligación o la promesa de abastecerse exclusivamente en dicha empresa para la totalidad o para gran parte de sus necesidades constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE, tanto si la obligación de que se trata ha sido estipulada sin más como si es la contrapartida de la concesión de descuentos. Lo mismo puede decirse cuando dicha empresa, sin vincular a los compradores mediante una obligación formal, aplica, ya sea en virtud de acuerdos celebrados con esos compradores, ya sea unilateralmente, un sistema de descuentos de fidelidad, es decir, de descuentos sujetos a la condición de que el cliente se abastezca exclusivamente en la empresa en posición dominante para la totalidad o para gran parte de sus necesidades, cualquiera que sea, por lo demás, el importe de sus compras (véase la sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, 85/76, EU:C:1979:36, apartado 89). Sin embargo, conviene precisar esta jurisprudencia para el supuesto de que la empresa de que se trate mantenga durante el procedimiento administrativo, aportando pruebas al respecto, que su conducta no tuvo la capacidad de restringir la competencia ni, en particular, de producir los efectos de expulsión del mercado que se le imputan. En tal supuesto, la Comisión no sólo está obligada a analizar, por una parte, la importancia de la posición dominante de esa empresa en el mercado de referencia y, por otra, el porcentaje del mercado cubierto por la práctica criticada y las condiciones y las modalidades de concesión de los descuentos de que se trata, su duración y su importe, sino que también está obligada a apreciar la eventual existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficaces (véase, por analogía, la sentencia de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 29). El análisis de la capacidad de expulsión del mercado también resulta pertinente para apreciar si un sistema de descuentos en principio prohibido por el artículo 102 TFUE puede estar objetivamente justificado. Además, el efecto de expulsión del mercado derivado de un sistema de descuentos, desfavorable para la competencia, puede verse contrarrestado, o incluso superado, por mejoras en términos de eficacia que beneficien también a los consumidores (sentencia de 15 de marzo de 2007, *British Airways/Comisión*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 86). Esta comparación de los efectos, favorables y desfavorables para la competencia, de la práctica criticada sólo puede llevarse a cabo en la decisión de la Comisión tras analizar la capacidad de expulsión del mercado de concurrentes al menos igualmente eficaces que resulte inherente a la práctica examinada. Si la Comisión efectúa ese análisis en una decisión en la que declara que un sistema de descuentos presenta un carácter abusivo, incumbe al Tribunal General examinar la totalidad de las alegaciones en las que la parte demandante califique de infundadas las conclusiones de la Comisión sobre la capacidad de expulsión del mercado del sistema de descuentos de que se trate».

⁸³² En cuanto a los créditos al consumo, tanto en la legislación comunitaria como española existe ningún tipo de limitación, lo que permite a la entidad de crédito, en ejercicio de su discrecionalidad, exigir cualquier tipo de póliza de seguro para conceder el crédito. Lo mismo ocurre para otro tipo de productos o servicios prestados por entidades de crédito como, por ejemplo, los gastos de mantenimiento de las cuentas a la vista (cuenta 360º de CajaMar) o la rentabilidad de cuentas remuneradas (consúltese cuenta 123 del Banco Santander).

uno o más productos de seguros⁸³³. En segundo lugar, no asocia la aceptación por parte de la entidad de crédito de pólizas de seguros suministradas por un proveedor diferente al propuesto por aquélla con la aplicación de los descuentos ofertados en el crédito o préstamo hipotecario, lo que sitúa a la entidad de crédito en una ventaja competitiva frente a sus competidores en el mercado del producto vinculado. Por último, existe el riesgo, posible de prever en la práctica, de que las entidades de crédito apliquen la llamada «cláusula inglesa» a sus clientes⁸³⁴, de modo que, de obtener de la competencia mejores ofertas de primas para los seguros bancarios que pretende vincular, la entidad de crédito puede reajustar sus precios a condición de que el cliente acepte dichas vinculaciones, todo ello sin perder los descuentos previamente ofrecidos.

Permitiéndose que las entidades de crédito puedan solicitar al cliente la suscripción de uno o varios seguros proveídos por la entidad aseguradora con la que mantiene un vínculo comercial, sin más razones que el aseguramiento del bien que actúa como garantía de la operación crediticia, también se permite que puedan conceder descuentos, no controlados, al suscribir el seguro con su entidad aseguradora⁸³⁵. Si bien se les obliga a aceptar pólizas de seguros aportadas por el

⁸³³ Tampoco figura en el art. 8.4 del Anteproyecto de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ninguna referencia a las bonificaciones aplicadas a los créditos hipotecarios que pudieran ofertar las entidades de crédito a sus clientes, y que desembocan en suscripciones masivas de contratos de seguros mediados por la entidad de crédito. Lo que sí permite, por otro lado, es que las entidades de crédito si puedan obligar al cliente a suscribir una póliza para el cumplimiento del préstamo, así como de otra póliza, en este caso, de un seguro de hogar, previsto en la normativa del mercado hipotecario, ya sea con su aseguradora o con otra distinta. En este sentido, el art. 8.4 del citado Anteproyecto dispone: «Los prestamistas o intermediarios de crédito podrán requerir al prestatario la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños respecto del inmueble objeto de hipoteca y del resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario. En este caso el prestamista deberá aceptar pólizas alternativas de todos aquellos proveedores que ofrezcan un nivel de garantías equivalente a la que aquel hubiera propuesto, tanto en la suscripción inicial como en cada una de las renovaciones. En ningún caso la aceptación por el prestamista de una póliza alternativa distinta de la propuesta por su parte podrá suponer empeoramiento en las condiciones de cualquier naturaleza del préstamo. A estos efectos, el prestamista deberá entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías del seguro que exige junto a la oferta vinculante».

⁸³⁴ De acuerdo a las Directrices de Verticales, apdo. 129, mediante la denominada «cláusula inglesa» se obliga al comprador a informar de cualquier oferta mejor y únicamente le permite aceptar tal oferta cuando el proveedor no pueda hacer una oferta semejante.

⁸³⁵ Las ventas vinculadas de seguros pueden encuadrarse dentro dos estrategias comerciales denominadas «pure bundling» y «mixed bundling», si bien con ciertas peculiaridades en el canal banca-seguros. Conforme a esta estrategia, existen dos alternativas: (1) que la entidad de crédito supedita la concesión de operaciones de riesgo a la suscripción de uno o varios seguros mediados por su correspondiente OBS, sin que conste la aplicación de descuento alguno sobre el precio del producto principal (pure bundling o ventas vinculadas); y (2) que la entidad crédito, vía información publicitaria, condicione el precio del producto principal a la suscripción de otros productos,

prestatario, no se establecen límites relativos a las condiciones del seguro que puedan ser exigidas, lo que permite que, mediante la aplicación de un sistema de descuentos por fidelidad ya establecido, puedan seguir extendiendo su dominio al mercado de seguros vinculados a operaciones de riesgo de todo tipo (incluso para operaciones de pasivo como cuentas a la vista)⁸³⁶.

Estas bonificaciones en productos financieros pueden participar en la venta vinculada o combinada como una palanca importante de coerción para la concesión del préstamo, crédito o, por ejemplo, para mantener una cuenta corriente sin gastos de mantenimiento, dado que el perjuicio para el cliente de no aceptar el seguro propuesto por la entidad resultaría desproporcionado atendiendo: (1) al coste económico que le supondría suscribir un seguro con otra aseguradora bajo las condiciones exigidas por la entidad de crédito, y (2) a la pérdida total de las bonificaciones ofertadas y, en consecuencia, a la subida del precio del producto principal. Esta situación condicionante, a nuestro juicio, le obligaría a aceptar el seguro exigido y propuesto por la entidad de crédito, reforzando la exclusividad, y debilitando ostensiblemente la estructura de la competencia en el mercado de los seguros vinculados.

especialmente de seguros, aumentando de forma significativa su precio de no verificarse su suscripción bajo los requisitos previamente exigidos (venta combinada). De esta manera, en teoría, la adquisición conjunta de ambos productos supone un beneficio económico para el cliente en relación al precio que obtendría suscribir cada producto separadamente (mixed bundling). No obstante, la aplicación de un descuento multiproducto puede ser contrario a la competencia tanto del mercado vinculado como vinculante cuando éste sea tan gran que los competidores con igual grado de eficiencia que únicamente ofertan una parte de los componentes no pueden competir contra el paquete que se oferta descontado. Vid. «*Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*», apdo. 59. Por otro lado, el apdo. 73 del *Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to abuses*, encuadra la venta combinada y sus descuentos como una práctica de exclusión basada en los precios (price-based exclusion). Tanto las ventas vinculadas como las ventas combinadas, manifiesta el texto en su apdo. 177, tienen los mismos efectos sobre la competencia.

⁸³⁶ Mediante esta práctica comercial, la entidad de crédito con posición dominante puede obligar al cliente a la adquisición del paquete ofertado, dado que el coste del producto principal que debería soportar aquél sería muy superior, lo que le obliga a decantarse por la venta conjunta. El principal riesgo que puede derivarse de esta práctica es un posible enmascaramiento de precios, ya sea camuflando el precio real del producto o servicio financiero del que disfruta posición dominante sobre la suma del paquete, u obteniendo una ventaja competitiva frente al resto de competidores ofreciendo el producto principal con un precio más reducido, con el propósito de recuperar la pérdida de rentabilidad mediante el mantenimiento o aumento del precio del producto vinculado. Vid. CRESPO GONZÁLEZ, M, *Política de descuentos y Derecho de la Competencia*, Máster en Integración Europea, trabajo elaborado bajo la dirección de la Profesora D^a. Carmen Herrero Suárez, Universidad de Valladolid, 2013, pgs. 55 y 56.

En este sentido, en las Directrices de Verticales⁸³⁷ la Comisión refiere que la vinculación puede llevar a precios superiores al precio competitivo, particularmente, a través de tres situaciones: (1) si ambos productos (vinculante y vinculado) pueden utilizarse en proporciones variables como insumos de un proceso de producción, los clientes pueden reaccionar ante un aumento del precio del producto principal aumentando su demanda del producto vinculado y disminuyendo a la vez su demanda del producto principal. En estos casos, la vinculación por una empresa dominante puede intentar evitar esta sustitución y subir el precio del producto principal; (2) en los supuestos en que la vinculación permita que se genere discriminación de precios en función del uso que haga el cliente del producto principal; y (3) en el caso de contratos a largo plazo o de contratos suscritos en un mercado secundario con respecto a un bien de equipo original con un plazo largo de sustitución, resultando difícil para los clientes calcular las consecuencias de la vinculación.

Una entidad de crédito podría elevar el precio de la venta conjunta exigiendo al prestatario la aceptación expresa de condiciones más gravosas del producto vinculado mediante un aumento de precio del contrato de seguro. Ante esta situación, la entidad no sólo extendería su poder en el mercado del producto vinculado, sino que lo mantendría durante un plazo mayor, falseando la competencia en el mercado del contrato de seguro subordinado. En un régimen de competencia no falseada, tal y como se señala en el Voto particular emitido a la Resolución *CajaMadrid/Ausbanc* (2001)⁸³⁸, la imposición de una nueva carga, en estos casos de una doble garantía (que se suma al valor del bien que garantiza igualmente el crédito o préstamo) sobre la operación financiera, constituiría una ventaja competitiva con el fin alcanzar mayores cuotas de mercado, por lo que, en condiciones de competencia efectiva, la misma imposición desaparecería por la fuerza de la acción competitiva. Esta circunstancia no ha sido atendida debidamente ni en la legislación vigente ni en la DCCC.

A nuestro parecer, en el mercado de préstamos hipotecarios español, las entidades de crédito han instrumentalizado la concesión de bonificaciones, incentivando intensivamente la vinculación, conforme a los siguientes factores: (1) las entidades de crédito que ofertan un préstamo hipotecario de tipo variable por

⁸³⁷ Directrices de Verticales, apdo. 217.

⁸³⁸ Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. r 467/01, *CajaMadrid/Ausbanc*), punto 2º del Voto particular, pg. 20.

separado e informando al cliente del carácter opcional de la suscripción de los productos vinculados, imponen a aquél, si desea aceptar el préstamo sin dichos productos, un incremento del diferencial con los puntos porcentuales correspondientes a cada uno de los productos no contratados⁸³⁹; (2) de igual forma, cuando en la oferta informativa se expresa la posibilidad de no contratar los productos de seguros con el OBS de la entidad de crédito (usualmente seguros de vida y hogar) suele penalizarse al cliente en hipotecas de tipo fijo con su tipo de interés incrementado en un punto o más⁸⁴⁰; (3) las ofertas de financiación del préstamo hipotecario suelen incluir el importe de la primera de un seguro de vida durante toda la vida de la hipoteca, así como el coste de un seguro de vida con cobertura del 100% del capital prestado⁸⁴¹; y (4) la totalidad de las entidades de crédito advierten que la concesión del préstamo estará sujeta al análisis del riesgo de la operación (*take it or leave it*), lo que deja en manos de aquéllas, en definitiva, la cancelación del producto bancario.

Teniendo en consideración la información que ha de proporcionar legalmente la entidad de crédito sobre un producto vinculado (modelos FIPRE y FIPER), en los supuestos de aplicación de descuentos sobre un préstamo hipotecario, por la suscripción de un seguro de vida o de protección de pagos, los porcentajes de la deducción del diferencial del tipo de interés, supuestamente aplicados por la contratación de uno o varios seguros, podrían resultar contrarios al coste real. Por un lado, el prestatario puede quedar obligado a abonar un seguro cuyo coste supera o multiplica el ahorro que supone la reducción en el diferencial, y, por otro, cuando el seguro se financia a prima única incluyendo su importe al principal de la operación, la entidad de crédito percibiría sobre el coste de dicho seguro los mismos intereses establecidos para el crédito o préstamo, por lo que dicho porcentaje podría, incluso, no ser negativo sino positivo sobre el tipo de interés⁸⁴².

⁸³⁹ Véase Hipoteca Sin más o Hipoteca Variable de Bankinter.

⁸⁴⁰ Véase Hipoteca Fija de Banco Sabadell; Hipoteca “Ahora” Tipo Fijo de Liberbank, o Kutxabank Hipoteca Fija.

⁸⁴¹ Véase Hipoteca Activa Plus de ActivoBank.

⁸⁴² Del mismo modo podría repercutir sobre el coste total de la operación la adquisición de una tarjeta de crédito o la apertura de un fondo de pensiones. De esta manera, a través de la oferta de descuentos, las entidades de crédito podrían elevar el coste del producto principal, utilizando información irreal en sus ofertas de créditos o préstamos hipotecarios o personales en relación a los productos cuya contratación implica la aplicación de un descuento en el diferencial. En cuanto a la normativa vigente, la DCCC, a la espera de su transposición en nuestro país, permite a las entidades

4. Imposición de condiciones no equitativas a los clientes en los seguros vinculados a operaciones de activo

El art. 102 TFUE no sólo sanciona las conductas que excluyen a la competencia (*exclusionary abuses*), sino, igualmente, los abusos explotativos o desleales puros (*explotatives abuses*)⁸⁴³, en tanto lesionan intereses económicos, concurrenciales y no concurrenciales, así como de clientes y proveedores, prohibiendo aquellas conductas de empresas con posición dominante que resultarían injustificadas⁸⁴⁴. La calificación de abuso explotativo debe utilizarse, igualmente, frente a conductas que revistan de especial importancia, y que afecten, significativamente, al buen funcionamiento del mercado⁸⁴⁵.

La doctrina de la autoridad nacional de competencia ha seguido este camino en su Resolución *Entidades de crédito* (2009)⁸⁴⁶, analizando la existencia de una conducta tipificada en el art. 1.1 LDC en relación a una denuncia presentada por Ausbanc sobre prácticas generalizadas de subordinación de préstamos hipotecarios a seguros de vida o de amortización de crédito con una aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial y en utilizar otras vías distintas a la de reclamar a esta aseguradora el pago del seguro al producirse la contingencia asegurada, en detrimento de la eficacia del mismo. La autoridad manifestó que si bien es posible que se produzca algún tipo de extralimitación por parte de la entidad financiera por falta de información al cliente o por otros motivos, dichos supuestos podrían tener cabida como infracción de otro tipo de normas, ya sea en la propia normativa sectorial o la LGDCU, pero en ningún caso, a partir de la información disponible, puede interpretarse que sea producto de una infracción del art. 1.1 LDC.

de crédito exigir una póliza de seguro a los prestatarios como condición para la concesión de la operación crediticia. El riesgo que supone dicha permisión sin la aplicación de un criterio objetivo del aseguramiento, puede conllevar a que la competencia que produce seguros igualmente eficaces que los propuestos por la entidad no pueda acceder al canal bancario, dado que las entidades de crédito podrían: (1) exigir unas condiciones de aseguramiento desorbitadas o, por ejemplo, la suscripción del seguro a prima única; y (2) ofertar a sus clientes dichos descuentos si contrataren el seguro con la aseguradora favorita de la entidad, lo que induciría al cliente a su contratación. Dichos supuestos podrían resultar, asimismo, constitutivos de una infracción del art. 3 LDC relativo al falseamiento de la libre competencia por actos desleales que afecten al interés público.

⁸⁴³ De acuerdo a Vid. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...* op. cit., pg. 453, los contratos ligados o vinculados bien podrían calificarse como condiciones inequitativas, pero su importancia mereció un trato independiente para el legislador comunitario.

⁸⁴⁴ *Ibidem*. cit., pgs. 495 y 496.

⁸⁴⁵ *Ibidem*. cit. pg. 520.

⁸⁴⁶ Resolución de la CNC de 29 de mayo de 2009 (Expte. 2789, *Entidades de crédito*), FJ 8º.

En este sentido, desde la Resolución *Pompes Funebres Baix Llobregat* (1995)⁸⁴⁷, se diferencia entre ambos tipos de abusos, por cuanto, señala, los abusos anticompetitivos crean restricciones o discriminaciones a los competidores en el mercado relevante en cuestión o en otros mercados relacionados, mientras que los explotativos o meramente explotadores afectan directamente a los clientes, no teniendo efectos en el funcionamiento de los mercados. Ahora bien, continúa la Resolución, que «si bien respecto a los primeros no cabe discutir la aplicación del derecho de la competencia, respecto de los seguros conviene profundizar puesto que pudieran existir dudas sobre la aplicabilidad desde el Derecho de la Competencia o bien la del derecho de los consumidores»⁸⁴⁸. Al respecto, en el art. 5 LDC relativo a conductas de menor importancia, el legislador español ha querido limitar, de forma expresa, la aplicación del Derecho de la Competencia únicamente sobre aquellas conductas que revistan de especial gravedad, dejando de lado otras que, «por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia».

La Constitución española, en referencia al modelo económico del Estado español, «reconoce la libertad de empresa en el mercado de la economía de mercado» (art. 38 CE)⁸⁴⁹, constituyendo tanto la Defensa de la Competencia como la protección de los consumidores dos aspectos de la ordenación del mercado⁸⁵⁰. En el mismo sentido, el Consejo Económico y Social ha reseñado que «la protección del consumidor desde el control de las condiciones de funcionamiento del propio mercado está directamente relacionada con la defensa de la libre competencia y la transparencia del mercado. La sumisión a las reglas de la competencia resulta obligada en el contexto de internacionalización y globalización en que se mueven las economías y las empresas occidentales. En la política comunitaria de

⁸⁴⁷ Resolución del TDC de 24 de enero de 1995 (Expte. r 103/94, *Pompes Funebres Baix Llobregat*), FJ 5º.

⁸⁴⁸ Sin embargo, cabe señalar que sí existe relación directa entre la protección de los consumidores y el Derecho de la Competencia. En este sentido, el art. 12 TFUE establece que «al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores».

⁸⁴⁹ Asimismo, el art. 51.1 CE confiere a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

⁸⁵⁰ STC nº. 208/1999 de 11 de noviembre de 1999 (nº. de recursos 2009/1989 y 2027/1989), FJ 8º.

competencia y en sus normas de plasmación se contienen constantes referencias a los usuarios y consumidores»⁸⁵¹.

Será necesario, a la luz de la doctrina administrativa de nuestra autoridad de competencia, que la lesión afecte gravemente al interés general, esto es, se requiere que dicha conducta sea calificada como un verdadero atentado a la institución de la competencia mediante una grave ineficiencia perturbadora del orden económico⁸⁵².

En cuanto a la imposición de condiciones inequitativas a terceros, cuya importancia podría alterar la misma economía de mercado (art. 38 CE), en la Resolución *Construcciones y Contratas* (1997)⁸⁵³, sobre una denuncia formulada contra diez empresas constructoras consistente en efectuar el pago de sus servicios con pagarés con la cláusula “no a la orden” que impide su negociación, lo que podría suponer un abuso de posición dominante y una práctica concertada (generalizada), la autoridad señala que: «no cabe por ello, excluir la posibilidad de un abuso de posición de dominio conjunta, incurso en el art. 2 LDC, dado que no se precisa de un acuerdo colusorio para estimar que se dé una situación fáctica de dominio del mercado que no se puede descartar teniendo en cuenta la importancia de su participación en el mismo y los indudables perjuicios que se podrían originar para los acreedores en la negociación y descuento de los pagarés, con repercusión en su tesorería».

Como indicamos, podrán calificarse como abusos explotativos, en aplicación del art. 2.1 LDC, aquellas conductas cuyos efectos contrarios a los derechos de los que sean titulares los consumidores hayan sido muy significativos y de extraordinaria gravedad⁸⁵⁴. Este es el criterio de la autoridad de competencia en su

⁸⁵¹ Informe del Consejo Económico y Social titulado: «*Los derechos del consumidor y la transparencia de mercado*». Aprobado en la sesión del Pleno de 17 de febrero de 1993, pg. 63.

⁸⁵² Vid. PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante...* op. cit., pgs. 536 y 543. En el mismo sentido, Resolución del TDC de 17 de febrero de 2000 (Expte. 405/99, *Caja España*), FJ 2º, que refiere: «La adecuada resolución del presente recurso exige comenzar señalando que no todo acto p práctica que pueda resultar incómodo para el consumidor puede ser calificado, sin más, como anticompetitivo o desleal, y, en consecuencia, ser sancionada como tal, sino sólo cuando verdaderamente atente contrala institución “de la competencia en el mercado”».

⁸⁵³ Resolución del TDC de 30 de junio de 1997 (Expte. r 202/97, *Construcciones y Contratas*), FJ 2º.

⁸⁵⁴ Desde el punto de vista de la estructura de la competencia que podría resultar dañada a través de la vinculación de seguros, la práctica podría afectar, con carácter inmediato, al mercado del seguro vinculado a la operación de activo. En este sentido, igualmente hay que tener en consideración que cuanto mayor sea la dimensión geográfica, esto es, la noción más amplia del mercado, quedan reducidas las posibilidades de determinar la existencia de una posición dominante. Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre

Resolución *Funerarias de Madrid 2* (1997)⁸⁵⁵, que declara la realización, por parte de una empresa dominante, de diversas prácticas de abuso al causar un grave perjuicio a los consumidores, que han visto como se encarecía generalizada e injustificadamente las tarifas y se aplicaba un recargo del 300% sobre los enterramientos en Madrid de personas no empadronadas en la capital, sobre un servicio necesario que, al prestarse en régimen de monopolio, era de obligada adquisición puesto que no existía otra oferta empresarial alternativa.

En la actividad de banca-seguros, las cláusulas que pueden ser calificadas como abusivas resultan muy variadas, pero, en definitiva, están dirigidas a mantener el seguro vinculado en vigor durante el máximo tiempo posible (usualmente hasta el vencimiento del producto o servicio bancario) a costa del cliente⁸⁵⁶. Si bien entre las partes debe operar el principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC)⁸⁵⁷, los pactos contenidos en los contratos han de respetar tanto el principio de tipicidad contractual como lo establecido en las disposiciones que regulan las relaciones entre las entidades financieras y los clientes bancarios, así como entre aseguradoras o mediadores de seguros y los tomadores/asegurados. La principal característica sobre estos productos vinculados, y que genera menos transparencia en las operaciones en relación al precio total de la venta, es la práctica habitual de hacer mención a su imposición y elementos, no en las condiciones esenciales del préstamo, sino en las condiciones generales de las escrituras⁸⁵⁸.

La norma que ejerce control sobre las cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de los contratos es la LGDCU, cuyo art. 82.1 dispone que «se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas

competencia», en IGLESIAS PRADA, J.L. (Coord.), *Estudio en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, pg. 991.

⁸⁵⁵ Resolución del TDC de 30 de diciembre de 1997 (Expte. 361/95, *Funerarias de Madrid 2*), FJ 6º.

⁸⁵⁶ En relación al contrato de crédito al consumo, TITO AÑAMURO, J.A., *El nexu jurídico de los contratos vinculados de consumo*, Tesis Doctoral dirigida por la Profesora Dª. María Jesús Moro Almaraz, Universidad de Salamanca, 2009, pg. 109: «La idea se funda en las vicisitudes del mercado de bienes, concretamente, en el derecho de la competencia, que es donde tienen lugar los primeros supuestos de conexión contractual, tal es así que la vinculación de dos productos, cada uno de mercados diferenciados, para la sucesiva oferta y venta a los adquirentes, era notoriamente lesiva a los intereses económicos de algunas empresas (las pequeñas empresas) y de los consumidores. Sin embargo, el rendimiento sucesivo de algunas prácticas de vinculación derivaron en admitir, numerus clausus, la circulación de esos contratos vinculados».

⁸⁵⁷ Vid., TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 315.

⁸⁵⁸ *Ibidem*. cit., pg. 315.

individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». En particular, el art. 82.4 manifiesta que, en todo caso, son abusivas las cláusulas que: *a)* vinculen el contrato a la voluntad del empresario; *b)* limiten los derechos del consumidor y usuario; *c)* determinen la falta de reciprocidad en el contrato; *d)* impongan a los consumidores garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; *e)* resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o *f)* contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Resulta especialmente significativo lo referido por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *SACEM* (1987)⁸⁵⁹, que refiere que, si bien el órgano jurisdiccional nacional estimó que el nivel de los cánones exigidos a las discotecas en Francia por *SACEM* no era contrario a la equidad, constando además que la utilización por aquélla de los derechos de autor quedó permitida por la legislación nacional, no puede excluirse la aplicación del art. 86 del Tratado CEE (hoy 102 TFUE) cuando la empresa ostentase posición dominante en el mercado y utilizara prácticas abusivas imponiendo condiciones no equitativas. En el mismo sentido, la Sentencia *Ahmed Saeed* (1989)⁸⁶⁰, sobre un asunto de abuso de posición dominante en relación a la imposición por parte de una aerolínea de tarifas aéreas, el Tribunal estimó que, una vez comprobado que una empresa de transporte aéreo mantiene una posición dominante en el mercado, se considerará la constitución de un abuso de dicha posición cuando las tarifas impuestas deban ser calificadas como condiciones de transporte no equitativas, ya sea en relación con los competidores o con los viajeros.

Con la imposición de un seguro vinculado, por ejemplo, a un crédito o préstamo, la entidad de crédito usualmente establece, unilateralmente, sus condiciones contractuales (contratos masa), así como las consecuencias de posibles incumplimientos relativos al producto vinculado. De esta forma, la entidad se reserva el derecho de imponer una doble garantía al cliente mediante un producto de seguros que tiende a reducir enormemente para aquélla el riesgo de

⁸⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de abril de 1987 (As. C-402/85, *G. Basset c. Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique*), consid. 18 a 20.

⁸⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989 (As. C-66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.*), consid. 42 y 43.

incumplimiento del producto principal (*causa credenti o solventi*)⁸⁶¹, puesto que, de concurrir el citado impago, le generaría importantes pérdidas económicas. De la misma suscripción del seguro, que participa en la operación como un servicio de cobertura del riesgo de la operación, podría constituir una ventaja competitiva frente al resto de entidades de crédito, y, evidentemente, sobre las entidades aseguradoras que no pueden competir en igual de condiciones frente a una entidad de crédito con una posición dominante en el mercado de banca minorista⁸⁶².

Una de las prácticas abusivas más lesivas para la competencia y para los consumidores que se han detectado, y que aún hoy en día es práctica habitual en el mercado de banca minorista, se refleja en la imposición de un seguro vinculado a prima única, cuyo abono se añade a la suma del capital prestado. Esta actuación supone un quebranto importante, no sólo en relación al coste que entraña al cliente liquidar a favor de la entidad de crédito intereses también por el seguro, sino a la estructura del mercado, creando fuertes barreras de entrada frente a los demás competidores del mercado del producto vinculado⁸⁶³.

Entendiendo que, conforme a la legislación comunitaria y nacional, las entidades de crédito pueden solicitar al cliente un contrato de seguro con cobertura de riesgo como garantía de la operación, siempre que no suponga una «imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido» (art. 88.1 LGDCU), sería preciso para la constitución del abuso que una entidad con posición dominante se sirva de dicha práctica para obtener ventajas que no le permitirían obtener bajo el funcionamiento efectivo de la competencia, y que su comportamiento pueda

⁸⁶¹ Vid. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 319.

⁸⁶² En este sentido, de acuerdo a lo expuesto en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de marzo de 2003 (nº. de recurso 4495/1998), FJ 9º, del estudio de la jurisprudencia comunitaria cabe afirmar que mediante el art. 102 TFUE se protege tanto a los intereses económicos – concurrenciales o extraconcurrenciales– de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. Así, dicho precepto vela por la salvaguarda de la competencia residual o potencial, y actúa, también, en defensa directa de consumidores, clientes y proveedores ante conductas que, aunque no afecten a la estructura competitiva, producen resultados lesivos en base a una falta o insuficiencia de una competencia efectiva. La Sentencia prosigue en relación a la afectación de dichos intereses de los clientes y consumidores, FJ 10º, soslayando: «Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva».

⁸⁶³ De este modo, el art. 102 b) prohíbe aquellas prácticas abusivas que consistan en «imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas».

perjudicar a los consumidores mediante la imposición de condiciones no equitativas⁸⁶⁴.

A esta imposición en las condiciones contractuales del contrato de seguro, pueden incluirse: (1) cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias (declarada abusiva por STS de 16 de diciembre de 2009⁸⁶⁵), si bien se ha de estar a lo dispuesto en el art. 1129 CC en relación a la posibilidad que tiene el deudor de sustituir las garantías prestadas por otras nuevas e igualmente seguras so pena de aplicar esta previsión legal como cláusula de vencimiento anticipado⁸⁶⁶; (2) mantener en vigor un seguro, por

⁸⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 3 de octubre de 1985 (As. 311/84, *CBEM*), consid. 21. En cuanto a la imposición de condiciones a otros contratantes, resulta destacable la Decisión 98/538/CE, de 17 de junio de 1998, por la que la Comisión consideró que la *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)*, organismo integrado en la administración tributaria del Estado italiano que se dedica a la fabricación, importación exportación y distribución al por mayor de labores del tabaco, organización que poseía en exclusiva el derecho a fabricar labores del tabaco en Italia, por lo que ocupaba posición dominante en el mercado de distribución al por mayor de cigarrillos, había cometido dos tipos de comportamientos contrarios al art. 86 del Tratado (102 TFUE). Por un lado, celebrar un contrato-tipo de distribución con determinadas empresas fabricantes de cigarrillos, y por el que dichas empresas asignaban a la AAMS la función de introducir y distribuir al por mayor en el territorio italiano los cigarrillos que fabricaban en otro Estado miembro; y por otro, determinadas medidas unilaterales adoptadas por la AAMS en relación con los cigarrillos fabricados en otro Estado miembro, así como introducirlos, posteriormente, en Italia (Véase Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de noviembre de 2001 (As. T-139/98, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c. Comisión*), consid. 14.

⁸⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 16 de diciembre de 2009 (nº. de recurso 2114/2005 y nº. de resolución 792/2009), Ponente D. Jesús Eugenio Corbal Fernández, FJ 20º, declarando la abusividad de la cláusula: «La resolución recurrida razona con acierto en el sentido de que, además de que de la cláusula se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, la misma resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorias, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida. La argumentación de la resolución recurrida resulta conforme con la doctrina jurisprudencial más reciente –SS. 9 de marzo de 2.001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008–, que solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes. Además, de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio».

⁸⁶⁶ Este es el caso típico del impago de las cuotas del seguro de daños que cubre el inmueble que garantiza la hipoteca. Al respecto, el art. 693.2 L.E.Civ., limita los supuestos para la ejecución de la cláusula de vencimiento anticipado al impago de al menos tres plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses. De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en base al art. 1255 CC la validez de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos depende de la concurrencia de justa causa, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial del contrato, como puede ser el impago de las cuotas del préstamo, y no por el incumplimiento de una obligación accesorias. Asimismo, este carácter abusivo fue declarado de mismo modo por la jurisprudencia del

ejemplo un seguro de protección de pagos asociado a un crédito al consumo, una vez se ha cancelado la deuda por los prestatarios, sin advertir esta circunstancia al cliente⁸⁶⁷; (3) aquellas cláusulas que acuerdan que la entidad de crédito puedan suscribir un seguro en defecto del deudor; y (4) las denominadas cláusulas de subrogación en el cobro de la indemnización del seguro⁸⁶⁸, estipuladas habitualmente en los seguros de daños y por las que se hace constar expresamente que, en caso de siniestro, el prestatario designa a la entidad de crédito como beneficiario del seguro, cediendo sus derechos de cobro de la indemnización.

IV. Posición dominante colectiva en la vinculación de seguros

1. Rasgos generales de la figura

Si bien las normas sobre abuso de posición dominante no definen ni concretan los elementos objetivos que deben concurrir para apreciar una posición de dominio colectiva, sí abren la posibilidad de que la explotación abusiva pueda ser perseguida a partir de la actuación cometida por varias empresas que disfrutaran de dicho poder de mercado⁸⁶⁹. Nuestro Derecho interno, *ex art. 2.1 LDC*, en los mismos términos, prohíbe la «explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional».

En cuanto a la definición del término, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que la posición de dominio colectiva «consiste en que varias

TJUE en sus Sentencias de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013, por cuanto dicha cláusula podría ser abusiva, desproporcionada e injustificada, y, en consecuencia, eliminada sin posibilidad alguna de reintegración. Vid. VARGAS VASSEROT, C., *La contratación de seguro...*, op. cit., pg. 1379.

⁸⁶⁷ Vid. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 326.

⁸⁶⁸ *Ibidem.* cit., pgs. 328 y 329.

⁸⁶⁹ Conforme advierte PETIT, N. y NEYRINCK, N., “Collective dominance: An overview of national case law”, *e-Competitions*, n.º. 72449, 2011, pg. 1, la parte de la prohibición que expresa: “dos o más empresas” se interpretó inicialmente bajo la situación en la que concurrían múltiples empresas dentro de un mismo grupo empresarial. No obstante, esta interpretación se enfrentó evidentemente al término empresa, definitivamente resuelta por la Sentencia del TPI (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992 (As. acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA y PPG Vernante Pennitalia SpA*), consid. 350, que señala que el concepto de posición dominante colectiva es aplicable igualmente a empresas independientes (que se desprende no sólo de la estructura de oligopolio, sino de los acuerdos y de las prácticas concertadas).

empresas tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela, y, por último, de los consumidores»⁸⁷⁰.

El examen de una posición dominante colectiva está estrechamente relacionada con la existencia de oligopolios, esto es, mercados en el que compiten una reducida cantidad de empresas con un alto nivel de interdependencia entre ellas⁸⁷¹. De esta forma, sobre esta última cuestión acerca de los vínculos existentes entre empresas en un mercado oligopolístico, el TPI en su Sentencia *Gencor Ltd* (1999)⁸⁷², en relación a una operación de concentración económica, define la posición dominante colectiva o plural como «la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a

⁸⁷⁰ Sentencias del TPI (Sala Tercera) de 7 de octubre de 1999 (As. T-228/97, *Irish Sugar plc c. Comisión*), consid. 46; de 13 de julio de 2006 (As. T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Associations (Impala, association Internationale)*) consid. 245. En iguales términos, Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998 (As. C-68/94 y C-30/95, *Francia y Société commerciale des potasses y de l'azote y Enterprise minière y chimique c. Comisión*), consid. 221. En relación con la interpretación del TJCE sobre poder económico e independencia de comportamientos, Vid. CURTO POLO, M., “Hacia una noción ampliada del abuso de posición dominante (comentario a la Sentencia del TJCE de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak International c. Comisión*, As. C-333/94 P)”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 18, 1997, pgs. 347-370.

⁸⁷¹ Conforme a FOLGUERA CRESPO, J. y MARTÍNEZ CORRAL, B., “La posición de dominio colectiva: Estado actual de una larga evolución”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, pgs. 77 y 78: «La interdependencia implica, esencialmente, la existencia de una consciencia compartida de los operadores en el mercado respecto a la posición comercial de los competidores. En efecto, es la interdependencia entre los agentes de un mercado oligopolístico y la conciencia de esta interdependencia lo que les lleva a alinear su conducta en el mercado de modo que puedan obtener beneficios supracompetitivos. Es muy importante tener presente que el concepto mismo de dominancia colectiva acuñado por la jurisprudencia comunitaria exige, por la propia esencia de la figura, descartar la existencia de cualquier acuerdo de voluntades entre los miembros de un oligopolio para alinear su comportamiento comercial. En la medida que un acuerdo de este tipo, expreso o tácito, pudiese ser acreditado, la conducta anticompetitiva no constituiría una infracción de la prohibición de abuso de posición de dominio, sino una infracción de la prohibición de acuerdos anticompetitivos entre empresas, y, por lo tanto, estaría fuera del objeto de este artículo. Como se verá, esta solución no ha sido la seguida en otros sistemas de defensa de la competencia, como el americano, donde la doctrina ha preferido asimilar el paralelismo propio de un oligopolio a un acuerdo tácito entre sus miembros, sancionable bajo el art. 1 de la Sherman Act».

⁸⁷² Sentencia del TPI (Sala Quinta ampliada) de 25 de marzo de 1999 (As. T-102/96, *Gencor Ltd c. Comisión*), consid. 276.

coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios⁸⁷³.

En efecto, en este contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios)⁸⁷⁴, provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa, Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios».

Para la concurrencia del tipo colectivo ha de acreditarse que, entre las dos empresas independientes, exista una interdependencia mutua (vínculos estructurales, económicos...), y que ejerciten su posición de dominio en el mismo sentido y dirección con consciencia de la situación real en el mercado (paralelismo), sin que sea preciso que obren con acuerdo entre ellas⁸⁷⁵. En este sentido, el concepto de posición dominante colectiva se aplica sobre aquellas empresas independientes que, si bien ostentan globalmente en un mercado concreto cuotas muy importantes, se presentan de hecho como una única entidad y no desde su individualidad, esto es, se comportan (por medio del abuso) como empresas pertenecientes a un mismo grupo (actuación unánime)⁸⁷⁶.

La autoridad nacional de competencia ha señalado los elementos que han de concurrir para determinar la existencia de una posición dominante colectiva. De este modo, la Resolución *Llamadas Móviles* (2014)⁸⁷⁷, en los mismos términos que la Sentencia *Airtours* (2002)⁸⁷⁸, precisa los siguientes cuatro elementos objetivos que deben apreciarse y que, fundamentalmente, consisten en un resumen de los tres elementos exigidos por la jurisprudencia comunitaria, citados anteriormente⁸⁷⁹: (1)

⁸⁷³ Acerca del abuso de posición dominante colectiva en espacio de las concentraciones económicas Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., “La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema europeo de control de concentraciones (Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998)”, *Derecho de los Negocios*, n.º. 113, 2000, pgs. 19-46.

⁸⁷⁴ Por ejemplo, la eliminación de vinculaciones en sus ofertas.

⁸⁷⁵ Resolución del TDC de 7 de enero de 1992 (Expte. 291/90, *Arbora* y *Ausonia*), FJ 2º.

⁸⁷⁶ Sentencia del TPI (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992 (As. T-68/89, T-77/89 y T-78/89. *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA* y *PPG Vernante Pennitalia SpA*), consid. 350.

⁸⁷⁷ Resolución de la CNMC de 6 de marzo de 2014 (Expte. S/0391/11, *Llamadas Móviles*), FJ 5º.

⁸⁷⁸ Sentencia del TPI (Sala Quinta ampliada) de 6 de junio de 2002 (As. T-342/99, *Airtours plc c. Comisión*), consid. 62.

⁸⁷⁹ También reflejados en la Sentencia del TPI (Sala Cuarta) de 26 de enero de 2006 (As. T-193/02, *Laurent Piau*), consid. 111. De esta forma, para que pueda considerarse que existe una situación de

la existencia de una estrategia o comportamiento común identificable que si sigue por todos sea ventajoso para las empresas dominantes⁸⁸⁰; (2) cada uno de los operadores dominantes deben poder conocer el comportamiento del resto para vigilar si se está siguiendo la estrategia común; (3) la situación debe ser sostenible en el tiempo, es decir, deben existir incentivos para no alejarse de la estrategia común; y (4) la posible reacción de potenciales competidores y de los consumidores no puede poner en peligro los resultados de la estrategia común.

En concreto, señala la Resolución, se requiere que se den los elementos estructurales que faciliten que los operadores tengan el incentivo y la capacidad de alinear sus comportamientos en detrimento del funcionamiento competitivo del mercado y en perjuicio de los consumidores⁸⁸¹.

En cualquier caso, como remarca la Sentencia *Impala* (2006)⁸⁸², la determinación de la existencia de una posición dominante colectiva «debe apoyarse sobre una serie de elementos de hecho probados, pasados o presentes, que atestigüen un obstáculo significativo para la competencia en el mercado, debido al poder adquirido por determinadas empresas para adoptar conjuntamente una misma línea de acción sobre este mercado, en forma apreciable, independientemente de sus competidores, de su clientela y de los consumidores».

De acuerdo a la doctrina citada, no es preciso, para estimar que concurre una situación fáctica de dominio del mercado, que existan acuerdos entre ellas. Únicamente sería suficiente que, con consciencia de su situación real en el mercado,

dominio colectiva es necesario que concurren tres requisitos concretos: (1) que todos los miembros del oligopolio dominante deben poder conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no a la misma línea de actuación; (2) resulta necesario que la situación de coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo, esto es, debe existir un incentivo a no apartarse de la línea de actuación en el mercado; y (3) la reacción previsible de los competidores actuales y posteriores y de los consumidores no debe cuestionar los resultados esperados de la línea de acción común.

⁸⁸⁰ El problema del *bundling* de un sistema de descuentos por parte de una empresa con posición dominante fue analizado por primera vez (la mayoría de la doctrina acepta este hecho) por ADAMS, W.J. y YELLEN J.L. *Commodity Bundling and the Burden of Monopoly...*, op. cit., pgs. 475 a 498.

⁸⁸¹ En este sentido, Vid. NALEBUFF, B., “Bundling as an entry barrier”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 119, nº. 1, 2004, pgs. 159 a 187, refiere que la agrupación en un entorno oligopolístico es una estrategia de entrada-disuasión (*entry-deterrent strategy*) bastante eficaz. Así, cuando empresa ostenta poder de mercado tanto el producto vinculante como el vinculado resulta más difícil para la competencia de uno de dichos productos acceder al mercado. Agrupar, señala el autor, permite a una empresa defender de manera creíble ambos productos sin tener que bajar el precio de ninguno de ellos, esto es, sirve como una herramienta eficaz de discriminación de precios.

⁸⁸² Sentencia del TPI de 13 de julio de 2006 (As. T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Associations (Impala, association Internationale)*, consid. 350.

dichas empresas ejerciten su posición dominante en el mismo sentido y dirección. Este fue el criterio adoptado en la Resolución *Arbora y Ausonia* (1992)⁸⁸³, que declaraba acreditada la existencia de un abuso de posición de dominio conjunta en el mercado de bragas-pañales infantiles desechables, por concurrir a concursos públicos ofertando pañales a cero pesetas, constituyendo una política comercial de competencia desleal tendente a eliminar a sus competidores.

Resulta igualmente significativo lo contenido en la Resolución *Construcciones y Contratas* (1997)⁸⁸⁴, por la que se revoca el Acuerdo de archivo del SDC al considerarse que la actuación de las empresas constructoras denunciadas, librando pagarés nominativos con la cláusula “no a la orden”, podría ser una generalización de este medio de pago, constituyéndose una práctica concertada por coincidir en tiempo, forma y fondo, así como a la explotación de la dependencia económica de los proveedores. No obstante, conforme a la Sentencia *SIV* (1992)⁸⁸⁵, para acreditar la existencia de un abuso de posición colectiva resultaría necesario demostrar que entre dichas empresas existan vínculos institucionales análogos a los existentes entre una sociedad matriz y su filial (factores de conexión), acreditándose una pérdida de autonomía de voluntad de aquéllas, así como la inexistencia de competencia entre ellas.

Este argumento fue posteriormente utilizado en la Resolución *Líneas Aéreas* (1999)⁸⁸⁶, para fundamentar el abuso de posición dominante a causa de un acuerdo interlínea idéntico suscrito dos a dos (unión estructural entre operadores) entre los grandes operadores del mercado de transporte aéreo regular de nuestro país que pronosticó un comportamiento homogéneo respecto a las tarifas interlineables. Dicho acuerdo, destacaría el TDC, «supone la sustitución de la competencia existente hasta ese momento por un comportamiento único que disminuye la capacidad de elección de los usuarios e incrementa sustancialmente un segmento importante de las tarifas».

⁸⁸³ Resolución del TDC de 7 de enero de 1992 (Expte. 291/90, *Arbora y Ausonia*). En el mismo sentido Resolución del TDC de 30 de junio de 1997 (Expte. 202/97, *Construcción y Contratas*), FJ 2º.

⁸⁸⁴ Resolución del TDC de 30 de junio de 1997 (Expte. 202/97, *Construcción y Contratas*).

⁸⁸⁵ Sentencia del TPI (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992 (As. T-68/89, T-77/89 y T-78/89. *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA y PPG Vernante Pennitalia SpA*), consid. 344.

⁸⁸⁶ Resolución del TDC de 29 de noviembre de 1999 (Expte. 432/98, *Líneas Aéreas*), HP 2º.

En cuanto a la prueba requerida por la autoridad nacional de competencia para determinar la existencia de un abuso de posición dominante colectiva, si bien de forma teórica ha seguido las fundamentaciones de los órganos comunitarios, nos resulta confusa y poco clarificadora⁸⁸⁷.

En la Resolución *Azúcar* (1999)⁸⁸⁸, en relación a una supuesta concertación de los precios del azúcar, la modificación simultánea de los mismos y los repartos de clientes y del mercado geográfico, la autoridad precisó que sí existían pruebas concluyentes en el expediente que demuestran que eran las mismas azucareras las que se concentraban para anunciar y fijar uniformemente los precios del azúcar. Entre esas pruebas destacaban distintas conversaciones entre los operadores del mercado (mercado no transparente), así como la identidad de intereses, lo que les llevaba a actuar de común acuerdo ante las autoridades españolas y comunitarias. Del mismo modo, en la Resolución *Autoescuelas de Alcalá* (1999)⁸⁸⁹, cuyo abuso se fundamenta en el seguimiento de las directrices de precios ofrecidas por la Agrupación de Autoescuelas con examen en Alcalá de Henares (P.A.Z.H.A.), el TDC dedujo que «aunque sean muchas autoescuelas, acordando precios y condiciones a través de P.A.Z.H.A., actúan todas ellas con cierta unanimidad como si de un monopolio u oligopolio se tratara y abusando de su posición de dominio conjunta».

Por último, la Resolución *Agencias de viaje* (2000)⁸⁹⁰, en relación a una posible concertación mediante la presentación de cuatro ofertas idénticas al concurso para la ejecución del programa de vacaciones gestionado por el *IMERSO*⁸⁹¹, así como constituir con anterioridad una Agrupación de Interés Económico, el TDC determinó la existencia de posición dominante colectiva. No obstante, únicamente se sancionó por infracción del art. 1.1 LDC (conductas colusorias) para evitar la duplicidad de concurso de tipos para unas mismas conductas restrictivas, por agrupación de los cuatro operadores de viajes y la conexión de los pactos de no competencia con otros competidores posibles, todo

⁸⁸⁷ Vid. FOLGUERA CRESPO, J. y MARTÍNEZ CORRAL, B., *La posición de dominio colectiva...*, op. cit., pg. 91.

⁸⁸⁸ Resolución del TDC de 15 de abril de 1999 (Expte. 426/98, *Azúcar*).

⁸⁸⁹ Resolución del TDC de 9 de marzo de 1999 (Expte. 461/99, *Autoescuelas Alcalá*), FJ. 3º.

⁸⁹⁰ Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000 (Expte. 476/99, *Agencias de viaje*), FJ 8º.

⁸⁹¹ Instituto de Mayores y Servicios Sociales. Entidad Gestora de la Seguridad Social dependiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

ello al haber suscrito contratos con *Mundosocial A.I.E.* que contienen una cláusula de prohibición de competencia.

Sobre este punto, debemos recordar que la infracción del art. 2.1 LDC (art. 102 TFUE) requiere acreditar, de manera cumulativa, la posición dominante de una empresa así como el carácter abusivo de la práctica investigada, por lo que es suficiente que no quede acreditado alguno de estos dos requisitos para que no pueda prohibirse la conducta⁸⁹².

Resulta imprescindible referir sobre este punto a la existencia de oligopolios, puesto que, en sí mismos (como ocurre con toda posición dominante), no constituyen una práctica prohibida. Lo que está prohibido, en todo caso, es el abuso de posición de dominio colectiva⁸⁹³. Al respecto, señala la Sentencia *Compagnie maritime belge transports y otros* (2000)⁸⁹⁴, que, en primer lugar, se ha de examinar si las empresas afectadas constituyeron conjuntamente una entidad colectiva en relación a sus competidores, a sus terceros contratantes y a los consumidores en un mercado concreto.

Una vez acreditada dicha apreciación económica, anterior al examen del supuesto abuso cometido. Para realizar este análisis, es necesario examinar los vínculos o factores económicos de correlación entre las empresas, por lo que, el mero hecho de que dos o más empresas estén vinculadas por un acuerdo, una decisión o una práctica concertada no supone que, automáticamente, exista fundamento para realizar tal consideración. La posición dominante colectiva podría derivarse no sólo de un acuerdo sino, igualmente, de otros factores de correlación y dependencia de una apreciación económica, especialmente de una evaluación de la estructura del mercado de que se trate.

En relación a los vínculos económicos que han de presentarse en los casos de una posición dominante colectiva la Sentencia *Gencor* (1999)⁸⁹⁵ ha sido tomada tradicionalmente como guía para la apreciación de esta situación en un mercado

⁸⁹² Resolución de la CNMC de 11 de diciembre de 2009 (Expte. S/0158/09, *Harinera Vilafranquina*), FJ 4º.

⁸⁹³ Resolución ut supra cit., FJ 5º.

⁸⁹⁴ Sentencia del TPI (Sala Quinta) de 16 de marzo de 2000 (As. C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA y Dafra-Lines A/S c. Comisión*), consid. 35 a 45.

⁸⁹⁵ Sentencia del TPI (Sala Quinta ampliada) de 25 de marzo de 1999 (As. T-102/96, *Gencor Ltd c. Comisión*), consid. 270.

concreto, si bien tuvo como objeto la posible incompatibilidad de una operación de concentración.

La Sentencia declaró que la Comisión, en Decisiones anteriores, «no siempre invocó la presencia de vínculos económicos para llegar a la conclusión de que existía una posición dominante colectiva, y por otra parte, que el Tribunal de Primera Instancia, en su Sentencia vidrio plano, no consideró la existencia de vínculos económicos como un elemento necesario, ni redujo el concepto de vínculos económicos al de vínculos estructurales por la demandante. La Comisión se considera por lo tanto legitimada para entender que este concepto incluye la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho».

Este fundamento fue desarrollado seguidamente en el texto de la Sentencia del TPI (apdo. 276), que concluye que no existe ninguna razón en el plano jurídico o económico para excluir del citado concepto de vínculo económico la relación de interdependencia entre los miembros de un oligopolio estrecho por el que, en condiciones de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, todo ello con el propósito de maximizar sus beneficios comunes. De este modo, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado, provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de forma que no se obtendría ningún beneficio de su iniciativa.

2. Posibles abusos en el mercado de banca minorista desde un abuso de posición dominante conjunta

La evolución del sector bancario español ha seguido una dirección de concentración por el que un pequeño grupo de entidades dominan el mercado de financiación⁸⁹⁶. Esta tendencia a la concentración financiera ha sido más acuciante en nuestro país debido al proceso de reestructuración llevado a cabo sobre el sector de las cajas de ahorro. La consecuencia más directa de esta situación derivó en un encarecimiento de productos y servicios para el consumidor, lo que ha generado

⁸⁹⁶ Vid. NICOLAU FRANCÉS, J.A., *El mercado de financiación español. Diagnóstico y receta para su apertura y diversificación*, Máster Universitario en Finanzas, elaborado bajo la dirección del Profesor D. Gonzalo Gómez Bengoechea, ICADE, 2015, pg. 11.

una mayor morosidad en el sistema⁸⁹⁷. En este sentido, la reestructuración financiera ha supuesto un cambio en las condiciones de competencia de las entidades de crédito en España. Si en el año 2008 la concentración del mercado bancario español se situaba por debajo de la media de la eurozona, a finales del año 2014 el índice de concentración superaba enormemente los valores promedio del sector bancario europeo. Las cinco entidades de crédito más importantes habían crecido para el 2014 un 37%, por lo que, en el ámbito provincial, la concentración se había elevado de forma tan considerable que en algunas de las provincias se superaban los umbrales por los que, en otros países, hubieran exigido un examen completo sobre los posibles riesgos en la libre competencia⁸⁹⁸.

En materia de empaquetamiento con descuentos en los que cada producto puede adquirirse por separado (*mixed bundling*), los consumidores podrían ver cómo mejoran las condiciones económicas de los productos cuando existan multitud de competidores, aumentando la competencia efectiva entre los agentes de un determinado mercado⁸⁹⁹. Sin embargo, bajo la teoría económica de precios, resultaría muy difícil para una empresa diferenciarse de sus competidores mediante la aplicación de una política de vinculación de productos. En condiciones de competencia efectiva la comercialización por parte de una entidad de crédito de un producto o servicio financiero vinculado con carácter obligatorio a un contrato de seguro podría hacer reducir su cuota de mercado cuando existieren otras entidades que optasen por el empaquetamiento con descuentos⁹⁰⁰, así como ofertas sin vinculaciones más interesantes.

A nuestro juicio, para evitar que otros operadores en el mercado asegurador pudieran competir contra el sistema de descuentos empleado por las entidades de crédito, estas últimas han diseñado sus estrategias en el sentido de fijar precios y condiciones más gravosas para cada producto del paquete (préstamo, crédito... y seguros) con el fin de obligar al consumidor, mediante su poder de mercado, a suscribir la venta combinada.

⁸⁹⁷ *Ibidem.* cit., pg. 17.

⁸⁹⁸ Vid. MAUDOS VILLARROYA, J, “Concentración regional del mercado bancario”, *Cuadernos de Información Económica*, nº. 251, 2006, pg. 58.

⁸⁹⁹ Vid. ZHOU, J, “Competitive Bundling”, *School of Management*, 2016, pg. 39.

⁹⁰⁰ Vid. GWON, J.H., “Bundling competition between multi-product and single-products firms”, *Journal of Economics Development*, 2015, pg. 47.

Esta situación comercial equipararía el empaquetamiento con descuentos con el *pure bundling*, debiendo recibir el mismo tratamiento legal⁹⁰¹. En situación de competencia efectiva en el mercado de banca minorista es evidente que la supresión de las garantías adicionales al producto principal provocaría la entrada de otros competidores del mercado asegurador, no sólo de los más cercanos al sector bancario, pudiendo ofrecer a los consumidores productos de seguros de mayor calidad y eficiencia.

En términos de prueba de la posible colusión desde un posible oligopolio de entidades de crédito, nos encontramos ante un problema complejo derivado de la falta del elemento consensual⁹⁰², dado que, como se ha advertido, los oligopolios pueden haber sido instrumentalizados como una defensa frente al art. 101.1 TFUE⁹⁰³. Una elevada concentración del mercado sobre un número muy limitado de empresas, modelo oligopolístico, puede provocar un mayor aumento de la interdependencia así como la adopción de conductas paralelas tendentes a reducir la competencia. Estas conductas paralelas o concertadas no pueden, desde el ámbito de aplicación del art. 102 TFUE, ser objeto de una exención por eficiencias del art. 101.3 TFUE (art. 1.3 LDC).

Las conductas concertadas que actuando como oligopolio podrían restringir la competencia pueden presentarse bajo la forma de: (1) un paralelismo de imposición de productos aseguradores a productos o servicios bancarios determinados con similares o idénticas condiciones contractuales, esto es, exigencias comerciales de subordinación de productos y condiciones no equitativas; (2) un paralelismo en los precios de los descuentos aplicados al precio de la

⁹⁰¹ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *Northern Pacific R. Co. v. United States, U.S. 1* (1958).

⁹⁰² Según exponen FOLGUERA CRESPO, J. y MARTÍNEZ CORRAL, B., *La posición de dominio colectiva...*, op. cit., pg. 78: «[...] en materia sancionadora, las autoridades deben acreditar la existencia de un comportamiento abusivo por parte de las empresas colectivamente dominantes. Esto exige un esfuerzo de prueba que no siempre es posible realizar, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades de determinar la existencia de una situación de dominancia colectiva. En efecto, en puridad, la aplicación del art. 82 TCE o del art. 6 LDC exige la prueba de un comportamiento coordinado sin que exista un acuerdo entre las partes, ya que esta circunstancia llevaría a la aplicación de las normas sobre acuerdos restrictivos. Por otro lado, además, en el caso de que no exista un acuerdo entre las partes, en los casos de oligopolio, la normativa reguladora de los abusos de posición de dominio estaría sancionando conductas adoptadas racionalmente por los operadores en el mercado, por lo que su sanción o corrección corre el riesgo de imponer conductas irracionales que terminen por alterar el mecanismo natural de funcionamiento del mercado».

⁹⁰³ Vid. ESTEVAN DE QUESADA, C., “Prácticas facilitadoras y sistemas de intercambio de información”, en VELASCO, L.A. y otros (Dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Editorial Lexnova, 2011, pg. 852.

operación financiera que genera una disminución de la competencia del mercado asegurador mediante la creación de barreras de entrada; o (3) un paralelismo consistente en las negociaciones con entidades aseguradoras, ya sean propias o separadas, para la producción de los seguros que serán comercializados por entidades de crédito, que excluye, por efecto, a los competidores más débiles aumentando la concentración en el mercado asegurador.

Desde el punto de vista de la protección del consumidor, esa fuerza colectiva generada por el poder de mercado ostentado por las entidades financieras ha provocado multitud de abusos frente a los consumidores, y que han sido sancionados por la jurisprudencia de nuestros Juzgados y Tribunales. Entre estos abusos destacamos el denominado «fraude de las cláusulas suelo», por el que, haciendo uso de los citados vínculos y factores de conexión que surgen, sin duda, en los modelos oligopolísticos, las entidades de crédito incluían de forma sistemática en las escrituras de préstamos hipotecarios, fundamentalmente, a interés variable, una cláusula contractual que establecía un mínimo al interés a aplicar en la cuota del producto financiero. Finalmente, por Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016⁹⁰⁴, se declaró el derecho del consumidor a obtener la restitución íntegra de las cantidades que hubiere abonado indebidamente durante el periodo anterior a la STS (Pleno de la Sala lo Civil) de 9 de mayo de 2013 (nº. de recurso 485/2012).

Mediante la imposición de garantías adicionales, que podrían resultar desproporcionadas al consumidor, puede provocarse, no sólo un perjuicio en el sentido del art. 88.1 LGDCU, sino un cerramiento directo de la competencia en el mercado de la distribución de productos aseguradores (producto vinculado) y que afectaría, en un ámbito más extenso, al interés general (abuso anticompetitivo). Respecto a la venta combinada, las consecuencias de comercializar un préstamo hipotecario bonificado si los prestatarios aceptan y mantienen la suscripción de uno o varios seguros, puede producir la exclusión de la competencia con efectos tan perjudiciales como los generados en aplicación de una cláusula suelo.

A nuestro juicio, resultando dicha imposición un posible ejercicio de abuso de posición dominante de la entidad de crédito frente al sistema de protección de los consumidores que establece la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

⁹⁰⁴ Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

consumidores⁹⁰⁵, éstos podrían reclamar la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a la vinculación de seguros⁹⁰⁶, debiendo la entidad, a su vez, restituir las cantidades abonadas en concepto de primas, siempre y cuando se acredite, particularmente, la innecesidad del contrato de seguro debido a una deficiente o nula evaluación de la solvencia del prestatario⁹⁰⁷.

⁹⁰⁵ DOCE, núm. L95, de 21 de abril de 1993.

⁹⁰⁶ De acuerdo con MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos”, *Diario la Ley*, La Ley 355/2015, n.º. 8464, 2015, pgs. 2 y 3: «En nuestro Derecho, por tanto, si un sujeto celebra un contrato siendo engañado por la parte empresarial, sólo podrá pretender su anulación con fundamento en la disciplina de los vicios del consentimiento del Código Civil, para lo cual tiene que demostrar que en dicho caso ha concurrido un supuesto de error o dolo. Y parece evidente que el Código Civil es muy exigente (desde luego bastante más que la disciplina de la competencia desleal) para concluir que ha habido un vicio determinante del consentimiento negocial y, por consiguiente, suficiente para que la parte afectada pueda pretender la anulación del contrato». Posteriormente al texto transcrito anteriormente, indican los autores que: «el bien jurídico protegido es, por tanto, el mismo, esto es, la libre decisión negocial del consumidor, su libertad de saber y de querer. De ahí que no llegue a entenderse que la regulación sobre los vicios del consentimiento del Código Civil sea incomparablemente más severa que la regulación concurrencial a los efectos de determinar si se ha lesionado la libre decisión negocial del consumidor. La libertad de saber del sujeto que participa en el mercado como contratante de bienes y servicios es protegida en el ámbito contractual por las normas reguladoras del error y el dolo, y en el ámbito concurrencial por las normas reguladoras de las prácticas engañosas o actos de engaño. Por su parte, la libertad de querer de ese mismo sujeto es tutelada en el Derecho de contratos por las normas que regulan la violencia y la intimidación, y en el Derecho de la competencia por las que disciplinan las prácticas agresivas (tanto de acoso como de coacción)».

⁹⁰⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de marzo de 2013 (As. C-92/11, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*), consid. 44 y 45: «En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información. Además, el legislador de la Unión atribuye particular importancia a esta información del consumidor también en el marco de la Directiva 2003/55 y, por tanto, en lo referente específicamente a los contratos de suministro de gas. Así, esta última Directiva obliga a los Estados miembros, en virtud de su artículo 3, apartado 3, a garantizar un elevado nivel de protección del consumidor en lo que se refiere a la transparencia de las condiciones contractuales. A este respecto, del anexo A, letras a), c) y d), de la Directiva 2003/55 se desprende que los Estados miembros están obligados concretamente a adoptar las medidas adecuadas para que tales condiciones sean equitativas y transparentes, se redacten en un lenguaje claro y comprensible, se comuniquen a los consumidores antes de la celebración del contrato y éstos reciban información transparente sobre los precios y tarifas que se practiquen y sobre las CG aplicables. Este anexo precisa asimismo que las medidas que prevé se aplicarán sin perjuicio de la Directiva 93/13».

3. Situación actual de la dominancia conjunta del mercado de créditos hipotecarios y alternativas de elección del consumidor

La autoridad nacional de competencia en el año 2009 mediante Resolución *Entidades de crédito* (2009)⁹⁰⁸, en relación a supuestas prácticas prohibidas consistentes en subordinar la concesión de préstamos hipotecarios a la suscripción de un seguro de vida o de amortización con una aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial y en utilizar otras vías distintas a la de reclamar a la aseguradora el pago del seguro, manifestó que, de los datos que obraban en el expediente, no era posible declarar que la vinculación fuera una práctica generalizada y que las políticas comerciales de las entidades de crédito siguieran un mismo patrón (porcentajes de vinculación relativamente dispares tanto para préstamos hipotecarios como personales). Posteriormente, la Audiencia Nacional declaró que «tampoco podemos apreciar que exista un abuso de posición de dominio, dado que en la mayoría de los casos, en el comportamiento de las entidades de crédito no se aprecia vinculación entre la concesión del crédito y la existencia del contrato de seguro»⁹⁰⁹.

El objeto de los hechos denunciados no fue otro que investigar si existía una práctica generalizada consistente en subordinar la concesión de créditos hipotecarios a la suscripción de un seguro con la aseguradora del grupo de la entidad de crédito. No se investigaron, como hemos advertido en anteriores apartados, los porcentajes de suscripción de seguros con aseguradoras separadas o la necesidad de solicitar al prestatario la suscripción una nueva garantía que cubriera su posible incumplimiento (condición no equitativa). La razón lógica para determinar la existencia de una competencia imperfecta en el mercado de banca minorista se fundamenta en el hecho de que, en una situación de competencia efectiva en el mercado, la solicitud de un seguro sería un elemento opcional (no obligatorio) que no repercutiría igualmente en el precio del crédito o préstamo.

Esta actuación puede excluir la competencia cuando ambos productos son relativamente independientes, dado que las entidades de crédito que ostentan una posición de dominio en el mercado de distribución de productos financieros podrían excluir a un competidor real o que pensara en competir en el mercado de seguros

⁹⁰⁸ Resolución de 29 de mayo de 2009, (Expte. 2789, *Entidades de crédito*).

⁹⁰⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativa) de 23 de marzo de 2011 (nº. de recurso 489/2009), FJ 4º.

vinculados a operaciones financieras. En el contexto de las ventas vinculadas, la estrategia de comercializar únicamente el producto financiero junto con el seguro constituye una conducta agresiva en el mercado de productos aseguradores⁹¹⁰. Al respecto, parece aplicable a esta cuestión el denominado empaquetamiento excluyente (*exclusionary bundling*), por el que una empresa con poder de mercado en el producto A, hace frente a una competencia real a través de precios más competitivos del producto B, de forma que el precio fijado para el paquete A-B resultaría imposible de superar por las empresas que venden únicamente el producto complementario. Esta agrupación excluyente tiene un efecto de exclusión similar al de los precios predatorios, por cuanto la empresa sólo tiene que amenazar con elevar los precios de cada producto por separado si no se adquiere el paquete. Mediante esta práctica los clientes son obligados a comprar el paquete, amenaza que nunca se lleva a cabo⁹¹¹.

No obstante, el enfoque de la Comisión en relación a la prohibición *per se* de las prácticas de vinculación de productos ha cambiado sustancialmente en atención a la Sentencia *Microsoft (2007)*⁹¹², por el que, aplicando una especie de *rule de reason*⁹¹³, no se limitó sólo a considerar, tal y como hace normalmente en este tipo de asuntos, que la venta asociada entre un producto determinado y de un producto dominante tiene, por su propia naturaleza, un efecto de exclusión. De este modo, examinó con mayor detalle los efectos concretos que la venta vinculada había tenido en el mercado, así como el modo en que era previsible que dicho mercado evolucionara.

Estos cambios sustantivos en la aplicación del art. 102 TFUE fueron expresamente citados en el *Discussion Paper* de la Comisión⁹¹⁴, que señala que la Comisión también examinará las alegaciones presentadas por una empresa dominante para justificar su conducta, con el fin de que pudiera demostrar que su

⁹¹⁰ Vid. ORDOÑEZ DE HARO, J.M., *Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados*, Sevilla, Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, Consejería de Economía y Hacienda, Vol. 2, 2009, pgs. 468 y 469.

⁹¹¹ Vid. NALEBUFF, B., “Exclusionary bundling”, *Antitrust Bulletin*, Vol. 50, nº. 3, 2005, pg. 321.

⁹¹² Sentencia del TPI (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007 (As. T-201/04, *Microsoft Corp c. Comisión*), consid. 868.

⁹¹³ Vid. ODRIOZOLA ALÉN, M. y BARRANTES DÍAZ, B., *La vinculación de productos...*, op. cit., pg. 369.

⁹¹⁴ Vid. «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», apdo. 28.

conducta es objetivamente necesaria o que genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo o perjuicio neto para los consumidores (compensación eficiencias para los clientes frente a efectos de exclusión). La Comisión evaluará si la conducta en cuestión es imprescindible y proporcional al presunto objetivo de la empresa dominante⁹¹⁵.

Esta nueva teoría puede enlazarse con la posibilidad de que la conducta de las entidades de crédito pueda justificarse objetivamente por razones de seguridad relacionadas con la naturaleza del producto financiero, teniendo en cuenta que, en ningún momento, esta tarea puede emanar por iniciativa propia sobre la empresa que ocupa una posición dominante. Para este propósito, deberá analizarse si la práctica de venta vinculada o combinada puede suponer un ahorro en la producción o la distribución que beneficiaría a los consumidores. Análisis que, conforme explica el documento de la Comisión, se extenderá tanto al examen del posible ahorro sustancial producido en la distribución, como a la reducción de los costes de transacción para los clientes⁹¹⁶.

No obstante, aun existiendo justificaciones plausibles para imponer al cliente un seguro, nunca demandado inicialmente por aquél, como medida lógica de gestión de riesgos de la cartera crediticia⁹¹⁷ (v.gr. un seguro de amortización vinculado a un préstamo hipotecario, o un seguro de protección de pagos asociado a un préstamo personal), no puede sustituir la suscripción de este producto por una correcta evaluación de solvencia bajo un criterio homogéneo y transparente, y, en todo caso, debería proporcionarse un plazo de reflexión al consumidor para que aceptase las condiciones propuestas por la entidad, o aportar la póliza exigida de otro proveedor de seguros, todo ello sin perder las bonificaciones ofertadas inicialmente por la entidad de crédito.

Este derecho a la elección de proveedor de seguros formaría parte de un nuevo sistema de distribución de seguros bancarios que mejoraría la competencia en el mercado del producto complementario, beneficiando proporcionalmente los

⁹¹⁵ El Catedrático ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Delimitación de la noción de abuso...*, op. cit., pg. 226, interesa una actualización del concepto de abuso de posición dominante en el sentido de centrar la aplicación del art. 102 TFUE a la represión de las prácticas excluyentes. Mediante este sistema, que se aproxima más a la protección de los consumidores que a la competencia en sí, dicha represión debe sostenerse: (1) eliminando cualquier prohibición *per se* de conductas; y (2) sometiendo las conductas a un análisis caso por caso para determinar si aquéllas producen daños a la competencia.

⁹¹⁶ Vid. «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», apdo 62.

⁹¹⁷ Resolución de la CNC de 29 de mayo de 2009 (Expte. 2789, *Entidades de crédito*), FJ 8º.

derechos de los consumidores. Por otro lado, resulta una cuestión indubitada que la suscripción de un seguro, ya sea de daños o de vida, con la aseguradora designada por la entidad o con otra diferente aportada por el prestatario, beneficia primordialmente a la entidad de crédito que concede el crédito o préstamo, dado que: (1) no asume con ello ningún riesgo de pérdida relacionado con la operación; (2) no se hace cargo del abono de las primas del seguro vinculado; (3) en caso de siniestro (invalidez, fallecimiento, desempleo...), el pago de la indemnización cubriría la totalidad de la deuda pendiente del asegurado, lo que incluye, evidentemente, el abono de los intereses pactados para la operación de activo; y (4) en los supuestos de su suscripción a prima única, quedando incluida aquella en el capital del préstamo, su importe será objeto de los mismos intereses sujetos a los de la hipoteca.

Capítulo VI

Efectos anticompetitivos en la distribución de seguros vinculados por entidades de crédito

I. Introducción

Como señalan diversos autores⁹¹⁸, las ventas vinculadas no sólo pueden ser objeto de persecución como posibles abusos de posición dominante⁹¹⁹ cometido por una empresa determinada o de forma colectiva por varias de aquéllas en aplicación del art. 2.1 LDC (art. 102 TFUE)⁹²⁰ sino, además, como infracciones constituidas: (1) a la luz de un acuerdo vertical entre proveedor y distribuidor, de manera que con dicha conducta se restrinja o se pretenda restringir la libertad de los distribuidores y del consumidor final de acuerdo a lo establecido en el art. 1.1 e) LDC (art. 101 e) TFUE); (2) en virtud de una práctica concertada o conscientemente paralela entre entidades de crédito; o (3) a partir de actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público⁹²¹.

Si bien a tenor del art. 2 LDC (art. 102 TFUE) las ventas vinculadas por una empresa con posición dominante en un mercado relevante están absolutamente prohibidas (no cabe exención legal alguna en consonancia con la referencia literal del artículo, elemento típicamente distintivo en relación a las exenciones por eficiencias que se encuadran en el apartado 3 del art. 1 LDC para las conductas colusorias), la autoridad nacional de competencia ha fijado su doctrina en relación

⁹¹⁸ Entre otros, Vid. DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 115.

⁹¹⁹ Abuso *per se*, por lo que, en principio, no se analizarían, en principio, los efectos de cierre de mercado. Vid. Resolución del TDC de 19 de noviembre de 1999 (Expte. 446/98, *Arquitectos Madrid*).

⁹²⁰ Particularmente, distinguiendo entre los distintos supuestos de la lista ejemplificativa contenida en el art. 2 LDC, el caso de la vinculación con seguros parece encajar en el supuesto de la subordinación de contratos tipificado en la letra e) de dicho artículo, que no es más que una modalidad específica, como indican DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 241, de la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios que sanciona la letra d) del mismo artículo.

⁹²¹ Esta opción no ha sido tenida en cuenta por la autoridad nacional de competencia en sus diferentes resoluciones relativas a la vinculación de productos en el ámbito de la banca-seguros. Ahora bien, bajo la literalidad de la disposición, parece, pues, absolutamente posible la aplicación del art. 3 LDC a las prácticas examinadas en este estudio. En este sentido, podrían subsumirse las prácticas citadas a supuestos desleales ya sean como omisiones engañosas (art. 7 LCD), prácticas agresivas (art. 8 LCD), inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD), violación de normas (art. 15 LCD), así como la discriminación y dependencia económica (art. 16 LCD), siempre y cuando presenten un alto grado de deslealtad cualificada que pudiera afectar a los intereses generales de orden público. No obstante, el presente estudio tiene como objeto el examen de las distintas conductas restrictivas de la competencia que pudieran poner en riesgo, tanto en el mercado de banca minorista como en el de seguros privados, la libertad de empresa que protege el art. 38 CE, así como las políticas de competencia de la UE, y no así, en otro sentido, conductas que se realicen en el mercado con fines meramente concurrenciales.

a la comercialización conjunta de varios productos. De esta manera, se sigue el criterio consistente en examinar previamente si la ventaja comercial concedida por la empresa con posición dominante recae en el precio del producto dominado o, por otro lado, sobre el precio del producto vinculado⁹²².

Ahora bien, atendiendo a las «*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*»⁹²³, la aplicación de la doctrina del abuso *per se* a todas las conductas de ventas vinculadas, en teoría, ha sido reducida en intensidad al tener que considerarse por la Comisión la existencia de eficiencias que pudieran suponer un ahorro en la producción o distribución que beneficiaría a los consumidores. La autoridad española de competencia, por su parte, también parece haberse apartado de la aplicación automática del art. 2 LDC, al menos de forma indirecta, en prácticas comerciales consistentes en descuentos de fidelidad y de exclusividad concedidos por empresas dominantes⁹²⁴.

A pesar de estas consideraciones doctrinales, bajo la perspectiva del Derecho de Defensa de la Competencia, las entidades de crédito han constituido, de forma generalizada, una estrategia de vinculación masiva durante décadas, sin que, por otro lado, el legislador español y comunitario hubieran impuesto otras condiciones o límites directos a la comercialización conjunta de estos productos, salvo meras obligaciones relativas a la información del seguro vinculado⁹²⁵.

⁹²² Vid. Resolución del TDC de 18 de diciembre de 2002 (Expte. 530/01, *FAVI/NATURGAS*).

⁹²³ DOUE núm. C45/7, de 24 de febrero de 2009.

⁹²⁴ Al respecto, en la Resolución del TDC de 1 de abril de 2002 (Expte. 514/01, *IBERIA*), sobre una supuesta práctica contraria al art. 2 LCD en relación a la modificación, por parte de Iberia, de los sistemas de retribución a las agencias de viajes por venta de billetes, así como establecer descuentos de fidelidad con el objeto o el efecto de eliminar, o al menos evitar, la venta de billetes por parte de sus competidores actuales o potenciales, una vez determinado el mercado de referencia y si la empresa investigada ostenta en él una posición de dominio, se realiza un verdadero examen de los descuentos en el sentido de determinar los efectos generados su aplicación sobre la libre competencia. En la Resolución del TDC de 1 de septiembre de 2000 (Expte. 470/99, *COFAS*), el TDC, en relación al establecimiento de un sistema de descuentos por fidelidad establecido a favor de sus cooperativistas para reforzar una posición dominante en el mercado de distribución mayorista de productos farmacéuticos asturiano, tuvo en cuenta las consideraciones de justificación esgrimidas por la cooperativa farmacéutica manifestando que sería lícita dicha conducta si se consiguiera por métodos transparentes basados en la eficiencia.

⁹²⁵ Si bien el art. 18.4 de la Orden EHA/2899/2011 prohíbe que el seguro de amortización de créditos o préstamos sustituya la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente, se trataría de una obligación abstracta en atención a la falta de concreción de dicha prohibición, lo que hubiera sido deseable. En cuanto a los préstamos personales, particularmente los créditos al consumo, el art. 6 a) de la vigente LCCC (en el mismo sentido arts. 3 g), 4, 5 k), 10 o) de la DCC) establece, en relación al contenido económico del contrato, el coste de los servicios accesorios, en particular las

Tradicionalmente, el legislador ha amparado la potestad de las entidades de crédito de condicionar sus productos y servicios bancarios a la suscripción de seguros, sin establecer, como indicamos, ningún elemento de prohibición que pudiera, al menos, alterar significativamente la estructura de la competencia en el mercado de seguros vinculados, y, en particular, la de conceder al consumidor su derecho de elección de entidad aseguradora con la que suscribir el seguro previamente impuesto o su derecho a no perder las bonificaciones obtenidas por la suscripción de seguros⁹²⁶.

Los efectos posiblemente anticompetitivos (barreras de entrada, apalancamiento, discriminación de clientes, enmascaramiento de precios, exclusión de la competencia...) derivados de la imposición del seguro con una entidad aseguradora previamente designada por la entidad de crédito pueden resultar considerables para el mercado de distribución de seguros privados⁹²⁷. En el texto de la Comisión del año 2015 *«Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor. Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades*

primas de seguro, en cuyo concepto deberá incluirse si la obtención del crédito en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración del contrato de servicios. En relación a los créditos y préstamos hipotecarios, la sección 2ª del modelo FIPER contenido en la Orden EHA/2899/2011, relativo a las características principales del préstamo, obliga a las entidades de crédito a incluir el coste de los servicios accesorios, incluyéndose en dicho concepto si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas está condicionada la suscripción del seguro. En el mismo sentido, punto 7º d) de la norma decimotercera de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

⁹²⁶ No se ha protegido, pues, que nuevos competidores en el mercado de seguros privados pudieran explotar, ya sea mínimamente, la actividad de banca-seguros en las mismas condiciones que las aseguradoras propias o afines a las entidades de crédito. En cuanto a la intervención del mercado, en relación al sector de las telecomunicaciones, Vid. RUBIO MARTÍN, J., *Regulación y defensa de la competencia: Efectos en el mercado de las telecomunicaciones*, Tesis Doctoral dirigida por los Profesores Dª. Carmen González de Aguilar y D. Enrique García Viñuela, Universidad Complutense de Madrid, 2010, pg. 185, que expresa: «Profundizando un poco más, las decisiones regulatorias pueden generar a corto plazo una fuerte rivalidad estimulando la entrada de muchos competidores a través del control de precios, es decir, una regulación táctica y no estratégica orientada a crear un modelo de competencia sostenible. Ello forzará al operador dominante a reducir tarifas, obteniendo los entrantes beneficios sólo a corto plazo. La vía más efectiva es generar a medio plazo unas condiciones favorables para la entrada al sector de operadores con vocación de permanencia, por ejemplo invirtiendo en nuevas redes y sistemas alternativos de acceso al cliente final»

⁹²⁷ Conforme indica JENNY, F., “Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades”, *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, nº. 61, 2006, pg. 42: «El primer objetivo del Derecho de la competencia así expresado es de carácter estructural: asegurarse de que el número de empresas y su poder respectivo no se verá artificialmente restringido por fusiones o absorciones anticompetitivas y se lleva a cabo mediante el control de las concentraciones de empresas. El segundo objetivo es asegurarse de que las empresas no utilicen estrategias cuyo objeto sea limitar o falsear el juego de la competencia».

para consumidores y empresas»⁹²⁸ se apunta al estado actual de los servicios financieros al por menor, en especial a la fragmentación del mercado así como de la existencia de una competencia insuficiente derivada, en opinión de los autores del documento, (1) del hecho de que pocos consumidores cambian de producto, lo que reduce los incentivos para que las empresas compitan entre sí; y (2) de la elevada concentración de proveedores de servicios en algunos Estados miembros.

II. Características generales de la antijuridicidad en el Derecho de la Competencia

1. Restricciones en la competencia «por el objeto» y «por el efecto»

En el curso del examen de la antijuridicidad de la conducta colusoria prohibida por la normativa de competencia, cabe diferenciar entre restricciones «por objeto» y restricciones «por efecto»⁹²⁹. Cuando un acuerdo tiene por objeto

⁹²⁸ COM (2015) 630 final, de 10 de diciembre de 2015.

⁹²⁹ El Tribunal Supremo ha manifestado sobre la aplicación del art. 101.1 TFUE, en concordancia con lo mantenido por el TJCE, que resulta imprescindible, desde un primer momento, diferenciar prácticas con un objeto contrario a la competencia y prácticas con efectos contrarios a la competencia, puesto que, de acuerdo a la prohibición, no son condiciones acumulativas, sino alternativas, para apreciar si la práctica es contraria a la competencia, como resulta de la conjunción “o” que las separa [STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de noviembre de 2013 (nº. de recurso 2736/2010), FJ. 1º]. Esta distinción, continúa el Órgano Superior, entre infracciones por objeto o infracciones por efecto, se basa en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el funcionamiento del juego normal de la competencia. De acuerdo a este criterio jurisprudencial, que dimana a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966 (As. C-56/65, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*), pg. 371, el hecho de que, como indica la conjunción “o”, se trate de requisitos alternativos y no acumulativos, lleva en primer término a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sobre este particular, en el caso de que el examen de dichas cláusulas no revele un grado suficiente de nocividad a la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo, y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible. En el caso de los efectos de los acuerdos o prácticas en relación con el art. 101 TFUE, resuelve el TJCE en la Sentencia *ASNEF-EQUIFAX* (2006) [Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de noviembre de 2006 (As. C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, consid. 49], «implica la necesidad de tomar en cuenta el marco concreto en el que se inscriben, especialmente el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas y la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes».

restringir la competencia, es decir, cuando «las restricciones presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia»⁹³⁰, no resultaría necesario acreditar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción sobre la competencia⁹³¹.

De acuerdo a las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado⁹³², la evaluación de los acuerdos, decisiones de asociaciones entre empresas y prácticas concertadas que tienen por objeto restringir la competencia puede basarse en: (1) el contenido del acuerdo y la finalidad que se pretende alcanzar con el mismo; (2) en el contexto en el que se aplica o tiene intención de aplicarse, así como el comportamiento de las partes en el mercado; y (3) en el modo o forma por el que las partes aplican el acuerdo.

Por otro lado, cuando el acuerdo no se califique como una conducta que restrinja, por su objeto, la competencia, debe examinarse la concurrencia de efectos restrictivos de la competencia, ya sean reales o potenciales, y que alcancen un «grado razonable de probabilidad»⁹³³. Los acuerdos, por tanto, deben afectar a la competencia real o potencial de forma que sea posible prever sus efectos

⁹³⁰ Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, apdo. 21.

⁹³¹ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 8 de julio de 1999 (As. C-48/92, *Anic Partecipazioni SpA c. Comisión*), consid 99: «Ahora bien, según reiterada jurisprudencia, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua, a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, cuando resulte que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (sentencia de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; véanse, igualmente, en ese sentido, las Sentencias de 11 de enero de 1990, *Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión*, C-277/87, Rec. p. I-45, y de 17 de julio de 1997, *Ferriere Nord/Comisión*, C-219/95 P, Rec. p. I-4411, apartados 14 y 15)».

⁹³² DOUE núm. C101, de 27 de abril de 2004.

⁹³³ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 28 de mayo de 1998. (As. C-7/95 P, *John Deere Ltd c. Comisión*), consid. 77: «Pues bien, el apartado 1 del artículo 85 no limita dicha apreciación únicamente a los efectos actuales, sino que ésta también ha de tener en cuenta los efectos potenciales del acuerdo en la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de diciembre de 1985, ETA, 31/85, Rec. p. 3933, apartado 12, y BAT y *Reynolds/Comisión*, antes citada, apartado 54). En cualquier caso, como el Tribunal de Primera Instancia recordó, un acuerdo no está comprendido en la prohibición del artículo 85 cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante (sentencia de 9 de julio de 1969, *Völk*, 5/69, Rec. p. 295, apartado 7)». En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966 (As. acumulados 56 y 58-64, *Établissements Consten S.à.R.L. y Grundig-Verkaufs-GmbH c. Comisión*), pg. 435, establece la posibilidad de que de los acuerdos restrictivos pueden generarse ventajas objetivas apreciables en el ámbito de la competencia, de forma «que el acuerdo es indispensable en todos sus elementos para la mejora así entendida».

anticompetitivos, si bien sus efectos tendrán que resultar sensibles o significativos para que alcancen el reproche sancionador⁹³⁴.

De acuerdo al *Discussion Paper* de la Comisión, las ventas vinculadas y combinadas son prácticas comunes empleadas por las empresas para suministrar a los consumidores productos u ofertas mejores de forma más rentable (apdo. 178). No obstante, también pueden producir efectos anticompetitivos como el cierre anticompetitivo del mercado vinculante y vinculado, precios discriminatorios así como precios más elevados (apdo. 179)⁹³⁵. Ello quiere decir, *stricto sensu*, que cuando dicha práctica genere eficiencias a favor del mercado y de los consumidores, beneficios en forma de ahorro de costes de transacción, de tiempo o de gestión, la conducta no podría declararse ilícita «*por objeto*», sino que, obedeciendo al texto de reflexión, habría que definir, en un examen posterior, las medidas o efectos anticompetitivos producidos para declarar su prohibición.

Este razonamiento se sostiene, igualmente, desde las conclusiones contenidas en la «*Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 en el sector de la banca minorista*», por la que, si bien se indica que las investigaciones han relevado que algunas entidades financieras crean barreras artificiales que hacen subir los costes impidiendo el cambio de proveedor para el consumidor, lo que reduce la intensidad de la competencia (apdo. 34), no declara prohibidas *per se* las conductas de fijación de precios y la vinculación de productos,

⁹³⁴ Vid. 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*). Los apdos. 1 y 2 de la Comunicación *de minimis* establecen que: «el artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aclarado que esa disposición no es aplicable cuando los efectos sobre el comercio entre los Estados miembros o sobre la competencia no son sensibles. El Tribunal de Justicia también ha aclarado que un acuerdo que pueda afectar al comercio entre Estados miembros y que tenga por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior constituye, por su naturaleza e independientemente de los efectos concretos que pueda tener, una restricción de la competencia sensible. Por tanto, la presente Comunicación no cubre los acuerdos que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior».

⁹³⁵ Al respecto, indica JENNY, F., *Razón de ser del Derecho de la competencia...*, op. cit., pg. 48, que: «sea como fuere, los efectos de las prácticas de exclusión no solamente se oponen a la libertad del comercio e industria, sino que reducen de forma artificial las oportunidades de los competidores, y a largo plazo, se traducen en un debilitamiento de la competencia estructural y, por tanto, de la relación calidad-precio para los consumidores».

sino que, por otro lado, se establece un mero seguimiento por parte de la Comisión y las autoridades nacionales de defensa de la competencia.

Esta doctrina implica la necesidad de evaluar, desde un punto de vista económico, los efectos de las ventas vinculadas y combinadas en el ámbito banco-asegurador, de modo que, a falta de prueba de la existencia de un cártel cuya finalidad sea, principalmente, el aumento de la cuota de mercado de sus integrantes, la antijuridicidad de la vinculación se ceñirá a la existencia de un presunto daño competitivo, debiéndose examinar si los beneficios (eficiencias) que se derivan de la conducta compensan sus efectos anticompetitivos⁹³⁶.

2. Concepto de efecto sobre el comercio entre Estados miembros

La determinación del efecto sobre el comercio ostenta una importancia decisiva a la hora de resolver el criterio de competencia que fija la aplicabilidad de las normas de competencia de la UE⁹³⁷. En este sentido, tanto el art. 101 TFUE como el art. 102 TFUE se aplican a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas horizontales y verticales así como abusos de posición dominante que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Esta aplicación ha sido desarrollada a la luz de abundante jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la UE⁹³⁸.

Con el propósito de verificar la aplicación por los operadores jurídicos y económicos de los arts. 101 y 102 TFUE sobre los acuerdos y prácticas

⁹³⁶ En este sentido, la *Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 en el sector de la banca minorista* refiere que: «La cooperación entre bancos puede aportar ventajas a la economía y los consumidores. Por lo general, esto ocurre cuando los bancos en cuestión son PYME y no poseen una cuota de mercado combinada significativa. Sin embargo, cuando bancos independientes con una elevada cuota de mercado entran en un régimen de cooperación con el objeto o efecto de limitar la competencia recíproca o de excluir a nuevos operadores, puede obstaculizarse la competencia efectiva. En estos casos, la Comisión podría considerar la posibilidad de realizar un análisis más pormenorizado para abordar los problemas de competencia que puede generar una coordinación que exceda de lo estrictamente necesario para lograr ventajas procompetitivas» (apdo. 31).

⁹³⁷ El valor de realizar esta determinación tiene más importancia con el nuevo régimen que obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales y a las autoridades de competencia nacionales a aplicar el art. 101 y 102 TFUE sobre aquellos acuerdos y prácticas que puedan afectar al comercio entre los países miembros de la UE.

⁹³⁸ Este criterio acerca del efecto sobre el comercio es relevante a la hora de aplicar las normas relativas al ámbito de aplicación del art. 3 del Reglamento n°. 1/2003.

anticompetitivas, la Comisión ha publicado las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado⁹³⁹. El texto establece una serie de reglas para determinar cuándo no es probable que los acuerdos puedan, en general, afectar de manera significativa al comercio entre los Estados miembros (nivel mínimo de efectos transfronterizos en la UE)⁹⁴⁰. El criterio de efecto sobre el comercio es un criterio autónomo en el Derecho comunitario que exige que deba evaluarse cada caso por separado (cada elemento de la conducta debe evaluarse de forma aislada), y define, en definitiva, el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de competencia⁹⁴¹.

La Comisión ha establecido que, para aplicar el criterio de efecto sobre el comercio, han de considerarse especialmente tres elementos⁹⁴²: (1) la expresión de «comercio entre los Estados miembros»; (2) la noción de «pueda afectar»; y (3) el concepto de «apreciabilidad».

En cuanto al primero de los citados elementos, de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria⁹⁴³, el concepto de comercio engloba toda la actividad

⁹³⁹ DOUE núm. C101, de 27 de abril de 2004.

⁹⁴⁰ Hay que advertir que las Directrices no tienen como objeto abordar la cuestión sobre lo que constituye una restricción apreciable al comercio entre los Estados miembros (*regla de mínimos*); como tampoco pretenden orientar sobre el concepto de efecto sobre el comercio en relación a las ayudas estatales.

⁹⁴¹ Vid. Art. 3 relativo a la relación entre los artículos 81 y 82 del Tratado y las normas nacionales sobre competencia del Reglamento nº. 1/2003.

⁹⁴² Apdo. 18 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio.

⁹⁴³ En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 8 de octubre de 1996 (As. T-24/93, *Compagnie maritime belge transports SA y Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. y Nedlloyd Lijnen BV c. Comisión*), apdo. 203: «procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, para apreciar si el comercio entre los Estados miembros puede verse afectado por la explotación abusiva de una posición dominante es preciso tener en cuenta las consecuencias que puedan derivarse de ello para la estructura de la competencia efectiva en el mercado común»; también engloba los intercambios monetarios conforme a Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981 (As. 172/80, *Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG*), apdo. 18; de acuerdo a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 22 de octubre de 1997 (As. acumulados T-213/95 y T-18/96, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) y Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK) c. Comisión*), apdo. 175: «conforme a una jurisprudencia reiterada, resulta que para que un acuerdo, una decisión o una práctica concertada puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, deben permitir prever con un grado de probabilidad suficiente, sobre la base de un conjunto de elementos de Derecho o de hecho, que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, en los flujos de intercambios entre Estados miembros, hasta el punto de hacer temer que puedan obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros».

transfronteriza (libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales⁹⁴⁴), e, incluye aquellos acuerdos y prácticas que afectan a la estructura de la competencia en la UE eliminando o amenazando a un competidor que opere en el mercado común. Por este motivo, es necesario que el efecto anticompetitivo implique un impacto en la actividad económica transfronteriza que afecte, al menos, al comercio de dos Estados miembros⁹⁴⁵, por lo que es posible aplicar el criterio en los casos en que el acuerdo o práctica incidan sobre una parte de un Estado miembro (incluso en carácter subnacional), siempre que el efecto sobre el comercio sea significativo.

Sobre el segundo de los elementos requeridos por las Directrices (noción de «pueda afectar»), la Comisión señala que su función consiste en definir la naturaleza del impacto necesario sobre el comercio entre los Estados miembros, para ello, deberá concurrir una suficiente probabilidad de que dicho acuerdo o práctica pueda tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes comerciales entre aquéllos. El Tribunal de Justicia ha desarrollado un método de análisis para advertir si el acuerdo o práctica afecta a la estructura de la competencia⁹⁴⁶.

En cuanto al último de los elementos del criterio (concepto de «apreciabilidad»), se ha incorporado un elemento fundamentalmente cuantitativo, que tiene como propósito limitar la aplicación del Derecho comunitario exclusivamente sobre aquellos acuerdos y prácticas que puedan producir efectos de cierta importancia en el mercado. La apreciabilidad ha de valorarse teniendo en cuenta la posición e importancia que ostenten las empresas en el mercado de

⁹⁴⁴ Vid. Tercera Parte del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea relativa a las Políticas de la Comunidad. DOCE núm. C325/33, de 24 de diciembre de 2002.

⁹⁴⁵ Apdo. 21 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio.

⁹⁴⁶ Conforme a las Directrices (apdo. 2.3 relativo a la noción de «pueda afectar») «el método de prueba desarrollado por el Tribunal de Justicia consta de los siguientes elementos principales, que se examinan en las secciones que figuran a continuación: a) «un grado suficiente de probabilidad con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho», b) una influencia en las «corrientes comerciales entre Estados miembros», c) «una influencia directa o indirecta, real o potencial en las corrientes comerciales». Especialmente relevante se manifiesta en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 7 de octubre de 1999 (As. T-228/97, *Irish Sugar plc c. Comisión*), apdo. 170: «[...] Es preciso recordar también que, para que el comportamiento incriminado pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, no es necesario demostrar que haya afectado de manera sensible al comercio entre los Estados miembros; basta con demostrar que dicho comportamiento puede tener tal efecto. Pues bien, cuando se trata de las prácticas abusivas mencionadas en el artículo 86 del Tratado, para apreciar si el comercio entre los Estados miembros puede verse afectado de manera sensible por la explotación abusiva de una posición dominante, es preciso tener en cuenta las consecuencias que puedan derivarse de ello para la estructura de la competencia efectiva en el mercado común».

productos de que se trate, así como la naturaleza de los productos. Esta prueba de apreciabilidad puede medirse tanto en términos absolutos (volumen de negocio), como relativos comparando la posición de las demás empresas investigadas con la de otros operadores (cuota de mercado). No obstante, para realizar este análisis no es necesario definir los mercados ni calcular las cuotas de mercado, será suficiente con alcanzar la conclusión de que el impacto o efecto sobre la estructura de la competencia es apreciable o significativo (caso por caso).

Con respecto a los acuerdos (apdo. 52 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio), la Comisión establece unos valores mínimos para afirmar, en términos relativos, que un mercado no ha sido afectado de forma apreciable: (1) la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia afectado por el acuerdo no es superior al 5%; y (2) en casos de acuerdos horizontales y verticales, el volumen de negocio total anual en la Comunidad del proveedor de los productos cubiertos por el acuerdo no debe ser superior al 40% (sin incluir impuestos).

Por otro lado, en relación a los abusos de posición dominante que abarcan varios Estados (apdos. 73 y ss. de las Directrices), la Comisión señala la necesidad de distinguir entre abusos que consisten en la creación de barreras de entrada o la eliminación de competidores, y abusos por los que la empresa dominante explota su poder económico⁹⁴⁷.

Resulta especialmente significativo que: (1) en los supuestos de exclusión abusiva (actos que supongan o vayan dirigidos a la eliminación de un competidor) puede verse afectada la actividad económica de los competidores en varios Estados miembros (apdo, 76); y (2) en referencia a las explotaciones abusivas como los descuentos discriminatorios, su repercusión se produce en relación a los socios comerciales del mercado posterior, que pueden verse beneficiados o perjudicados por los mismos, lo que altera su situación competitiva y afecta igualmente a las corrientes del comercio entre los Estados miembros (apdo. 74).

Si la conducta de la empresa dominante tiene como finalidad la eliminación de un competidor que opera en más de un Estado miembro, no sólo existe el riesgo de que ese competidor deje de ser una fuente de suministro en el territorio de la UE, lo que afectaría al comercio entre Estados miembros, sino que el abuso puede

⁹⁴⁷ En los casos en que los acuerdos y abusos únicamente puedan abarcar a un Estado miembro, resultaría necesario determinar, de manera más detallada, la capacidad de los acuerdos o de las prácticas abusivas de afectar al comercio interestatal, y, por tanto, a las corrientes comerciales entre los países de la UE (apdo. 77).

producir un impacto sobre otros competidores como una medida de disciplina para quien desee competir contra la empresa dominante. Esta situación puede resultar muy perjudicial para la competencia en la UE cuando el competidor afectado se dedique principalmente a exportar a terceros países (apdo. 75).

Sobre la relación entre los efectos ilegítimos de la infracción y la imposición de medidas sancionadoras, la autoridad nacional de competencia ha considerado tener más en cuenta, como criterio de proporcionalidad, el beneficio ilícito obtenido por la conducta (art. 64.1 f) LDC), que adquiere particular importancia a fin de que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas (art. 131.2 de la derogada LRJAP-PAC)⁹⁴⁸. De esta manera, cuando los daños se derivan de una actuación anticompetitiva y están relacionados con los citados beneficios ilícitos, centrarse en aquéllos se considera una postura prudente puesto que este criterio implica partir de una estimación por defecto de los efectos ilegítimos de la infracción⁹⁴⁹.

3. Prácticas restrictivas de menor importancia

De la lectura de los arts. 101 y 102 TFUE (arts. 1 y 2 LDC) parece inferirse que cualquier conducta imputada a una o varias empresas podría conllevar la aplicación de la prohibición general contenida en la normativa nacional y comunitaria. Esta aplicación extensiva de las normas conllevaría a una limitación insoportable tanto de la autonomía privada como de la libertad contractual de los operadores y agentes económicos, provocando efectos indeseados⁹⁵⁰.

Por este motivo, tanto la legislación española (en particular lo dispuesto en el art. 5 LDC) como la doctrina administrativa han desarrollado una serie de criterios consistentes en la limitación de la aplicación de las normas de competencia con el

⁹⁴⁸ Este principio de proporcionalidad de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas fue omitido en el texto vigente de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que deroga la LRJAP-PAC, para quedar plasmado en el art. 29.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público («El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas»).

⁹⁴⁹ Resolución de la CNMC (Sala de Competencia) de 5 de marzo de 2015 (Expte. S/0489/13, *Concesionarios Opel*), FJ 7º.

⁹⁵⁰ Vid. ORTIZ BAQUERO, I.S., “La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”, *Revista e-Mercatoria*, Vol. 8, nº. 2, 2009, pg. 2.

propósito de ponderar los intereses nacidos desde el ejercicio de la autonomía privada con nuestro sistema de defensa de la libre competencia.

A este elemento racionalizador en la aplicación limitada de la norma de competencia se le ha denominado «*regla de mínimos*», y supone una interpretación doctrinal, posteriormente desarrollada desde los Reglamentos de exención como por las comunicaciones publicadas por la Comisión, que supera la ambigua extensión de la prohibición general a todo tipo de conductas, principalmente sobre aquéllas que no restrinjan la competencia de forma significativa (elemento objetivo).

Resulta, pues, indispensable que la conducta restrictiva que constituya el ilícito *antitrust* afecte sensiblemente a la competencia y al comercio entre los Estados miembros, por lo que únicamente podrán ser sancionadas aquéllas que afecten, real o potencialmente, de forma significativa la libre competencia⁹⁵¹. Esta valoración de los efectos anticompetitivos, cuestión esencial en el marco de aplicación de las prohibiciones, se efectúa al margen de la propia naturaleza de la infracción.

Encontramos los primeros antecedentes jurisprudenciales de la aplicación de la *regla de mínimos*, por un lado, en la Sentencia *LTM* (1966)⁹⁵², en relación a contratos que contienen una cláusula que concede un derecho exclusivo de venta, el Tribunal de Justicia indica sobre esta cuestión que «para que sea aplicable el artículo 85, el acuerdo debe ser de tal índole que permita razonablemente, sobre la base de un conjunto de elementos objetivos o de hecho, temer que pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, que pueda obstaculizar la realización de un mercado único entre dichos Estados».

Por otro lado, en la Sentencia *Völk* (1969)⁹⁵³, acerca de una decisión prejudicial formulada sobre unos acuerdos de distribución en exclusiva por el que el productor se comprometió a proteger al distribuidor contra la eventual distribución de sus productos por parte de terceros países, y por el que el distribuidor se comprometió a no vender productos que competieran con los suyos, el Tribunal de Justicia adujo que la prohibición del apartado 1 del artículo 85 TCE

⁹⁵¹ *Ibidem. cit.*, pg. 5.

⁹⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966 (As. 56/95, *Société Technique Minière*), pg. 371.

⁹⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969 (As. 5/69, *Frank Völk*), consid. 7.

(hoy art. 101 TFUE) sólo puede aplicarse si el acuerdo tiene además por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común, por lo que «un acuerdo no incurre en la prohibición del artículo 85 cuando afecta al mercado tan sólo de manera insignificante en el mercado de productos de que se trate».

Existiendo cierta confusión sobre los términos y circunstancias que abarcarían la aplicación de la *regla de mínimis* a los acuerdos colusorios, la Comisión publicó la Comunicación de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia⁹⁵⁴ que señala, conforme a las Decisiones y jurisprudencia comunitarias dictadas hasta ese momento, que la prohibición de acuerdos entre empresas no va dirigida contra los acuerdos que sólo afecten de forma insignificante al comercio entre Estados miembros y a la competencia, por lo que sólo quedarán prohibidos aquéllos que tengan efectos sensibles sobre las condiciones del mercado, esto es, que modifiquen de forma sensible la posición en el mercado de las empresas ajenas a los acuerdos.

Merece destacar que la comunicación recoge, desde un punto de vista relativo, una definición de orden económico del carácter «sensible» sobre aquellos acuerdos que, superando los umbrales fijados, sólo afecten al comercio y a la competencia de manera insignificante. La apreciación de este carácter sensible en las conductas cometidas por una o varias empresas es aplicable a todas las infracciones contenidas en la norma de competencia comunitaria. Sin embargo, el alcance de la *regla de mínimis*, aplicada tanto por la doctrina de la Comisión y desarrollada por la jurisprudencia comunitaria, atañe exclusivamente a las conductas colusorias y no a otro tipo de infracciones *antitrust*.

Esta limitación del régimen de aplicación de la regla a las conductas colusorias se aleja de lo recogido en nuestra LDC, puesto que el legislador español, en atención al art. 5 LDC relativo a las conductas de menor importancia, hace constar expresamente que «las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia».

El desarrollo del art. 5 LDC se realizó reglamentariamente mediante los arts. 1 a 3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC)⁹⁵⁵. En los citados preceptos se

⁹⁵⁴ DOCE núm. C64/1, de 2 de junio de 1970.

⁹⁵⁵ BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008.

establece una serie de reglas que atienden, por un lado, a la cuota de mercado, y por otro, a la exclusión de la aplicación de la exención a determinadas conductas entre competidores y no competidores como pueden ser, por ejemplo, la fijación de los precios de venta de los productos a terceros, el reparto de mercados o clientes, o las conductas desarrolladas por empresas titulares o beneficiarias de derechos exclusivos. En particular, el art. 3 RDC dispone que la autoridad de competencia podrá declarar no aplicables los arts. 1 a 3 LDC cuando, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia⁹⁵⁶.

Esta ponderación del “*caso por caso*” también encuentra acomodo en la 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*)⁹⁵⁷. En este sentido, la Comunicación *de minimis*, texto orientativo tanto para los tribunales como para autoridades de defensa de la competencia, establece unos criterios cuantitativos de lo que no constituye una restricción sensible de la competencia sobre la aplicación del art. 101 TFUE (entre las conductas que pueden ser objeto de

⁹⁵⁶ De acuerdo a MIRANDA SERRANO, L.M., “La «regla de *minimis*» en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo”, *Derecho de los Negocios*, Ley nº. 38942/2008, nº. 16, 2008, pg. 17, el autor refiere que, a diferencia de lo establecido en la Comunicación *de minimis*, el art. 3.1 RDC, «donde bajo el título “otras conductas de menor importancia” se establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 1 (criterios cuantitativos de cuotas de mercado) y 2 (criterio cualitativo de enumeración de restricciones especialmente graves), el Consejo de la CNC podrá declarar no aplicables los arts. 1 a 3 Ley 15/2007 a “las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas de afectar de manera significativa a la competencia”. Con ello parece querer afirmarse que los criterios de la menor importancia fijados por el RDC son orientativos, siendo competencia de la autoridad antitrust considerar que una conducta es *de minimis* aunque conlleve una de las restricciones especialmente graves del art. 2 RDC o supere los umbrales de cuotas de mercado del art. 1 RDC; en otros términos: que los órganos de la competencia tienen la facultad de declarar que una conducta es de menor importancia merced a criterios diversos de los establecidos en los arts. 1 y 2 RDC, tras analizarla en su contexto jurídico y económico». En este sentido, prosigue el autor (misma página) afirmando que: «la lectura de los arts. 1 a 3 RDC lleva finalmente al intérprete a cuestionarse si en lugar de regular en dichos preceptos los criterios de la menor importancia de forma prácticamente mimética a como lo hace la Comunicación *de minimis*, no hubiera sido preferible realizar (bien en la Ley 15/2007 o en el RDC) una remisión genérica a dicha Comunicación, semejante al reenvío que el art. 1.4 Ley 15/2007 efectúa a los Reglamentos de exención por categorías».

⁹⁵⁷ DOUE núm. C291/1, de 30 de agosto de 2014. El apdo. 4 refiere que: «La presente Comunicación no indica qué constituye un efecto sensible sobre el comercio entre Estados miembros. Se establecen orientaciones a este respecto en la Comunicación de la Comisión sobre el efecto en el comercio, donde la Comisión establece, mediante una combinación de un umbral de cuota de mercado del 5 % y un umbral de volumen de negocios de 40 millones EUR, qué acuerdos no pueden en principio afectar al comercio entre los Estados miembros de forma sensible. Tales acuerdos normalmente están fuera del ámbito del artículo 101, apartado 1, del Tratado, incluso si tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia».

aplicación del texto también figuran las decisiones entre empresas y las prácticas concertadas).

La definición negativa de lo sensible, manifiesta la Comunicación, no consiste en que los acuerdos entre empresas que superen los límites que se fijan restrinjan *per se* la competencia de forma sensible, siendo posible que éstos no tengan más que un efecto insignificante sobre la competencia y que no resulten prohibidos en virtud del art. 101 TFUE. Por ello, sobre aquellos supuestos de enjuiciamiento que entren en el ámbito de la Comunicación, la Comisión no incoará un procedimiento, ni por previa petición ni por iniciativa propia, pudiendo las empresas, de buena fe, considerar que el acuerdo reúne los requisitos que se establecen.

Respecto a las prácticas consistentes en abusos de posición dominante, surge la cuestión de si son aplicables o no las reglas de exención por conductas de menor importancia contenidas en el RDC. En este sentido, del tenor literal de los diferentes apartados que contiene el art. 1 RDC se deduce, por extensión analógica, que el término «conductas» empleado por el legislador abarca tanto las conductas colusorias, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, como, evidentemente, el abuso de posición dominante. Esta circunstancia convierte en poco práctica la aplicación de la *regla de mínimis* que desarrolla el RDC a la prohibición del abuso de posición dominante, cuyo concepto mismo atiende a la existencia tanto de la dimensión de un mercado concreto como de la afectación sensible de la competencia.

La doctrina de la autoridad nacional de competencia, atendiendo a la importancia de las conductas, ha inaplicado la prohibición del abuso de posición dominante sobre determinados asuntos cuya afectación a la libre competencia resultaba verdaderamente insignificante. Este es el caso, por ejemplo, de la Resolución *Hüls Española* (1997)⁹⁵⁸, que confirmaba no perseguir la conducta prohibida al no ser la misma capaz de afectar de manera significativa a la competencia por su escasa importancia (5% de cuota de mercado); la Resolución *Empresas Mensajería* (2002)⁹⁵⁹, que declaraba la imposibilidad de calificar los hechos denunciados como un abuso de posición dominante por cuanto faltaría el primer y elemental requisito relativo al disfrute de una posición de dominio en el

⁹⁵⁸ Resolución del TDC de 24 de septiembre de 1997 (Expte. 400/97, *Hüls Española*), FJ 1º.

⁹⁵⁹ Resolución del TDC de 1 de octubre de 2002 (Expte. 486/01, *Empresas Mensajería*), FJ 2º.

mercado nacional de la contratación de servicios propios de empresas de mensajería, ostentando la empresa imputada de una cuota insignificante en dicho mercado; y la Resolución *Petróleos Canarias* (1998)⁹⁶⁰, que remarca que no cabe plantear si la empresa ostenta posición dominante ante su mínima cuota de mercado (1,5%), encontrándose, además, en disminución.

Las «*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*», refieren que las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil en lo que respecta a la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en aquél. Prosiguen indicando que unas cuotas de mercado bajas son generalmente un buen indicio de una falta de poder de mercado relevante, por lo que no es probable que haya dominación si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia es inferior al 40%. Así las cosas, cuanto mayor es la cuota de mercado y más prolongado el periodo de tiempo que se disfrute por la empresa, aumentan las probabilidades de que se constituya un indicio preliminar relevante sobre la existencia de posición dominante, y, en ciertas ocasiones, de la concurrencia de una explotación abusiva con efectos exclusionarios o explotativos.

Esta aplicación de la exención por menor importancia a la prohibición de los abusos de posición dominante puede complementarse con la doctrina jurisprudencial que surgió a raíz de la conocida Sentencia *Automed* (1992)⁹⁶¹, y por la que se confirma que la Comisión, en ejercicio de su facultad discrecional, puede desestimar las denuncias que le son sometidas, incluso sin haber profundizado en los hechos expuestos, cuando el procedimiento no dispone de suficiente grado de interés público para justificar la iniciación de una investigación suplementaria respecto a las ya efectuadas por los órganos jurisdiccionales nacionales.

De este modo, recuerda el TPI que: (1) «la Comisión no tiene la obligación de pronunciarse si existe o no una infracción, no puede ser obligada a llevar a cabo una investigación, ya que ésta no podría tener más objeto que averiguar los elementos de prueba relativos a si existe o no una infracción que ella no está obligada a declarar»; y (2) «constituye un elemento inherente al ejercicio de la actividad administrativa la competencia del titular de una misión de servicio público de adoptar todas las medidas de organización necesarias para el cumplimiento de la

⁹⁶⁰ Resolución del TDC de 8 de enero de 1998 (Expte. 218/97, *Petróleos Canarias*), FJ 3º.

⁹⁶¹ Sentencia del TPI de 18 de septiembre de 1992 (As. T-24/90, *Automed Srl*), consid. 62 y ss.

misión que le haya sido confiada, incluida la definición de prioridades, en el marco establecido por la ley, cuando tales prioridades no han sido definidas por el legislador».

Conforme a esta doctrina comunitaria, la Comisión delimita el alcance de la actuación de la autoridad de competencia únicamente sobre aquellos procedimientos que adquieran un especial interés en el espacio comunitario, sin perjuicio de las valoraciones que pudieran realizarse tanto por las autoridades de competencia como por los tribunales nacionales⁹⁶².

Al margen de estas consideraciones, hay que diferenciar unas reglas de otras. Por un lado, la regla *de minimis*, apreciada por su naturaleza sobre las conductas colusorias, tiene como finalidad declarar inaplicable la prohibición general sobre conductas que no entren, por su alcance y efectos, en el ámbito sancionador de la norma de competencia, y por otro, la doctrina *Automed*, antes referida, que se deriva de la facultad discrecional de la Comisión de desestimar denuncias y archivar aquellos procedimientos que carecen de relevancia e interés comunitario. La primera consiste en un supuesto de atipicidad de las conductas dentro del ámbito sancionador, mientras que la segunda atañe a la potestad de las autoridades de competencia de administrar sus prioridades de control como mejor convenga (v.gr. con el propósito de gestionar adecuadamente sus recursos), que deberán encaminarse a examinar y analizar exclusivamente conductas que puedan afectar de forma significativa la libre competencia.

4. Doctrina de los mercados conexos

De acuerdo a la doctrina esgrimida tanto por la jurisprudencia comunitaria como por la doctrina administrativa de la autoridad nacional de competencia⁹⁶³, un

⁹⁶² Vid. ORTIZ BAQUERO, I.S., *La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos...*, op. cit., pg. 10.

⁹⁶³ En términos de vinculación de productos, conforme expresan las «*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*», apdo. 52: «La vinculación y la venta por paquetes puede dar lugar a efectos anticompetitivos en el mercado vinculado, en el mercado vinculante, o en ambos al mismo tiempo. Sin embargo, incluso cuando el objetivo de la vinculación o de la venta por paquetes es proteger la posición de la empresa dominante en el mercado vinculante, esto se hace indirectamente mediante el cierre del mercado vinculado. Además de los factores ya mencionados en el apartado 20, la Comisión considera que los siguientes factores son en general de importancia particular para identificar los casos probables o reales de cierre anticompetitivo del mercado». Indica JIMÉNEZ LATORRE, F., «Las prácticas comerciales excluyentes del operador dominante», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, La Ley nº. 20346/2009, nº. 12, 2009, pgs. 9 y

abuso de posición dominante en un determinado mercado puede producir efectos en otros mercados (ascendentes, descendentes o vecinos) si la empresa se aprovecha de ese poder de mercado para extender su posición de dominio a los mismos o reforzarla, en caso de que ya fuese dominante en ellos⁹⁶⁴. Se prohíbe, pues, que una empresa en posición de dominio en un mercado se aproveche de forma abusiva de dicha posición para obtener ventajas respecto a otros competidores en un mercado conexo⁹⁶⁵.

Esta doctrina, consolidada en la jurisprudencia comunitaria, se configura a partir de la orientación señalada en distintas sentencias del Tribunal de Justicia, que determinan las circunstancias en que es abusiva la conducta de una empresa dominante en un mercado cuando su actuación produce efectos en un mercado conexo⁹⁶⁶.

En este sentido, la Sentencia *Tetra Pak* (1996)⁹⁶⁷ hace mención a la significancia que la jurisprudencia ha dotado a la doctrina, proporcionando ejemplos de abusos que producen efectos en mercados distintos de los mercados

ss, que: «las preocupaciones de competencia que suscita la vinculación surgen cuando el operador dominante en el producto vinculante pueda conseguir el dominio en el producto vinculado mediante la vinculación. Esto puede lograrse cuando existan economías de escala en el producto vinculado y como consecuencia de la práctica se impida que exista una demanda suficiente para que el rival en el mercado del producto vinculado adquiriera el tamaño eficiente. Con ello se expulsa del mercado a los rivales del producto vinculado, y se impide la entrada de nuevos competidores».

⁹⁶⁴ Resolución de la CNC de 29 de junio de 2011 (Expte. S/0184/09, *GAS NATURAL*), FJ 4°.

⁹⁶⁵ Vid. Memoria del TDC, año 2001, pg. 2.

⁹⁶⁶ Resolución del TDC de 20 de junio de 2003 (Expte. 542/02, *Suresa-Correos*), FJ 8°.

⁹⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 1996 (As. C-333/94 P, *Tetra Pak International SA*), consid. 37. Conforme a su consid. 27, no obstante, el Tribunal refiere que: «es cierto que la aplicación del artículo 86 presupone la existencia de un vínculo entre la posición dominante y el comportamiento supuestamente abusivo, vínculo que normalmente no existe cuando un comportamiento en un mercado distinto del mercado dominado produce efectos en ese mismo mercado. Cuando se trata de mercados distintos, pero conexos, como ocurre en el caso de autos, sólo la existencia de circunstancias especiales puede justificar la aplicación del artículo 86 a un comportamiento que se desarrolla en un mercado conexo, no dominado, y que tiene repercusiones en ese mismo mercado».

dominados⁹⁶⁸. En las Sentencias *AKZO* (1991)⁹⁶⁹ y *BPN* (1993)⁹⁷⁰, se calificaron como abusivos ciertos comportamientos productos en mercados distintos de los mercados dominados y que repercutían sobre estos últimos (mercados en los que la empresa ostenta poder de mercado). Por su parte, la autoridad nacional de competencia en su Resolución *Special Prices/Binter Canarias* (2007)⁹⁷¹ manifestó que la jurisprudencia reconoce la posibilidad de que un abuso producido en el mercado dominado deje sentir sus efectos en otro mercado⁹⁷².

No obstante, conforme a esta última Resolución, para que esto suceda deben concurrir ciertos requisitos: (1) la empresa en cuestión debe tener posición de dominio sobre un bien para que el que no hay sustituidos efectivos; (2) la conexión entre ambos mercados debe ser estrecha, de tal forma que desde el mercado dominado se pueda realmente afectar a la competencia en el mercado conexo; y (3) debe ser factible que la empresa dominante extienda su poder al mercado conexo o se refuerce en el que ya está presente, de tal forma que la competencia se debilite.

Esta situación de mercados relacionados o conexos, en el marco de la prohibición del abuso de posición dominante, ha de ser identificada por las autoridades de competencia en el momento en que definan los mercados relevantes, distinguiendo si existen dos o más mercados conexos⁹⁷³. Este fue el modo de

⁹⁶⁸ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974 (As. acumulados 6 y 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation c. Comisión*); y de 3 de octubre de 1985. (As. 311/84, *Centre belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) y SA Information publicité Benelux (IPB)*).

⁹⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 3 de julio de 1991 (As. C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Comisión*).

⁹⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 1 de abril de 1993 (As. T-65/89, *BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd c. Comisión*).

⁹⁷¹ Resolución del TDC de 12 de abril de 2007 (Expte. R 713/07, *Special Prices/Binter Canarias*), FJ 3º.

⁹⁷² Conforme desarrolla HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 366, la teoría del apalancamiento o *leverage* surge en el ámbito estadounidense y encuentra su reflejo en el sistema comunitario en la doctrina de los mercados conexos. De esta forma, el concepto de *leverage* se ha asociado como un instrumento de extensión del poder de monopolio de un mercado a otro, lo que equivale a la creación de una posición de poder económico en un mercado en el que ésta no existía con anterioridad. Continúa la autora afirmando que una de sus manifestaciones más significativas son precisamente las prácticas de vinculación de productos. Mediante las llamadas «cláusulas de vinculación», el monopolista de un determinado bien, identificado como el producto principal, utiliza aquéllas para generar un segundo monopolio, producto vinculado, cuya adquisición impone a los clientes que solicitan el primero de los productos.

⁹⁷³ Conforme a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 192, «Estrechamente relacionada con la noción de mercados conexos se encuentra la cuestión de los llamados “bienes complementarios”, esto es, productos materialmente

proceder por el TDC en su Resolución *BAS/MAPFRE* (2006)⁹⁷⁴, expediente iniciado a raíz de unas denuncias relacionadas con un contrato de prestación de servicios entre la empresa denunciante y la aseguradora *Mapfre*, por el que la primera desde el año 1996, conforme reflejaba el contrato suscrito, podría utilizar los rótulos de *Mapfre* para su identificación como empresa asociada, circunstancia que se le impuso por la aseguradora en mayo de 2003, y, por otro lado, por abonarle una cantidad por debajo del coste por cada servicio. El TDC esgrimió que concurrían dos mercados conexos distintos: (1) el mercado de seguro de asistencia en carretera, ofrecido por las aseguradoras y demandado por los propietarios de automóviles; y (2) el mercado de prestación de asistencia en carretera en el que supuestamente se produjo la infracción denunciada, que es el ascendente del anterior, formado por aseguradoras que incluyen en sus seguros de automóviles la asistencia en carretera.

La síntesis histórica de la doctrina de los mercados conexos fue desarrollada en la Resolución *TUBOGAS/REPSOL* (2002)⁹⁷⁵, cuya inaplicabilidad alegaba *Repsol* aduciendo que el infractor debería tener presencia en ambos mercados conexos sin que la compañía petrolífera tuviera alguna participación ni beneficio económico en el mercado de revisiones. El TDC advierte que, si bien la Sentencia *Tetra Pak* resulta importante la doctrina de los mercados conexos, ya se encontraba sólidamente consolidada en el Derecho comunitario de la competencia desde mucho antes⁹⁷⁶. Al respecto, señala el TDC, que «la doctrina de los mercados conexos no se limita a la negativa de suministro de mercancías, sino también a negativas de suministro de información necesaria para competir en mercados conexos». Sobre este punto, afirma que la doctrina de los mercados conexos no es independiente conceptualmente de la doctrina de las «instalaciones esenciales» (más conocida como «*essential facilities*»), por cuanto el aspecto económico a

distintos del bien o servicio al que complementan pero que están estrechamente relacionados con éste, hasta el punto de que pueden resultar imprescindibles para que el bien o el servicio en cuestión puedan ser objeto de aprovechamiento económico por parte de su comprador. La práctica del TDC revela que los productos complementarios se consideran por lo general pertenecientes a un mercado distinto del bien o servicio al que complementa, con independencia de que (i) se suelen suministrar conjuntamente con dicho bien o servicios, (ii) se suministren de forma gratuita, (iii) resulten imprescindibles e inseparables económicamente del bien o servicio complementado».

⁹⁷⁴ Resolución del TDC de 21 de febrero de 2006 (Expte. R 675/05, *BAS/MAPFRE*), FJ 3°.

⁹⁷⁵ Resolución del TDC de 7 de marzo de 2002 (Expte. 513/01, *TUBOGAS/REPSOL*), FJ 9°.

⁹⁷⁶ El TDC en el contenido del FJ 9° de la Resolución refiere la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974 (As. acumulados 6 y 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation c. Comisión*).

considerar es que una empresa controla un factor necesario para competir en un mercado conexo descendiente⁹⁷⁷.

Posteriormente, citando la Resolución *TUBOGAS/REPSOL* (2002), el TDC en su Resolución *McLane/Tabacalera* (2002)⁹⁷⁸, acerca de una conducta consistente en haber negado suministro de labores de sus propias marcas a *McLane*, sirviéndose de su posición de dominio en el mercado de labores de tabaco para mantener su posición en el mercado de la distribución impidiendo así nuevos competidores entrantes en este mercado, refiere que «la doctrina de que constituye un abuso de posición dominante el negar algo necesario, cualquiera que esto sea, a un competidor en un mercado conexo, cuando se dispone en el primero de posición de dominio, goza de amplísimo respaldo jurisdiccional»⁹⁷⁹.

⁹⁷⁷ En este sentido, la doctrina de los mercados conexos requiere como uno de sus requisitos que deba ser factible para la empresa dominante extender su poder al mercado conexo o se refuerce en el que ya está presente. Este factor se desarrolla por la empresa mediante el empleo de prácticas con las que pueda instrumentalizar su poder de mercado para alcanzar una ventaja competitiva en el mercado de un bien distinto. Esta noción más amplia del *leveraging*, tomada de CUCINOTTA es citada por HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados....*, op. cit., pgs. 368 y 369. De acuerdo a la autora, la afectación puede tener menor o mayor intensidad dependiendo del tipo de impacto, clasificación que comprende los siguientes efectos: (1) el falseamiento de la competencia sobre la base de los méritos empresariales; (2) extensión del poder de mercado en el producto principal al mercado del producto vinculado; (3) preservación del poder económico preexistente mediante la erección de barreras de entrada; y (4) la creación inmediata de posiciones de poder de mercado que se traduzcan en la fijación de precios supracompetitivos.

⁹⁷⁸ Resolución del TDC de 24 de abril de 2002 (Expte. 486/00, *McLane/Tabacalera*), FJ 24°.

⁹⁷⁹ De acuerdo a DÍEZ ESTELLA, F., “La doctrina del abuso en mercados “vecinos” o “conexos” y el Monopoly leveraging”, *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Vol. 10, 2002, pgs. 1 y 2, el primer pronunciamiento que admitió esta teoría lo constituye la Sentencia del TPI en el asunto *Tetra Pak c. Comisión*, por la que es posible aplicar el art. 102 TFUE a un oferente en un mercado en el que no goza de posición dominante cuando sí ha quedado establecida su posición privilegiada en un mercado conexo en el que no se dejan sentir los efectos de la práctica llevada a cabo. De este modo, continúa el autor, se confirma un método de análisis por el que puede constatar la realización de un abuso sobre un mercado distinto de aquél sobre el que la empresa es dominante, si se da una vinculación estrecha entre ambos mercados. Por otro lado, la autoridad nacional de competencia ha aplicado esta doctrina entre el mercado del yeso y el de las plantas de yeso, entre el mercado de transporte de pasajeros y mercancías y el de servicios de aterrizaje y despegue, entre el mercado de servidores de Internet y el de contenidos on-line, o entre el mercado de programación televisiva y el de guías semanales de televisión.

III. Efectos en el mercado del contrato de seguro

1. Apalancamiento sobre el mercado de seguros bancarios

En el contexto de los Estados miembros de la UE existe una fuerte preocupación de que las entidades de crédito puedan estar instrumentalizando su posición dominante (individual o colectiva) para extender ese poder de mercado al mercado de seguros, y, más precisamente, en el mercado de productos aseguradores asociados a diversas operaciones de activo, como son los seguros de vida, de amortización de préstamos, de protección de pagos, o, entre otros, los seguros de daños vinculados a préstamos hipotecarios.

Por este motivo, tanto la legislación española como la comunitaria pretenden bloquear que ese gran poder financiero, surgido desde la dependencia absoluta que los consumidores tienen con las entidades de crédito y la demanda de servicios bancarios, pueda afectar al mercado de seguros adyacente mediante la vinculación de productos. Esta labor legislativa se ha plasmado con la publicación de la DCCC, cuya principal novedad es obligar a las entidades de crédito a aceptar, para la concesión del crédito hipotecario, que el consumidor pueda aportar una póliza similares características pero proporcionada por otra aseguradora no favorita de la entidad, y, por el lado nacional, con la Orden EHA/2899/2011, cuyas disposiciones ofrecen al consumidor un sistema de vinculaciones más transparente en relación a la contratación de productos o servicios accesorios exigidos por las entidades de crédito para la concesión de créditos o préstamos hipotecarios⁹⁸⁰.

Esta inquietud sobre la afectación de la libre competencia por medio de prácticas bancarias se plasmó en la «*Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n.º. 1/2003 en el sector de la banca minorista*». El texto recoge una investigación del sector de la banca minorista llevada a cabo por la Comisión, iniciada el 13 de junio de 2005, en relación a la evolución de los intercambios entre los Estados miembros, la rigidez de los precios así como otras circunstancias que hagan presumir que pueda limitarse o falsearse la competencia dentro del mercado común.

⁹⁸⁰ Como expondremos a continuación, esta exigencia se circunscribe exclusivamente a la concesión de créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda, sin que, para otra operación de activo como la concesión de créditos al consumo, exista disposición alguna que en el futuro se obligue a las entidades de crédito a aceptar pólizas externas.

La Comisión manifestó que «factores como la fragmentación del mercado, la rigidez de los precios y la inmovilidad en el mercado comunitario de la banca minorista puede no estar funcionando eficazmente», por lo que decidió emprender una investigación del sector dedicando especial atención a la competencia transfronteriza. Esta comunicación desarrolla los objetivos planteados en el *Libro Blanco de la Comisión de 1 de diciembre de 2005 sobre la política de los servicios financieros 2005-2010*⁹⁸¹, documento que expone las ideas iniciales de la Comisión sobre las prioridades comunitarias en materia de política de servicios financieros.

Esta última investigación identificó una serie de síntomas que hacen deducir que la competencia podría no estar funcionando de manera adecuada en algunas áreas de la banca minorista, dado que los mercados permanecen fragmentados a lo largo de las fronteras nacionales. Estos factores están relacionados con la variedad de posibles barreras de entrada (*market foreclosure*) que caracterizan al sector bancario, y que pueden consistir en la aplicación de requisitos de normalización y de red a ciertas infraestructuras⁹⁸². La alta rentabilidad, un mayor grado de concentración del mercado y las barreras de entrada suscitan serias preocupaciones sobre la legitimidad de las entidades financieras para explotar su poder de mercado en relación con los consumidores y las PYME. A esta situación del sector se añade la naturaleza misma de la actividad bancaria minorista, que favorece la cooperación formal entre operadores, y que pueden dar lugar a la colusión, limitar la competencia o excluir a terceros operadores.

En el apartado de la Comunicación relativo a la fijación de precios y políticas, la Comisión afirma que su investigación ha revelado que algunas entidades de crédito crean barreras artificiales (por ejemplo, a través la vinculación de productos bancarios) que hacen subir los costes que implica el cambio de proveedor para el consumidor, lo que reduce la intensidad de la competencia (apdo. 34). De este modo, las ventas vinculadas de productos de la mayoría de las entidades de crédito de los Estados miembros muestran un comportamiento convergente. Así, la vinculación puede debilitar la competencia de la banca minorista al elevar los costes de cambio, reducir la transparencia de precios y desalentar la entrada de nuevos operadores. Por ello, cuando el mayor banco de un país vincula sus

⁹⁸¹ No publicado en el Diario Oficial.

⁹⁸² Vid. Punto 8º de la *Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 en el sector de la banca minorista*.

productos, la investigación reveló que la mayoría de sus competidores optan por hacer lo mismo (apdo. 37).

En cuanto a la aplicación de la normativa de competencia, la Comisión refiere que algunas formas de vinculación de productos podrían ser incompatibles con el mercado interior, por ejemplo, cuando la vinculación constituya un abuso de posición dominante en los mercados de productos de referencia (apdo. 42). En el apartado de conclusiones de la Comunicación, se manifiesta la necesidad de realizar un seguimiento, particularmente en relación con la fijación de precios y políticas por parte de las entidades de crédito, y, particularmente, sobre la vinculación de productos (apdo. 53).

Como se observa, la vinculación de productos financieros con productos aseguradores (vinculación contractual y no técnica por cuanto el producto financiero puede comercializarse sin necesidad de estar sujeto a la contratación de un seguro) es una práctica común para las entidades de crédito más representativas de nuestro país. Esta vinculación puede mermar la red de competidores del mercado vinculado dado que aquéllos no pueden alcanzar, gracias a las políticas de vinculación de las empresas de banca-seguros, la comercialización de sus productos.

No cabe duda de que, conforme expresa el apdo. 49 de las *«Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes»*, a través de la vinculación de productos, podrían suministrarse a los consumidores productos u ofertas mejores de forma más rentable. Sin embargo, también es posible perjudicar a los consumidores con la vinculación al subir los precios de coste, inmovilizándolos, y cerrando el mercado del producto vinculado, fundamentalmente mediante el establecimiento de barreras de entrada.

Mediante las cláusulas de vinculación las entidades de crédito pueden operar en otro mercado (el de seguros) sin necesidad de acceder y competir en condiciones de libre competencia con los demás operadores del mercado del producto vinculado. Cuando la aseguradora pertenece al mismo grupo empresarial, el apalancamiento sobre el mercado de seguros puede resultar aún más elevado. Este modelo de negocio permite a la entidad de crédito operar por sí misma, sin necesidad de la intermediación de una aseguradora separada, en un mercado distinto mediante la distribución de productos aseguradores que son suscritos y mantenidos por el consumidor bajo condiciones posiblemente abusivas, lo que limita, de forma

significativa, que otras entidades aseguradoras puedan acceder a dichos consumidores, y a los consumidores a pólizas con mejores condiciones.

Por otro lado, el comportamiento del apalancamiento en un mercado conexo no debe analizarse únicamente como un intento de obtener un poder de mercado adicional en un segundo mercado, sino como una conducta tendente a evitar una posible erosión en el mercado de banca minorista, y, en concreto, sobre el mercado del producto financiero de que se trate (*theory of defensive leveraging*)⁹⁸³.

En este sentido, las entidades de crédito pueden estar operando mediante la vinculación para mantener su poder en el mercado de banca minorista⁹⁸⁴, ya sea (1) mediante la oferta de mejores condiciones y precios en sus productos financieros frente al resto de competidores que pueden no vinculan sus productos con seguros; (2) mediante la canalización de recursos y capitalización derivados de la percepción de las correspondientes primas; o (3) reduciendo la rentabilidad final de sus productos (ofertando productos a precios más reducidos que la competencia) gracias a la satisfacción de indemnizaciones sufragadas por entidades aseguradoras

⁹⁸³ De acuerdo a FELDMAN, R.C., “Defensive Leveraging in Antitrust”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 87, 1999, pgs. 2080 y ss., la teoría del apalancamiento defensivo sugiere que los teóricos de la figura han estado haciendo una pregunta incompleta. Al respecto, el apalancamiento no debe analizarse únicamente como un intento de obtener una renta monopolística adicional en un segundo mercado. Más bien, con frecuencia es un intento de prevenir la erosión del mercado en el que ostenta el monopolio. Continúa el autor indicando que el *leverage* ocurre cuando un monopolista utiliza el poder en un mercado para inducir o impedir las ventas en otro mercado, y, por tanto, monopolizar ambos. El autor emplea un ejemplo muy sencillo, considerando dos mercados: un mercado para las cámaras y un mercado de cintas de cine. El mercado de cámaras está dominado por una sola empresa. Por el contrario, muchas empresas compiten en el mercado de películas. Supongamos que el monopolista del mercado de cámaras comienza a vender sus cámaras sólo con la condición de que el comprador también compre la película del monopolista. Si el monopolista asume suficientes ventas en el mercado de películas, expulsará a otros competidores de dicho mercado, por lo que tiene entonces el monopolio en ambos mercados. Este apalancamiento defensivo resultaría natural a través de la vinculación para los monopolistas. Las conclusiones que alcanza el autor (pg. 2115) son: (1) los monopolistas, cuando se aprovechan de un nuevo mercado, puede ser un intento de prevenir la erosión del mercado del producto principal; (2) en el ciclo de vida de un monopolio, es probable que los nuevos competidores erosionen el poder de dicha empresa segmentando el mercado o desarrollando productos sustitutivos de próxima generación; (3) contra esto, el monopolista puede bloquear dicha entrada aprovechando su poder de mercado alcanzado en el mercado del producto vinculado; y (4) cuando una empresa con posición de dominio utiliza su poder en un mercado para expandirse a otros y crear monopolios adicionales, dicho comportamiento puede dañar la competencia.

⁹⁸⁴ Los préstamos, especialmente hipotecarios, los seguros, en particular los de vida, así como las cuentas corrientes, forman parte de las combinaciones de productos que más se extienden en el mercado de banca minorista. En este sentido, Vid. AA.VV., *Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial services sector* (Final Report), Submitted to the European Commission. DG Internal Market and Services, ETD/2008/IM, H3/78, Center for European Policy Studies (CEPS) y Van Dijk Management Consultants, Bruselas (Bélgica), pg. 16.

que garantizan el incumplimiento del deudor, y que disminuyen las pérdidas por impago.

Esta práctica de vinculación, usualmente, se constituye de dos maneras: (1) la entidad de crédito vincula el producto financiero a la suscripción de un seguro, condicionando la concesión del primero a la contratación del segundo (venta vinculada); y (2) ambos productos se pueden adquirir por separado, pero la venta conjunta supone para el consumidor la satisfacción de un menor precio que si los adquiriera por separado, es decir la técnica comercial conocida como «descuento multiproducto» (venta combinada o *multi-product rebate*)⁹⁸⁵.

En ambos casos, la entidad no ostenta posición dominante en el mercado de seguros, por lo que la vinculación puede generarle una posición más ventajosa respecto a sus competidores que si la lograra, evidentemente, por méritos propios. Esta actuación puede suponer que la entidad de crédito: (1) extienda su dominio al mercado de seguros, vecino y conexo al de banca minorista; (2) consolide o preserve este dominio en el mercado de seguros, que resultará más probable cuando la entidad de crédito ya esté posicionada desde años anteriores en el mercado asegurador; y (3) que alcance en el mercado de seguros una libertad de acción que no disfrutaran sus competidores en dicho mercado⁹⁸⁶.

A nuestro juicio, la cuestión el posible apalancamiento efectuado por las entidades de crédito en el mercado de la distribución de seguros asociados a productos financieros, tanto dentro del sistema banco-asegurador como ajeno al mismo, es similar al que fue objeto de examen por el TDC en la Resolución

⁹⁸⁵ Señala JIMÉNEZ LATORRE, F., *Las prácticas comerciales excluyentes del operador dominante...*, op. cit., pg. 18: «Mención aparte merecen los descuentos multiproducto, que se considera que pueden tener efectos restrictivos de la competencia cuando los competidores que sólo ofrecen algunos de los componentes del paquete no pueden competir en precios, pese a ser tan eficientes como el operador dominante. En este caso, el criterio de evaluación que se propone es de comparar los ingresos incrementales con los costes incrementales de cada producto de la empresa dominante. Si el ingreso incremental, o en su defecto el precio incremental de añadir un producto al paquete, es inferior a los CMILP de introducir dicho producto al paquete, entonces se considerará que la práctica es legítima, ya que si el rival es tan eficiente como el dominante, su producto seguirá siendo igual de atractivo que el del dominante».

Si se observa que la competencia tiene lugar entre paquetes, entonces se realizará la comparativa entre precios y costes de todo el paquete. En este contexto, los rivales ofrecen los mismos paquetes y la rivalidad tiene lugar entre paquetes, con lo que el ejercicio para comprobar si se puede producir exclusión o no es comparando el precio del paquete con el correspondiente coste de producción del mismo. En otras palabras se propone aplicar el test de depredación para el conjunto del paquete.

⁹⁸⁶ Vid. AA.VV., *Código de Derecho de la Competencia...*, op. cit. pgs. 44 y 45, así como Resolución del TDC de 24 de abril de 2002 (Expte. 486/00, *McLane/Tabacalera*).

ASEMPRE/Correos (2004)⁹⁸⁷. En el citado expediente se declaró la comisión por parte de *Correos* de una conducta abusiva de posición dominante consistente en contratar con grandes clientes de servicios postales, mediante el otorgamiento de importantes descuentos, para la prestación exclusiva y conjunta de servicios postales tanto en el área reservada legalmente a *Correos* como del área liberalizada. Esta práctica fue cometida, apunta la autoridad, desde una posición dominante en el mercado reservado para dificultar que puedan asentarse nuevas empresas competidores en el mercado liberalizado conexo.

Conforme a los efectos del apalancamiento, las entidades de crédito pueden estar utilizando su posición como oligopolio que ocupan en el mercado de banca minorista para restringir la capacidad de sus competidores en el mercado de seguros asociados a operaciones de activo, no sólo para extender su dominio a otro mercado adyacente distinto del dominado, sino para cerrar el mercado a través de prácticas bancarias que tienen como propósito comercializar seguros con condiciones abusivas y costes de cambio elevados⁹⁸⁸.

⁹⁸⁷ Resolución del TDC de 15 de septiembre de 2004 (Expte. 568/03, *ASEMPRE/Correos*). Posteriormente, por STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de junio de 2010 (nº. de recurso 4216/2007) se resolvió haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por Correos, estimándose parcialmente el Recurso Contencioso-Administrativo reduciéndose la sanción de 15.000.000 euros a 8.149.500 euros. De acuerdo a la autoridad de competencia, hay que concluirse la existencia de dos mercados relevantes: (1) el que corresponde con el de servicios reservados a Correos; y (2) el mercado liberalizado de distribución de envíos postales generales⁹⁸⁷. Ambos mercados, indica la autoridad, están muy relacionados entre sí, esto es, son mercados conexos, en los que las conductas de los operadores dominantes en uno de ellos han de someterse a algunas restricciones. El abuso, que se configura por la exclusividad en la prestación a grandes clientes postales (bancos y cajas de ahorro, principalmente) de servicios no reservados legalmente a Correos, dificulta de forma efectiva que otros competidores puedan abrirse paso en el mercado postal recientemente liberalizado. En este sentido, la simple evitación de que otros competidores puedan consolidarse en el mercado liberalizado ya le permitiría alcanzar en este último un mayor grado de libertad del que dispondrían los competidores. De esta forma, desde la posición dominante disfrutada en el mercado de servicios reservados, está produciendo efectos abusivos en el mercado conexo de distribución de envíos postales generales.

⁹⁸⁸ De acuerdo a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 346, «la noción de estrategias de cierre de mercados comprende una amplia variedad de prácticas comerciales realizadas por una empresa dominante cuyo objetivo es, en general, impedir la entrada o expansión rentable de uno o varios de sus competidores en el mercado dominado o en otros mercados conexos al dominado. El concepto en términos generales a los denominados “abusos exclusionarios”, redefinidos por la Comisión Europea en su Comunicación de 2009». De acuerdo a FABRA PORTELA, N., *Ventas en lote y anudadas...*, op. cit., pg. 41: «existen costes de cambio (switching costs) cuando el consumidor tiene que realizar una inversión al cambiar de suministrador, que no hubiera tenido que realizar permaneciendo con su suministrador actual. Su clasificación depende de la naturaleza de dicha inversión».

Esta situación parece asimilable, en términos de restricciones en mercados conexos, al asunto T-201/04, *Microsoft c. Comisión*⁹⁸⁹, por el que la multinacional estadounidense se negaba a suministrar información relativa a la interoperabilidad y permitir su uso para el desarrollo y distribución de productos relacionados con sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo, así como por haber condicionado la posibilidad de disponer del sistema operativo *Windows* para ordenadores personales clientes a la adquisición simultánea del *Reproductor de Windows Media*.

Respecto a este último punto, la Decisión concluye que *Microsoft* no demostró la eficiencia técnica alguna cuya condición previa sea la integración del citado reproductor. Continúa la Decisión indicando que la vinculación del reproductor protege a *Microsoft* de la competencia efectiva por parte de vendedores potencialmente más eficientes de reproductores multimedia que pudieran amenazar su posición. En relación al *leveraging*, el TPI en su Resolución *Microsoft (2007)*⁹⁹⁰, refiere que la multinacional se valió de su posición monopolística para, mediante un efecto de palanca, influir en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo.

En los supuestos de vinculación de productos, las entidades de crédito pueden hacer uso de estas estrategias de apalancamiento para obtener mayores beneficios tanto en el mercado principal como en el secundario, mermando las oportunidades de acceso del resto de competidores en dicho mercado secundario. La inclusión de cláusulas de vinculación en los contratos bancarios permite a las entidades de crédito conservar su poder de mercado en el mercado de seguros, incrementa su dominio en el mercado de banca minorista comercializando productos o servicios accesorios que ofrecen alta rentabilidad y nulo riesgo, e incrementan, a su vez, ya sea mediante una filial 100% de la entidad de crédito o una *joint-venture* con otra aseguradora, su posición en el mercado.

Este efecto sobre el mercado del seguro podría producir menores cuotas de bienestar para los consumidores⁹⁹¹, dado que obstaculiza que la competencia, por

⁹⁸⁹ Decisión 2007/53/CE, de 24 de marzo de 2004.

⁹⁹⁰ Sentencia del TPI (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007 (As. T-201/04, *Microsoft*), consid. 149, 559, y 771.

⁹⁹¹ Vid. ADAMS, W.J. y YELLEN, J.L, *Commodity Bundling and the Burden of Monopoly...*, op. cit., 498, que manifiestan, que, en cualquier caso, las políticas públicas deberían tener en cuenta el hecho de que la prohibición de la venta de productos básicos, sin más, puede aumentar la carga de monopolio. Esto es, pues, consistente con el teorema general de la segunda opción mejor: cuando

su falta de acceso, pueda aportar al mercado de seguros bancarios contratos de mayor calidad e innovación que diseñados especialmente para las entidades de crédito. Igualmente habría que señalar que podría haber muchas otras razones en beneficio para el consumidor para que una entidad de crédito extienda su poder de mercado a otro mercado distinto, como es una mejor prestación de servicios parabancarios, así como la oferta de pólizas que contengan condiciones más ajustadas a las demandadas por los clientes⁹⁹².

Sin embargo, este apalancamiento suele mostrar importantes efectos inmovilizadores en el mercado del producto vinculado. Los clientes presentan una tendencia particularmente reducida a cambiar los servicios accesorios asociados a los productos bancarios (cuentas corrientes, seguros de vida...) de forma muy significativa⁹⁹³. Estos efectos anticompetitivos en el mercado de seguros podrían ser aún más elevados que los generados con anterioridad a la crisis inmobiliaria,

existe una distorsión (por ejemplo, una situación de monopolio), la eliminación de otras distorsiones (por ejemplo, la agrupación) puede mejorar o disminuir el bienestar social. La implicación es que el monopolio mismo debe ser eliminado para alcanzar altos niveles de bienestar social. La consideración del bienestar de los consumidores en la norma nacional de competencia es muy recurrente, y merece destacar aquí que el texto de la LDC dispone: (1) la exención por eficiencias contenida en el art. 1.3 a) LDC sobre aquellos acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; (2) como práctica ejemplificativa un abuso de posición dominante el art. 2.1 b) dispone que podrán consistir la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; (3) en relación a los criterios de valoración sustantiva contenido en el art. 10.1 d) las decisiones de la autoridad de competencia tendrán en consideración las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, y sobre las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración, en la medida que aquéllas sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales; y (4) sobre los criterios para la determinación del importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros factores, conforme expresa el art. 64.1 e), al efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios.

⁹⁹² Vid. CHOI, J.P. y JEON, D.S., "A leverage Theory of Tying in Two-Side Markets", *CESfp Working Paper Series*, Vol. 6073, 2016, pg. 38.

⁹⁹³ Vid. AA.VV., *Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial services sector (Final Report)*, Submitted to the European Commission. DG Internal Market and Services, ETD/2008/IM, H3/78, Center for European Policy Studies (CEPS) y Van Dijk Management Consultants, Bruselas (Bélgica), 2008, pg. 94. De acuerdo a los autores del Informe, desde una perspectiva *antitrust*, las preocupaciones más fuertes son creadas por (1) la combinación de créditos al consumo con cuentas corrientes; y (2) la venta cruzada de créditos al consumo con seguros de automóvil (En Bélgica, Chipre, República Checa, Estonia y Finlandia concurren estas prácticas de forma muy perjudicial). Desde la perspectiva de la política de defensa de los consumidores, conforme a un test realizado, en el 90% de las prácticas de venta cruzada en las que el préstamo al consumidor es el producto principal se produjo una afrenta en los derechos de los consumidores. De este modo, las prácticas más injustas para los consumidores, a juicio de los autores, son las que implican productos aseguradores (seguros de vida, de protección de pagos y seguros de automóvil).

puesto que las entidades de crédito pueden estar utilizando la comercialización de seguros para suplir la grave caída de la demanda del crédito, particularmente del hipotecario⁹⁹⁴. Este comportamiento, que extiende el poder de mercado de las entidades de crédito, puede reducir las ventas de los competidores en el sector del seguro.

En el caso de acuerdos de distribución suscritos entre entidades de crédito y aseguradoras separadas, las primeras pueden aprovechar su dominio en el mercado de banca minorista para percibir importantes cantidades económicas en concepto de comisiones de venta (incentivos). A pesar de que los productos aseguradores distribuidos no sean producidos por el mismo grupo empresarial, las entidades de crédito obtienen, explotando sus cuotas en el mercado del producto principal, un poder económico en un mercado distinto al de partida⁹⁹⁵, que difícilmente obtendrían sin llevar a cabo prácticas de vinculación, todo ello teniendo en cuenta la gran competitividad existente en el mercado asegurador.

2. Falseamiento y exclusión de la competencia en el mercado del producto vinculado

Desde el ámbito de aplicación del Derecho *antitrust*, se exige que las conductas susceptibles de falsear la competencia, impidiendo por ello que el proceso competitivo se desarrolle sobre la base de los méritos empresariales, afecten de manera significativa a la libre competencia⁹⁹⁶. Este falseamiento en el

⁹⁹⁴ Conforme a la Encuesta sobre Préstamos Bancarios emitida por el Banco de España de enero de 2017, que contiene información sobre la evolución de las condiciones de oferta y demanda de crédito en el cuarto trimestre de 2016, así como sobre las perspectivas para los tres meses siguientes, se aprecia una reducción significativa en la financiación interna de la vivienda mediante ahorros o de préstamos de otras entidades. En la prensa digital de enero de 2017 se aduce una caída de los préstamos hipotecarios en un 30%.

⁹⁹⁵ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 366. Por otra parte, los teóricos de la Escuela de Chicago, señala ELHAUGE, E., “Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory”, *The Harvard Law Review Association*, 2009, pg. 1, han argumentado tradicionalmente que la vinculación no puede crear efectos anticompetitivos dado que sólo hay un monopolio que se toma ventaja y obtiene beneficio con la práctica. Otros teóricos de la Harvard School han sostenido que la regla *quasi-per se* de la doctrina de la vinculación está equivocada porque la vinculación no puede crear efectos anticompetitivos sin excluir una parte sustancial del mercado vinculado. El autor defiende que, incluso sin que la práctica excluya directamente a los operadores en el mercado vinculado, la empresa con poder de mercado generalmente aumenta los beneficios de monopolio y perjudica el bienestar de los consumidores, sin compensar las posibles eficiencias que podría traer la práctica.

⁹⁹⁶ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 381. La primera diferenciación y más esencial entre el Derecho *antitrust* y la aplicación del Derecho de competencia

mercado del producto vinculado se efectúa como consecuencia del apalancamiento que realiza una empresa mediante el uso de la vinculación para extender su dominio sobre un mercado de un bien distinto. La competencia, por ello, se falsea en el momento en que la empresa extiende su poder a otro mercado sin atender a los méritos empresariales obtenidos legítimamente por los competidores de dicho mercado⁹⁹⁷.

Esta situación de falseamiento podría resultar suficientemente caracterizada en la distribución de seguros por entidades de crédito⁹⁹⁸, ya sea mediante prácticas de ventas vinculadas (*tying* y *bundling puro*) o mediante ventas combinadas o descuentos combinados (*bundling mixto*)⁹⁹⁹. Sobre esta última forma de agrupamiento de productos, existe en las ofertas de préstamos hipotecarios de

desleal, requiere que las conductas alteren suficientemente la estructura de la competencia y, por ende, conforme expresa el Preámbulo de la LDC, alcancen al bienestar de los consumidores. Como hemos explicado anteriormente, esta distinción no ha sido pacífica tanto para la doctrina como la jurisprudencia española. No obstante, el legislador ex art. 3 LDC establece, como criterio para aplicar la normativa de defensa de la libre competencia por actos desleales, que la conducta afecte al interés público, otorgando verdadera preponderancia a la dimensión y efectos del comportamiento supuestamente anticompetitivo.

⁹⁹⁷ *Ibidem. cit.*, pg. 371.

⁹⁹⁸ De acuerdo a FABRA PORTELA, N., *Ventas en lote y anudadas...*, op. cit., pgs. 3 y ss, se define el *bundling puro* como: «venta conjunta de dos bienes A y B, que no están disponibles de forma individual. Además, los bienes A y B se ofrecen en proporciones fijas»; el *Bundling mixto* como: «Venta conjunta de dos bienes A y B, que además están disponibles de forma individual. El precio del paquete A-B es inferior a la suma de los precios individuales»; el *tying* (caso especial de *bundling mixto*): «Si se quiere comprar el bien A es necesario comprar el bien B, pero B se puede comprar de forma individual. Es decir, los bienes a la venta son el bien B y el paquete A-B»; y el *tying* (forma dinámica de *bundling*): «Si se compra el bien A, es necesario comprar el bien B. La cantidad del bien B no es fija, y no tiene porqué fijarse en el momento de comprar A. Es decir, los bienes a la venta son los paquetes A-B, A-2B, etc.)»

⁹⁹⁹ Conforme proponen STREMERSCHE, S, y TELLIS, G., “Strategic Bundling of Products and Prices: A New Synthesis for Marketing”, *Journal of Marketing*, Vol. 66, 2002, pg. 67, en los mercados competitivos, desde el oligopolio hasta la situación de competencia perfecta, las empresas no pueden diferenciarse de sus competidores mediante la agrupación de productos. Incluso si una estrategia de oferta de precios pura fuera más rentable, la estrategia alentaría a los competidores a ofrecer tanto productos empaquetados como separados. Esta estrategia de agrupamiento mixto sería más atractiva para los consumidores y, en consecuencia, reduciría la participación de mercado de la empresa utilizando paquetes de precios puros. Por consiguiente, esta empresa también adoptaría una estrategia de agrupamiento de precios mixtos. Se puede demostrar matemáticamente que, a largo plazo, ambas empresas mantienen sus estrategias de agrupamiento de precios. Sin embargo, todas las empresas podrían estar mejor si pudieran coludir en una estrategia de desagregación, porque entonces podrían comprometerse a no ofrecer un descuento en el paquete, lo que aumentaría sus beneficios combinados. De este modo, para evitar posibles reducciones de poder de mercado, empresas multiproducto podrían ponerse de acuerdo (colusión) para adoptar también políticas de desagregación de productos, puesto que empresas que utilicen el *bundling mixto* podrían resultar más atractivas para los consumidores. Esta colusión podría igualmente extenderse eliminando el descuento del paquete sin que dicha práctica pudiera afectarles significativamente.

importantes entidades de crédito la posibilidad de adquirir el producto principal sin necesidad de suscribir los productos o servicios accesorios como planes de pensiones o contratos de seguros. Sin embargo, estos descuentos combinados pueden producir los mismos efectos anticompetitivos que los surgidos desde las venta vinculadas que condicionan la concesión del préstamo.

La existencia de efectos en la libre competencia emanados del *bundling mixto* (v.gr. crédito al consumo y seguro de protección de pagos, pudiéndose adquirir ambos por separado)¹⁰⁰⁰ y que se promocionan como paquetes en los que se aplica un descuento sobre el precio del producto principal, podrían apreciarse examinando si el precio de los productos por separado supera el precio de cada producto que integra el paquete, no existiendo eficiencias compensatorias para los consumidores. Cuando el paquete descontado no exceda del precio de venta, la conducta podría resultar contraria a la libre competencia si mediante aquélla se pretenda cerrar el mercado del producto vinculado (*substantial tied foreclosure share*)¹⁰⁰¹.

Tanto en uno como en otro supuesto, la vinculación puede tener como objeto o efecto la exclusión de la competencia en el mercado del seguro asociado. El efecto sobre el mercado se extendería no sólo a las entidades aseguradoras que por venta directa hubieran podido proveer dicha póliza, sino, igualmente, a los demás intermediarios de seguros como agentes y corredores que participan en la distribución. Estos efectos podrían ser duraderos en la mayoría de los casos en que la suscripción y mantenimiento del seguro condiciona la aplicación de un descuento sobre el precio de la operación financiera, pero, particularmente, muy elevados en los casos en que la entidad exigiera la suscripción de un seguro a prima única capitalizado previamente en el importe del préstamo o crédito¹⁰⁰². La ejecución de

¹⁰⁰⁰ Conforme a PINTO ÁLVAREZ, R., *El crédito de consumo en España...*, op. cit., pg. 86: «se podría destacar que en la actualidad, al haber desaparecido un gran número de ofertas de créditos rápidos, muchas entidades financieras, están ofreciendo créditos personales con unos menores intereses y unas condiciones mejores a las habituales (sin comisión apertura, sin comisión de gastos de estudio, comisiones de cancelación bajas, etc.) con la finalidad de captar clientes fieles. Para poder acceder a este tipo de oferta, se requiere de una mayor vinculación con la entidad financiera, en algunas promociones esto implica que quien lo contrata, también debe domiciliar su nómina, tres recibos mensuales, contratar una tarjeta de débito o crédito y hacerse con un seguro de protección de pagos».

¹⁰⁰¹ Vid. FELDMAN, R.C. *Defensive Leveraging in Antitrust...*, op. cit. pg. 1.

¹⁰⁰² Conforme señalan ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y VALLINA HOSET R., “Artículo 2 de la LDC: el abuso de posición dominante”, en BACHES OPI, S. (Coord.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Madrid, Editorial La Ley, 2010, pg. 10: «el art. 2.2.e) de la LDC califica de abusiva la conducta consistente en la subordinación de la celebración

vinculaciones abusivas puede poner en riesgo la estructura de la competencia en el sector del seguro, impidiendo su crecimiento, y obligando al mercado vinculado a asumir la constitución de estas prácticas por entidades de crédito que, conjuntamente, ostenten posición dominante en el mercado de banca minorista¹⁰⁰³.

No obstante, no todos los efectos de exclusión falsean necesariamente la competencia. La competencia basada en los méritos empresariales puede entrañar la desaparición del mercado o la marginación de los competidores menos eficaces y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, especialmente en cuanto a precios, oferta, calidad o innovación¹⁰⁰⁴. En este sentido, conforme se precisa en la Sentencia *Azko* (1991)¹⁰⁰⁵, el art. 102 TFUE prohíbe que una empresa que ocupa

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 dichos contratos (denominadas «ventas vinculadas» o «tying»). Esta conducta busca penalizar los casos en los que una empresa utiliza su dominio en un mercado concreto para obtener una ventaja competitiva en un mercado diferente. La vinculación entre productos también puede hacerse mediante la oferta de descuentos por la compra conjunta de productos que no guarden relación entre sí (mixed bundling), lo cual puede, en determinadas circunstancias, al igual que las ventas vinculadas, restringir la competencia en la medida en que produzca efectos de cierre de mercado o exclusión, precios discriminatorios, etc. De todo lo anterior se desprende que el tipo de prácticas que pueden considerarse abusivas es muy heterogéneo y no puede considerarse una lista cerrada. Lo anterior, unido a la falta de definición de lo que puede considerarse o no un abuso de posición dominante y la falta de una doctrina clara sobre que solo las prácticas con efectos restrictivos claro podían considerarse abusivas, podía llegar a causar una considerable inseguridad jurídica en las empresas. Para resolver este y otros problemas, la Comisión adoptó la Comunicación del 102 TFUE».

¹⁰⁰³ De acuerdo al estudio de MANTOVANI, A., *The Strategic Effect of Bundling...*, op. cit., pg. 37, el agrupamiento de productos podría ser eficaz incluso cuando una empresa de varios productos que vende dos productos complementarios compite con dos empresas de un solo producto, cada una distribuyendo una versión diferenciada de los productos. La agrupación, en este sentido, puede reducir la competencia cuando las marcas apenas se diferencian, y también resulta poco rentable cuando el grado de complementariedad entre productos es bajo. El *bundling*, además, tiene el efecto de aumentar el precio del paquete con respecto al precio de cada producto por separado. No obstante, conforme a los resultados obtenidos, el autor manifiesta que la empresa multiproducto no obtiene ganancias adicionales agregando productos, por el contrario, cuando las empresas compiten en los precios y el grado de presión competitiva es lo suficiente fuerte, surge el agrupamiento como una estrategia usual entre las empresas. En el momento en que aparece el agrupamiento, la competencia en el mercado es más débil y todas las empresas cobran sus productos a mayores precios. En este sentido, STREMERSCHE, S. y TELLIS, G., *Strategic Bundling of Products and Prices...*, op. cit., pg. 70, señalan que las investigaciones pasadas han considerado equivocadamente que el agrupamiento mixto es levemente superior al puro. Sin embargo, los autores afirman que el agrupamiento mixto es superior al puro únicamente en entornos altamente competitivos o cuando los precios de reserva del consumidor varían bastante. Además, indican que, para los nuevos productos, las estrategias de agrupamiento puro suelen ser mejores que las mixtas.

¹⁰⁰⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de noviembre de 2015 (nº. de recurso 119/2012), FJ 3º.

¹⁰⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991 (As. C-62/86, *AZKO Chemie BV*), consid. 70.

una posición dominante elimine a un competidor y refuerce de ese modo su posición recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos.

Estos medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos están asociados con toda clase de prácticas de distribución que alteran la regularidad de las condiciones conforme a las cuales se desarrolla la lucha concurrencial en el mercado del producto vinculado¹⁰⁰⁶. Al respecto, en la normativa de mediación de seguros encontramos una importante prohibición en el ejercicio de la mediación relativa a la imposición directa o indirecta de la celebración de un contrato de seguro [art. 5.2 e) LMSRP], infringido, a nuestro juicio, desde la práctica generalizada asumida por las entidades de crédito.

Esta limitación a los mediadores resulta fiel desarrollo de los arts. 1265 y 1268 CC, que disponen que: «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo»; así como que: «la violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en el contrato». De esta forma, no puede el mediador, como sujeto que pone en contacto a las partes del contrato de seguro, imponer la celebración del mismo. Si bien hay contratos de seguros de suscripción obligatoria como el seguro de automóvil o el seguro decenal de la construcción, el consentimiento contractual debe prevalecer en toda relación jurídica como un elemento esencial del contrato, quedando inalterada la libre voluntad del tomador para contratar con una u otra aseguradora¹⁰⁰⁷.

Las Directrices de Verticales refieren que la vinculación puede dar lugar a efectos de exclusión anticompetitiva en el mercado vinculante, en el mercado vinculado, o ambos a la vez¹⁰⁰⁸. La determinación del grado de exclusión depende del porcentaje vinculado sobre el total de ventas en el mercado del bien vinculado.

De acuerdo con la Comisión, existe vinculación cuando se da por lo menos una forma de imposición de cantidades al comprador sobre el bien vinculado. La vinculación, por otro lado, puede suponer una menor competencia para los clientes

¹⁰⁰⁶ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 372.

¹⁰⁰⁷ Vid. CASADO GARCÍA, R., *Análisis de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados...*, op. cit., pg. 37

¹⁰⁰⁸ Directrices de Verticales, apdos. 214-222.

interesados en comprar el producto vinculado pero no el vinculante. Añade la Comisión que la vinculación que no esté basada en la eficiencia supone un riesgo en el caso de compradores sin un poder de compra significativo.

En este punto se enmarcan los llamados «*precios supracompetitivos*»¹⁰⁰⁹, respecto de los que la Comunicación establece la posibilidad de que la vinculación permita que se produzca una discriminación de precios¹⁰¹⁰, o, en el caso de contratos de larga duración, que resulte difícil para los clientes calcular las consecuencias de la vinculación.

Acreditada la existencia de prácticas abusivas en el marco de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, para valorar el poder de mercado del proveedor es importante conocer la posición de sus competidores en el mercado del producto vinculante. En este sentido, cuando en el mercado concurren competidores lo suficientemente numerosos y pujantes no cabría esperar efectos anticompetitivos, dado que los clientes contarían con suficientes alternativas para adquirir el producto vinculante sin el vinculado, salvo en el supuesto de que los demás proveedores también estén aplicando sistemas de vinculación similares.

Las entidades de crédito operan en los mismos niveles de vinculación¹⁰¹¹, ya sea obligando al cliente a suscribirlos con una aseguradora previamente

¹⁰⁰⁹ Conforme expresa BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 360, existen tres situaciones por las que la vinculación también puede producir precios supracompetitivos: 1º «cuando los bienes vinculante y vinculado son particularmente sustituibles desde el punto de vista del comprador»; 2º «cuando la vinculación permite que se produzcan discriminaciones de precios en función del uso que haga el cliente del bien vinculado»; y 3º cuando en el caso de contratos a largo plazo o de contratos suscritos en un mercado secundario con respecto a un equipo original con un plazo de largo de sustitución (y en consecuencia normalmente con costes significativos de sustitución), resultaría difícil para los clientes calcular las consecuencias de la vinculación».

¹⁰¹⁰ De acuerdo a SCHMALENSEE, R., “Commodity bundling: the Gaussian case”, *Working paper (Sloan School of Management)*, 1981, pgs. 20 y 21, dado que el *bundling puro* requiere un tratamiento simétrico de los dos bienes o productos mientras que las ventas separadas no se exige, resulta más probable que sea más beneficioso para el consumidor. Estos beneficios derivados de las ventas vinculadas son más probables que los generados por el *bundling mixto*, siendo esta última una estrategia mucho más compleja de examinar, aunque, sin embargo, conforme al estudio publicado, siempre es más rentable que si los productos se vendieran por separado. El *bundling mixto*, refiere el autor, permite al vendedor reducir la heterogeneidad efectiva del comprador, alcanzando un alto margen de beneficio para cualquiera de los dos productos.

¹⁰¹¹ Haciendo un breve repaso, a fecha de la investigación (fecha de examen de condiciones de las cinco primeras entidades de crédito en nuestro país: 27/02/2017), de las condiciones de vinculación de contratos de seguro junto con préstamos hipotecarios a interés variable, disponemos de la información relevante: (1) Banco Santander: seguro multirriesgo del hogar y seguro de vida, ambos seguros obligatorios; (2) BBVA: seguros de hogar y seguro de amortización de préstamo, ambos opcionales con BBVA Seguros; (3) CaixaBank: únicamente comercializan hipotecas a tipo fijo con opción de bonificación mediante la suscripción de seguros de daños y de vida con la entidad

designada, o exigiendo, para aplicar los tipos de interés promocionados, la suscripción de uno o varios seguros, usualmente añadiendo un punto al diferencial que se suma al índice de referencia, lo que puede suponer un aumento en la cuota mensual entre cincuenta a cien euros. Por ello, las ofertas de descuentos en las operaciones de activo podrían constituir un apalancamiento para alcanzar objetivos comerciales de contratación de seguros, y que da lugar a otras prácticas igualmente dañinas para el mercado de seguros, como es la suscripción de Seguros de Prima Única Financiada (PUF)¹⁰¹², más comunes en los préstamos hipotecarios que en los préstamos personales.

No obstante, esta exigencia puntual de seguros por una entidad de crédito atendiendo a criterios de evaluación del riesgo y solvencia del cliente, no puede suponer un ataque a la libre competencia. Sin embargo, cuando la casi totalidad de entidades de crédito obligan o promocionan el precio de sus productos financieros dependiendo del número de seguros contratados, esta posición de fuerza que ostenta en el sector de banca minorista puede producir comportamientos discriminatorios en el mercado del producto asegurador. Esta conducta generalizada altera, no sólo el cumplimiento de un elemento contractual imprescindible como es la bilateralidad

SegurCaixa Adeslas, S.A., y VidaCaixa, S.A.U., con una diferencia del coste del préstamo si no se suscriben los citados seguros de 5.551 euros; (4) Bankia: seguro de daños comercializado por Bankia y con cesión de derechos a favor de la entidad, y para alcanzar el máximo de bonificaciones resulta necesario la suscripción de seguros de amortización de préstamo, así como otros seguros de salud, vida...; y (5) Banco Sabadell: seguro de vida, y seguro de hogar cuyo importe de la prima se incluye en el coste del préstamo.

¹⁰¹² De acuerdo al Criterio de la DGSFP titulado: «Seguros a prima única para la amortización de préstamos»: «En ocasiones, al prestatario se le exige, para la concesión del préstamo, la contratación de un seguro a prima única cuyo importe supone una carga financiera considerable, debido al dilatado periodo de aseguramiento (cobertura plurianual). Cuando se cancela el préstamo anticipadamente, el interés de la entidad de crédito en el seguro decae; sin embargo, si el asegurado resuelve el contrato y no se le devuelve la parte de prima única no consumida o la provisión matemática, se produciría un perjuicio injustificado, que supone una actuación contraria a las exigencias del equilibrio y de la buena fe contractual, y a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y la ley”. Con base en lo que antecede, el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones considera esta actuación inadecuada y contraria a las buenas prácticas y usos en el ámbito de los seguros privados, de acuerdo con la competencia reconocida por el artículo 62 Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y en el artículo 6 del Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros». Señala OLMEDO PERALTA, E., “La mala fe como causa de nulidad o denegación de registro en el Derecho Europeo de Marcas”, *Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*, tomo XXXIV (2013-2014), 2014, pg. 577, en relación al Derecho de Marcas, que: «el concepto de mala fe es más amplio que el de competencia desleal, puesto que pueden existir conductas de mala fe que no afecten a relaciones competitivas entre las partes».

en el contrato de seguro, sino, de un modo más extenso, la integración en el mercado común de competidores más eficientes.

Como indicamos, esta exigencia del aseguramiento puede resultar beneficiosa en situaciones especiales tanto para la entidad como para el consumidor final, dado que se garantiza el cumplimiento del contrato bajo condiciones de alto riesgo de insolvencia (v.gr. prestatario con reducidas posibilidades económicas, empleo temporal...) ¹⁰¹³. Sin embargo, en términos de competencia perfecta, la exigencia de obligaciones complementarias podría conllevar precios supracompetitivos, abusos en los contratos, o la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. En un mercado eficiente, la subordinación de productos no demandados por los clientes debería ser corregida por competidores más eficientes que supliesen tales requisitos y obstáculos en la contratación, aportando al mercado de banca minorista productos financieros de calidad ajustados a precios competitivos con nulas condiciones de vinculación ¹⁰¹⁴.

Sin embargo, la realidad comercial de las entidades de crédito opera en otro sentido. Los efectos de la vinculación y subordinación de seguros resultan muy intensos sobre la competencia en el mercado asegurador y de distribución de seguros, mercados caracterizados por su fragmentación, dinamismo e innovación.

¹⁰¹³ Conforme a DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 156, «la participación equitativa se define en el sentido de 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». Definición extraída de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (apdo. 85); De este modo, se indica en las Directrices, «acorde con el objetivo del artículo 81 de impedir los acuerdos restrictivos de la competencia, el efecto neto del acuerdo debe ser al menos neutro desde el punto de vista de aquellos consumidores que son afectados por el acuerdo de manera directa o con probabilidad consumidores. Si para dichos consumidores la situación empeora de resultados del acuerdo, la segunda condición del apartado 3 no se cumple. *Los efectos positivos de un acuerdo deben confrontarse con los negativos y compensar a estos últimos en cada mercado de referencia.* Cuando así es, el acuerdo no perjudica a los consumidores. Además, la sociedad en su conjunto sale beneficiada, cuando las eficiencias permiten o bien utilizar menos recursos para generar la producción consumida o bien producir bienes de mayor valor, lo que redundaría en una asignación más eficaz de los recursos».

¹⁰¹⁴ Conforme expresan MCAFEE, R.P. MCMILLAN, J. y WHINSTON, M., “Multiproduct monopoly, commodity bundling, and correlation of values”. *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 104, nº. 2, 1989, pg. 374, es importante distinguir cuando la empresa dominante puede o no puede controlar las compras. En este último supuesto, está efectivamente obligado a ofrecer un precio del paquete que no sea mayor que la suma de los precios de los bienes individuales, porque, de lo contrario, los consumidores nunca comprarían el paquete. Por otro, cuando sí le es posible controlar las compras (caso de la vinculación de seguros en el canal bancario), no se enfrentan a ninguna restricción ya que pueden impedir que los consumidores compren tanto el bien A como el B por separado.

Por otro lado, los efectos de exclusión en el mercado vecino podrían extenderse al ámbito supranacional, cerrando el acceso de nuevos competidores al mercado de seguros de amortización, de protección de pagos, e, incluso, al de seguros de hogar, lo que provocaría, asimismo, que los consumidores no pudieran beneficiarse de mejores productos aseguradores, y menos costosos¹⁰¹⁵.

De acuerdo a la Sentencia *Hoffmann-La Roche* (1979)¹⁰¹⁶, el Tribunal de Justicia manifiesta que «el hecho de que haya competencia, incluso fuerte, en un mercado dado no excluye la posibilidad de una posición dominante en ese mismo mercado, ya que dicha posición se caracteriza esencialmente por la capacidad de actuar sin necesidad de tener en cuenta, en su estrategia de mercado, esa competencia y sin sufrir, no obstante, los efectos perjudiciales de esa actividad». Al respecto, la Decisión que fue objeto de recurso declaró que la empresa explotó abusivamente su posición dominante al celebrar con 22 importantes compradores de vitaminas contratos de venta, mediante los cuales estos compradores se comprometían a obtener exclusivamente de *Roche* la totalidad o la mayor parte de sus necesidades de vitaminas, o que les incitaban a hacerlo mediante la promesa de bonificaciones que la Comisión califica de descuentos por fidelidad.

En virtud de la jurisprudencia citada anteriormente, estos descuentos por fidelidad asociados al número de vinculaciones contratadas por el cliente, en este caso, de seguros, puede ser considerados abusivos: (1) por sus efectos de exclusión, ya sea como medio para impedir la expansión de sus competidores o provocar el cierre de mercado (*foreclosure*); (2) por sus efectos discriminatorios injustificados sobre sus clientes; (3) así como por los efectos propios de la vinculación de productos, como el enmascaramiento de precios o los precios supracompetitivos, y que provocan, sobre estos supuestos, que el cliente tenga que adquirir el producto vinculado para atenuar el precio tan elevado del producto financiero¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁵ Al respecto, manifiesta BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia...*, op. cit., pg. 361, que: «un acuerdo de vinculación que dé lugar a precios supracompetitivos es considerado por la Comisión en sí mismo anticompetitivo (sin perjuicio de la posibilidad de argumentar que se beneficia de una exención con arreglo al apartado 3 del art. 101)».

¹⁰¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 (As. 85/76, *Hoffmann-La Roche AG c. Comisión*), consid. 70.

¹⁰¹⁷ Según ARRANZ PUMAR, G., *La problemática del préstamo hipotecario responsable en la Unión Europea*, Madrid, Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos, Instituto Español de Analistas Financieros, Fundación de Estudios Financieros, 2010, pg. 232: «Desde la perspectiva de la industria «tying» y «bundling» favorecen la relación a largo plazo con el cliente, permiten importantes economías de escala y como consecuencia abaratan el coste de las hipotecas. Además, en un negocio que se mueve con márgenes muy estrechos, a veces sólo si se

IV. Efectos sobre el mercado de banca minorista

1. Vinculación de productos como manifestación del poder económico en el mercado de banca minorista

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha manifestado, en diversas ocasiones, que la vinculación de productos es un medio óptimo para explotar el poder de mercado que posee una empresa que desee aprovechar esta estrategia para alcanzar ventajas en otros mercados distintos, ya sean vecinos, ascendentes o descendentes de su mercado dominado¹⁰¹⁸.

En el ámbito de aplicación del Derecho de Defensa de la Competencia, el art. 102 TFUE prohíbe tanto los abusos exclusionarios como los explotativos¹⁰¹⁹,

ofrecen otros productos vinculados pueden hacer rentable la actividad crediticia. Estas prácticas no deberían ser consideradas «per se» abusivas, en tanto no impliquen una posición de dominio prohibida por la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales (Directiva 2005/29/CE). Debe fomentarse la transparencia, informando claramente al consumidor del alcance de estas vinculaciones y de las ventajas que tiene el adquirir el paquete completo. El consumidor siempre podrá elegir otra entidad que no use estas tácticas. Por supuesto, también debe favorecerse la posibilidad de cambios de entidad prestamista, de forma eficiente y sin costes no justificados. En suma el «tying» y el «bundling» ofrecen notables ventajas para el consumidor, siempre que la transparencia y la libre competencia estén garantizadas».

¹⁰¹⁸ De acuerdo a *Comentarios al Discussion Paper on the application of Article 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses*, Asociación Española para la Defensa de la Competencia, pgs. 17 y 18: «La Comisión admite, al principio de su análisis de las prácticas de tying y bundling, que éstas son habituales y que no suelen tener efectos anticompetitivos (párr. 178). Añade que las empresas, sean o no dominantes, pueden suministrar con ello a sus clientes productos mejores y, en ciertos casos, en condiciones económicas más beneficiosas. Reconoce que se trata de prácticas fundamentales en varias actividades económicas que permiten ahorros de costes de producción, distribución y transacción, mejorando en ocasiones la calidad de los productos. Lo anterior muestra la voluntad de avanzar hacia un enfoque más económico, que se aleja del análisis tradicional que consistía en considerar este tipo de prácticas, cuando eran llevadas a cabo por empresas dominantes, prácticamente abusivas per se».

¹⁰¹⁹ Conviene aquí realizar una diferenciación entre abusos anticompetitivos y explotativos. Respecto a los primeros, están dirigidos a evitar la entrada de competidores potenciales al mercado o eliminar a los que concurren en un determinado mercado, lo que trae como consecuencia la exclusión de la competencia. En cambio, los abusos explotativos tienen como propósito beneficiarse ilícitamente de los consumidores, a quienes somete a precios excesivos, productos de escasa calidad, discriminación, condiciones no equitativas, o coacción de su libertad de elección obligándolos a comprar productos secundarios para adquirir a aquéllos los que verdaderamente necesitan. Vid. ROJAS, J.F., *El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional*, Perú, Universidad Católica de Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2008, pg. 99. Conforme indica DÍEZ ESTELLA, F., “El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE?”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, n.º. 242, 2006: «Como es sabido, bajo el Artículo 82 del Tratado CE se prohíbe sólo el “abuso”, no la creación ni el reforzamiento de una posición de dominio. Sin embargo, el Tratado CE no ofrece ninguna definición legal del abuso, sino que simplemente se limita a enumerar –de forma no exhaustiva, sino meramente ejemplificativa– una

por lo que se ha de examinar, caso por caso, cómo una empresa con posición dominante utiliza su poder de mercado. Resultaría natural, entendiendo el contexto de la prohibición, que las ventas vinculadas pudieran calificarse convenientemente como abusos cuando una empresa dominante utilizare esta estrategia para obtener ventajas que no podría alcanzar de cualquier otra manera¹⁰²⁰.

En este sentido, en la Sentencia *Commercial Solvens* (1974)¹⁰²¹, en relación a la negativa de suministro de aminobutanol al *Laboratorio Farmacéutico Giorgio Zoja*, el Tribunal de Justicia declaró que, «al prohibir la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, el artículo 86 contempla tanto las prácticas que puedan causar un perjuicio directo a los consumidores, como aquellas que les causen un perjuicio indirecto al afectar a una estructura de competencia efectiva, de acuerdo con la letra f) del artículo 3 del Tratado». Esta doctrina tuvo su importancia en la Sentencia *United Brands* (1978)¹⁰²², manifestando que «la prohibición de reventa impuesta a los maduradores autorizados *Chiquita* y la prohibición de revender plátanos sin marca -aunque el carácter perecedero del plátano restringiera en la práctica las posibilidades de reventa pasado un corto plazo- constituían innegablemente una explotación abusiva de una posición dominante, que limitaba

serie de ejemplos o categorías de conductas abusivas: (1) Artículo 82 (a), los abusos explotativos, que conllevan un perjuicio hacia los consumidores derivado de que la empresa en situación de dominio se aprovecha de su poder de mercado para imponerles precios excesivos u otras condiciones comerciales gravosas. Es una de las disposiciones de este precepto menos aplicadas en la práctica. (2) Artículo 82 (b), los abusos de exclusión, la categoría más importante de todo el precepto, y que abarca conductas como el cierre de mercado, en el que una empresa impide la entrada a nuevos competidores o dificulta la expansión de los ya existentes. Así, al reducirse aún más de lo que ya estaba limitada la competencia en ese mercado (debido a la presencia de una empresa en posición de dominio), es el consumidor quien sale perjudicado en última instancia. (3) Artículo 82 (c), la discriminación, cuyo alcance es mucho más limitado que la prohibición contenida en la *Robinson Patman Act* estadounidense, pero que ha sido empleada con profusión por parte de las autoridades antitrust comunitarias para prohibir y sancionar comportamientos de empresas dominantes que, al discriminar entre consumidores, o entre competidores, dejaban a unos en desventaja competitiva frente a otros. (4) Artículo 82 (d), la vinculación, las también llamadas ventas anudadas o tie-ins, consistentes en exigir, para la venta de un determinado producto (llamado producto principal), la adquisición por parte del consumidor de un segundo producto (llamado producto secundario) de la misma empresa. Evidentemente, pueden darse de forma simultánea –y de hecho es lo más frecuente en la práctica– diferentes tipos de abusos, como por ejemplo una política de precios discriminatorios y excesivos, o precios predatorios unidos a una política de vinculación de productos. En estos casos, ambos tipos de abusos se refuerzan y agravan mutuamente».

¹⁰²⁰ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 444.

¹⁰²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974 (Asuntos acumulados 6/73 y 7/73, *Commercial Solvens Corporation*), consid. 32.

¹⁰²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 (As. 27/76, *United Brands Company y United Brands Continentaal c. Comisión*), consid. 159.

los mercados en perjuicio de los consumidores y afectaba al comercio entre los Estados miembros, en particular al compartimentar los mercados nacionales».

Por tanto, la práctica de vinculación puede comprender: (1) un abuso explotativo consistente, fundamentalmente, en la negativa injustificada a contratar o a suministrar el producto principal sin el producto vinculado, provocando un efecto discriminatorio frente a los consumidores¹⁰²³, así como (2) un abuso anticompetitivo tendente a excluir o eliminar a sus competidores en el mercado del producto vinculado, alterando sustancialmente la estructura de la competencia. Ahora bien, la empresa dominante, mediante las ventas vinculadas, puede no estar interesada realmente en reducir la competencia en el nuevo mercado en el que va a participar, sino en obtener la mayor ventaja posible, sin que su conducta esté justificada objetivamente de acuerdo a los términos que se han expuesto en este estudio¹⁰²⁴.

En términos económicos, la vinculación participa en la comercialización como un elemento contractual muy deseable para las entidades de crédito, que han visto sustancialmente reducida la rentabilidad en sus préstamos hipotecarios a causa: (1) de la devolución generalizada de los intereses percibidos ilegítimamente a través de las denominadas «cláusulas suelo»¹⁰²⁵; (2) del mantenimiento del Euribor a doce meses con una tasa mensual en negativo desde el mes de febrero de 2016: y (3) a raíz del cumplimiento de la Circular 4/2016, de 27 de abril¹⁰²⁶, que

¹⁰²³ De acuerdo a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 223, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios ha sido frecuentemente examinada por la doctrina del TDC. Así, «este tipo de abuso es especialmente visible en situaciones de mercados conexos, en los que el producto o servicio dominado constituye un insumo o componente del producto o servicio del mercado vecino». Como comenta el autor, se trata de una modalidad extrema del abuso de discriminación.

¹⁰²⁴ Vid. ROJAS, J.F., *El abuso de la posición de dominio...*, op. cit., pg. 104.

¹⁰²⁵ De acuerdo a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 (As. acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

¹⁰²⁶ Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y

obliga a las entidades de crédito a asegurar la coherencia entre la clasificación contable de las operaciones en función del riesgo del crédito y su nivel de cobertura, así como el desarrollo de aquellas garantías reales y personales consideradas eficaces y los requisitos para determinar la valoración de referencia de las garantías reales, a efectos de la estimación de coberturas.

Esta situación ha conllevado que la mayoría de las entidades de crédito apuesten por las hipotecas a tipo fijo, buscando una mayor rentabilidad ante los reducidos tipos de interés, y que, igualmente, son demandadas por los consumidores por la amenaza de un posible incremento del Euribor¹⁰²⁷. Esta fijación de tipos de interés está suponiendo que la mayoría de entidades suban los intereses ente el 3% y 4% TAE¹⁰²⁸, de forma generalizada, todo ello con el propósito de buscar esa rentabilidad a base de la promoción de bonificaciones de productos o condiciones secundarias: domiciliación de nómina, utilización de tarjetas de crédito, o contratos de seguros. Esta práctica de vinculación también está asociada a tipos de intereses más reducidos en los primeros periodos de la operación a cambio de la contratación de los productos o servicios accesorios que requiere la entidad.

Con respecto a las hipotecas a tipo variable, esta situación puede conllevar una mayor subida de comisiones y vinculaciones, que dependerá de la previsión de pérdidas que englobe la eliminación de las cláusulas suelo, así como criterios más exigentes para la obtención de préstamos. Sobre este escenario, la venta combinada se convertirá en un instrumento importante de rentabilidad para las entidades de crédito, incluso una vez se transponga en nuestro ordenamiento la DCCC, que permite a las entidades, conforme se expone en el art. 7.3 del Anteproyecto¹⁰²⁹, exigir la suscripción del seguro cuando éste sirva de garantía a las operaciones de

reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos. BOE núm. 110, de 6 de mayo de 2016.

¹⁰²⁷ De acuerdo al INE, el 71,7% de las hipotecas constituidas en octubre de 2016 utiliza un tipo de interés variable, mientras que el 28,6 % de tipo fijo. El tipo de interés medio al inicio de la hipoteca para el total de fincas es del 3,08%, mientras que el plazo medio es de 22 años. Respecto, al tipo de interés medio, al inicio, para las hipotecas constituidas sobre viviendas es del 3,19%, un 3,5% inferior al registrado en octubre de 2015. Accesible en WEB (20/11/2017): <http://www.ine.es/daco/daco42/daco426/h1016.pdf>

¹⁰²⁸ Conforme se detalla en un artículo económico del portal de Cinco Días (27/02/2017), sólo cinco bancos conceden ya hipotecas fijas por debajo del 3%.

¹⁰²⁹ Art. 7.3 del Anteproyecto de la DCCC: «Igualmente, el prestamista podrá exigir al prestatario que contrate ciertos productos financieros establecidos por orden del Ministro de Economía y Competitividad, siempre que sirva de soporte operativo o de garantía a las operaciones de un crédito o préstamo».

un crédito o préstamo hipotecario, lo que puede equivaler a una venta vinculada que condiciona la concesión del producto, aunque se le conceda al prestatario la posibilidad de aportar una póliza de otra aseguradora distinta.

2. Creación de barreras de entrada a través de la vinculación y preservación de poder económico

Mediante los contratos vinculados una empresa dominante puede dificultar el acceso al mercado de nuevos competidores, lo que permite la preservación de su poder económico¹⁰³⁰. Esta situación puede aparecer en el mercado del producto vinculado por medio de la vinculación si dicho producto es complementario del principal y puede convertirse en competidor potencial de aquél¹⁰³¹. Con la práctica de la vinculación se puede evitar que los competidores del mercado vinculado puedan acceder al mercado principal, o en su caso, dificultarles dicha tarea, impidiendo, incluso, que puedan consolidarse en el mercado del producto complementario¹⁰³².

Desde una perspectiva histórica, han sido los grupos financieros los que han apostado por participar en el sector asegurador. En este sentido, en nuestro sistema financiero rige el sistema de especialidad y de separación de actividades, régimen regulatorio motivado por una necesaria separación y dispersión de riesgos, por la complejidad de su explotación, y para la salvaguardia de los derechos de los consumidores¹⁰³³. No obstante, es un hecho que parte del capital de las entidades de crédito esté controlado por entidades aseguradoras, lo que estrecha aún más sus

¹⁰³⁰ Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 448.

¹⁰³¹ *Ibidem.* cit., pg. 449.

¹⁰³² *Ibidem.* cit., pg. 450. De acuerdo a las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, apdo. 52: «La vinculación y la venta por paquetes puede dar lugar a efectos anticompetitivos en el mercado vinculado, en el mercado vinculante, o en ambos al mismo tiempo. Sin embargo, incluso cuando el objetivo de la vinculación o de la venta por paquetes es proteger la posición de la empresa dominante en el mercado vinculante, esto se hace indirectamente mediante el cierre del mercado vinculado. Además de los factores ya mencionados en el apartado 20, la Comisión considera que los siguientes factores son en general de importancia particular para identificar los casos probables o reales de cierre anticompetitivo del mercado».

¹⁰³³ Vid. VARGAS VASSEROT, C., *La contratación de seguro...*, op. cit., pg. 1325.

relaciones, fundamentalmente a la hora de tomar posiciones y adoptar una estrategia conjunta en relación al negocio de banca-seguros¹⁰³⁴.

En el marco de la actividad de banca-seguros, las entidades de crédito buscan usualmente alcanzar alianzas o acuerdos de distribución generales con entidades aseguradoras bien posicionadas en el sector asegurador, todo ello con el propósito de vincular sus productos financieros con productos aseguradores producidos por aseguradoras de larga trayectoria y prestigio. La asunción de estos acuerdos con importantes aseguradoras de nuestro país facilita a las entidades de crédito preservar el poder existente, provocando que las demás aseguradoras del sector no puedan acceder al canal bancario. Esta situación de mercado cautivo es más significativa cuando las entidades de crédito vinculan sus productos con seguros producidos por sus propias filiales aseguradoras, limitando la participación a otros proveedores y distribuidores¹⁰³⁵.

¹⁰³⁴ A estos grupos que constituyen conglomerados financieros, por ejemplo, cuando una entidad del grupo financiero pertenezca al sector de seguros y al menos otra al sector bancario, les son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero. Dichas entidades reguladas de los conglomerados financieros deberán respetar una serie de requisitos relativos a una supervisión adicional (art. 4). Para las entidades aseguradoras, conforme al art. 5.4 bis LOSSP, deberá ser objeto de consulta previa la autorización de una entidad aseguradora cuando la nueva entidad vaya a estar controlada por una entidad de crédito.

¹⁰³⁵ La jurisprudencia comunitaria ha analizado en profundidad aquellos casos en los que las empresas dominantes han reforzado su posición extendiendo su poder a otros mercados. Así, la Sentencia del TPI (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007 (As. T-201/04, *Microsoft Corp c. Comisión*), consid. 1347, en relación a la negativa de Microsoft de proporcionar a *Sun* información y la tecnología necesarias para permitir la interoperabilidad de sus sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo con el sistema operativo Windows para ordenadores personales clientes, declaró: «A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia debe señalar que varios documentos internos de Microsoft obrantes en autos confirman que utilizó, mediante el ejercicio de un efecto de palanca, su posición dominante en el mercado de los sistemas operativos para ordenadores personales clientes con el fin de reforzar su posición en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo»; y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983 (As. 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión*), consid. 58, acerca de: (1) al vincular a ella a los revendedores de neumáticos de los Países Bajos mediante la concesión, de forma individualizada, de bonificaciones selectivas en función de objetivos de ventas y de porcentajes de bonificación sin una confirmación clara por escrito, y al aplicarles condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y (2) al otorgar, en 1977, una bonificación extraordinaria sobre las compras de neumáticos para camiones, autobuses, etc. y de neumáticos para turismos supeditada al cumplimiento de un determinado objetivo de compras de neumáticos para turismos, el Tribunal de Justicia manifestó que: «El acceso directo a los usuarios y la calidad de los servicios que esta red está en condiciones de prestar a éstos permiten a NBIM confirmar y reforzar su posición en el mercado y defenderse mejor contra la competencia». En cuanto a este reforzamiento de la posición de las entidades de crédito, la STS (Sala de lo Civil) de 30 de noviembre de 2001 (nº. de recurso 2362/1996), FJ 2º, manifiesta: «Un mínimo conocimiento de la realidad social, a la que esta Sala no puede ni debe permanecer ajena (art. 3.1 CC), demuestra que en la práctica de los préstamos hipotecarios su concesión por los Bancos se condiciona a que los

3. Discriminación de precios en la banca minorista

Una empresa con posición dominante es plenamente consciente de que una reducción de la producción conlleva el aumento del precio de sus productos. A través de la vinculación, las entidades de crédito que operan con posición dominante en el mercado de banca minorista pueden subir el interés aplicable, obligando a los clientes a suscribir diversos productos o servicios bancarios para reducir el precio con el propósito de que aquéllos puedan obtener (bajo concesión de la entidad) el producto principal¹⁰³⁶. Esta conducta conduce a mayores beneficios en la comercialización de sus productos bancarios, y parte del hecho de que las entidades de crédito disfrutan de la ventaja de subir el precio de sus productos sin riesgo a perder su poder en el mercado del producto principal¹⁰³⁷.

El *bundling mixto de precio* o venta combinada sujeta a descuentos puede englobarse dentro de la discriminación de productos de segundo grado. La discriminación surge cuando la empresa dominante fija varios precios a diferentes clientes, por lo que su existencia concurre cuando un productor vende el mismo bien a diferentes precios por razones no relacionadas con diferencias en los costes¹⁰³⁸. De acuerdo a este ejercicio de poder de mercado, la empresa dominante tiene la posibilidad de cobrar varios precios diferentes por escalas o grupos diferentes de producción, de modo que le permite obtener ingresos adicionales sobre las unidades iniciales. No obstante, la empresa dominante, si bien conoce la demanda (sabe qué precios va a aplicar a cada grupo de consumidores), no le es posible identificar a qué grupo se asocia el consumidor que desea obtener el bien o producto, por lo que crea unos bloques consistentes en cobrar precios unitarios

prestarios concierten un seguro de vida o de amortización que refuerza notablemente la garantía; y además, que si el prestatario no concierta el seguro con la compañía que libremente elija, el propio Banco se ofrece a gestionarlo con una compañía a la que está negocial o societariamente vinculado, de suerte que a su interés en la garantía frecuentemente aparece unido el de aumentar el volumen de negocios común de ambas entidades mediante la concertación de seguros y el pago de primas por los prestatarios».

¹⁰³⁶ De acuerdo a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 265, cuando el objeto de la discriminación son los usuarios finales que no compiten entre sí, la discriminación de precios puede cualificar como abuso “innominado” dentro de la categoría general de las estrategias de cierre de mercado.

¹⁰³⁷ *Ibidem.*, cit., pg. 264: «uno de los ejemplos más claros de estas estrategias de discriminación encaminadas a la expulsión de competidores consiste en la concesión de descuentos o ventajas especiales en función de si los clientes contratan o no con empresas competidores (o si están o no expuestos al suministro de tales empresa competidores)».

¹⁰³⁸ Vid. MILLER, E. y MADDALA, G.S., *Microeconomía: Teoría y Aplicaciones*, México, Editorial McGraw-Hill, 1991, pg. 329.

diferenciados dependiendo de la cantidad que compran los consumidores, sin que éstos puedan revender el producto¹⁰³⁹.

Esta diferenciación de precios en escala debe ser injustificada, esto es, no ha de obedecer a una diferencia de costes, requiriéndose que aquélla tenga un impacto en la competencia que pretende falsear, y deje a una parte en situación de desventaja competitiva frente a otra¹⁰⁴⁰. En el marco de la normativa de defensa de la competencia la discriminación de precios está prohibida tanto en los arts. 101.1 d) y 102 c) TFUE, en relación a la práctica consistente «en aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva»¹⁰⁴¹.

La jurisprudencia comunitaria ha examinado multitud de supuestos de discriminación de precios. Al respecto, entre las resoluciones más conocidas,

¹⁰³⁹ Conforme expresa la Comunicación de la Comisión «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», apdos. 59 a 61, los descuentos multiproducto pueden ser tan nocivos contra la competencia como las ventas vinculadas, siempre que su afectación al mercado sea significativa («Un descuento multiproducto puede ser contrario a la competencia en el mercado vinculado o en el vinculante si es tan grande que los competidores con igual grado de eficiencia que sólo ofertan una parte de los componentes no pueden competir contra el paquete objeto del descuento»). En el apdo. 60 de la Comunicación, la Comisión Europea indica qué características debería ostentar el efecto del descuento: «En teoría, lo ideal sería que el efecto del descuento pudiera evaluarse examinando si los ingresos incrementales cubren los costes incrementales de cada producto del paquete de la empresa dominante. Sin embargo, en la práctica la evaluación de los ingresos incrementales es compleja. Así pues, en su práctica de control, en la mayor parte de las situaciones la Comisión utilizará el precio incremental como sustituto adecuado. Si el precio incremental que los clientes pagan por cada uno de los productos del paquete de la empresa dominante se mantiene por encima del LRAIC que supone para la empresa dominante la inclusión de este producto en el paquete, la Comisión no intervendrá por lo general puesto que un competidor con igual grado de eficiencia que sólo tenga un producto debe en principio poder competir de forma rentable con el paquete. Sin embargo, puede que proceda a un control si el precio incremental está por debajo del LRAIC, porque en tal caso se puede impedir la expansión o la entrada incluso de un competidor con igual grado de eficiencia».

¹⁰⁴⁰ Vid. DÍEZ ESTELLA, F., “Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, Expte. 412/97, BT/TELEFÓNICA)”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº. 208, 2000, pg. 13.

¹⁰⁴¹ De acuerdo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2012 (As. C-209/10, *Post Danmark A/S contra Konkurrencerådet*), consid. 30, «Además, a diferencia de lo que alega el Gobierno danés, que en este procedimiento presenta observaciones en apoyo de las pretensiones formuladas por el *Konkurrencerådet* en el litigio principal, la circunstancia de que una práctica de una empresa que ocupa una posición dominante pueda calificarse, como sucede con la política de precios controvertida en el caso de autos, de «discriminación de precios» -es decir, la aplicación de precios diferentes a clientes diferentes o a categorías diferentes de clientes para productos o servicios con idénticos costes o, a la inversa, la aplicación de un precio único a clientes respecto de los que varían los costes de la oferta- no puede, por sí sola, indicar la presencia de una práctica de exclusión abusiva».

pueden citarse: (1) la Sentencia *United Brands* (1978)¹⁰⁴² que declara que *United Brands*, informada por sus representantes locales, podía de hecho imponer su precio de venta al comprador intermedio, de modo que se había creado una compartimentación rígida de los mercados nacionales a unos niveles de precios artificialmente diferentes, que ocasionaba a ciertos distribuidores-maduradores una desventaja en términos de competencia, y que esta última resultaba así falseada con respecto a la situación que habría debido existir. Por lo tanto, «constituía una explotación abusiva de una posición dominante la política de precios desiguales, que permitía a *UBC* aplicar a quienes mantenían relaciones comerciales con ella condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, imponiéndoles una desventaja competitiva»; (2) la Sentencia *Aéroports de Paris* (2002)¹⁰⁴³, que desestimó el recurso de casación interpuesto, y por la que, de acuerdo a la Decisión 98/513/CE, se sirvió de su posición dominante como entidad gestora de los aeropuertos de París para imponer cánones comerciales discriminatorios en los aeropuertos de *Orly* y de *Roissy-Charles de Gaulle* a los agentes y usuarios que ejercen servicios de asistencia o autoasistencia en tierra relativos a la mayordomía aérea (incluidas las actividades de carga y descarga de alimentos y bebidas del avión), a la limpieza de las aeronaves y a los servicios de carga; y (3) la Sentencia *Hoffmann-La Roche* (1979)¹⁰⁴⁴, que declaró que «los contratos de exclusividad o los descuentos por fidelidad que se imputan constituyen una explotación abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado, por una parte, porque falsean la competencia entre productores al quitar a los clientes de la empresa en posición dominante toda posibilidad de elección en lo que respecta a sus fuentes de abastecimiento y, por otra parte, porque producen el efecto de aplicar a las empresas con las que mantienen relaciones comerciales, condiciones distintas para prestaciones equivalentes, colocándolas así en situación de desventaja en el terreno de la competencia, en el sentido de que *Roche* ofrece a dos compradores dos precios diferentes por una cantidad idéntica de un mismo producto según esos compradores acepten o no renunciar a abastecerse en los competidores de *Roche*».

Respecto a los préstamos hipotecarios (vinculados normalmente a seguros de vida, de daños, de protección de pagos o de amortización de préstamos), las

¹⁰⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 (As. 27/76, *United Brands Company y United Brands Continentaal c. Comisión*), consid. 204-234.

¹⁰⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de octubre de 2002 (As. C-82/01 P, *Aéroports de Paris*), consid. 17.

¹⁰⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 (As. 85/76, *Hoffmann-La Roche AG c. Comisión*), consid. 80.

entidades de crédito segmentan el mercado de la vinculación sobre dos modalidades de venta cruzada de productos: (1) las prácticas de *tying* y *pure bundling* (ventas vinculadas) que obligan al cliente a suscribir el contrato de seguro para obtener el crédito o préstamo hipotecario en las condiciones inicialmente convenidas; y (2) las prácticas de *bundling mixto de precio* (ventas combinadas) que consisten en ofertar tanto el paquete de productos aplicándole un descuento si el cliente también suscribe el contrato de seguro, así como la comercialización de cada producto por separado sin que se aplique sobre el préstamo ninguna forma de descuento.

El efecto más inmediato respecto al primer supuesto (venta vinculada) es la limitación en el derecho de elección del consumidor para poder aportar una póliza de seguro de un proveedor distinto del designado previamente por la entidad de crédito. Esta situación es más probable puesto que el cliente puede estar suscribiendo tanto una póliza con una cobertura poco óptima para sus necesidades, como un producto demasiado caro en relación con las pólizas ofertadas por la competencia¹⁰⁴⁵. En el segundo supuesto, las ventas combinadas entre el producto financiero y el seguro u otros productos ofertados por la entidad de crédito (planes de pensiones, productos financieros complejos...), pueden tener los mismos efectos nocivos que los producidos por la venta vinculada¹⁰⁴⁶. No obstante, se considerarán menos perjudiciales puesto que se deja la opción al cliente de contratar únicamente el préstamo o crédito, aunque, bajo ciertas circunstancias, podrían tener los mismos efectos de distorsión relativos a la elección de los consumidores¹⁰⁴⁷.

Respecto a los préstamos personales (vinculados normalmente a seguros de vida o de protección de pagos), la discriminación de precios no se manifiesta de manera tan notoria en comparación con los hipotecarios, aunque sí más dañina,

¹⁰⁴⁵ De acuerdo al apdo. 221 de las Directrices de Verticales, «el poder de compra es un factor pertinente, pues los clientes importantes no se verán fácilmente forzados a aceptar la vinculación sin obtener por lo menos una parte de las posibles eficiencias. Por tanto, la vinculación que no esté basada en la eficiencia supone fundamentalmente un riesgo en el caso de compradores sin un poder de compra significativo».

¹⁰⁴⁶ Conforme a GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 265, «en el primer escenario (mercados conexos) la doctrina de las autoridades españolas ha sido en general estricta, cercana al abuso per se y en línea con los casos resueltos bajo el artículo 6.2 c) de la LDC 1989».

¹⁰⁴⁷ Vid. *Background Note on Payment Protection Insurance*, European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), en castellano: «Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación», Frankfurt (Alemania), 2013, pg. 7. Conforme a FABRA PORTELA, N., *Ventas en lote y anudadas...*, op. cit., pg. 39, en relación a los remedios de las ventas por lotes, se debería permitir que el entrante pueda empaquetar el bien A del entrante con su bien B, así como limitar el descuento implícito en el lote.

dado que las entidades de crédito suelen solicitar la suscripción de un seguro en el momento de la petición del consumidor, incluyendo, usualmente, su importe en el capital prestado en concepto de prima única. Los efectos de la vinculación de estos préstamos pueden ajustarse a los de las ventas vinculadas (*tying o pure bundling*), por los que se comercializan dos productos por un precio fijo sin integrarlos ni venderlos separadamente¹⁰⁴⁸, y sin aplicar, además, ningún descuento sobre el precio del producto principal, lo que reduce cualquier compensación a favor del cliente.

Por otro lado, los efectos generados por la discriminación de precios, desde la perspectiva estrictamente económica, pueden resultar ambiguos y no se conocen bien¹⁰⁴⁹. En este sentido, cuando aumenta el volumen de producto, la discriminación puede resultar una mejor alternativa para los consumidores (bienestar social), dado que mediante esta práctica es posible evitar costes sociales e ineficiencias¹⁰⁵⁰. De esta manera, cuando el *bundling* se introduce en un mercado con competencia imperfecta, los beneficios obtenidos deben compararse con los efectos competitivos generados, por lo que la práctica puede tanto debilitar la competencia como intensificarla¹⁰⁵¹.

Este efecto de discriminación de precios¹⁰⁵² puede derivarse, igualmente, de la estrategia de *bundling* con precio implícito, que se define como aquella promoción por la que el precio de un producto está basado en multitud de efectos de precio que están presentes en los productos sin que se proporcione al consumidor un precio conjunto explícito (enmascaramiento de precios)¹⁰⁵³. A través de esta

¹⁰⁴⁸ Vid. BARRUTIA LEGARRETA, J.M. y ETXEBARRIA MIGUEL, C., *La paquetización hipotecaria en España...*, op. cit., pg. 2.

¹⁰⁴⁹ Vid. NALEBUFF, B., *Exclusionary bundling...*, op. cit., pg. 364.

¹⁰⁵⁰ Vid. DÍEZ ESTELLA, F., *Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones*, op. cit., pg. 19.

¹⁰⁵¹ Vid. STOLE, L.A., "Price Discrimination and Imperfect Competition", *Handbook of Industrial Organization*, 2005, pg. 66

¹⁰⁵² Conforme HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 459, «la vinculación permite computar ese uso, y consiguientemente, deducir del mismo la valoración y el precio de reserva de cada uno de los consumidores [...]. La doctrina ha identificado otra posible modalidad de discriminación, articulada a través de un contrato vinculado, que no parte del uso del bien, sino de la existencia de distintas preferencias entre los consumidores y en la que es posible, tanto que los bienes sean utilizados en proporciones fijas como, incluso, que la demanda de cada uno de ellos sea totalmente independiente».

¹⁰⁵³ Vid. BARRUTIA LEGARRETA, J.M. y ETXEBARRIA MIGUEL, C., *La paquetización hipotecaria en España...*, op. cit., pg. 1. La teoría del *bundling* de precio implícito fue originariamente desarrollada por MULHERN, F.J. y LEONE, R.P., "Implicit Price Bundling of

estrategia es posible captar a un mayor número de clientes al punto de venta y fomentar la comercialización de productos no promocionados¹⁰⁵⁴.

En este sentido, el agrupamiento puede jugar un papel importante en la discriminación de precios¹⁰⁵⁵, ya que diferentes paquetes de bienes y precios pueden atraer a diferentes clientes. Por ello, las empresas, mediante la utilización de esta estrategia, pueden maximizar sus beneficios, fundamentalmente aquéllas que ostenten poder de mercado. Sin embargo, no parece sencillo examinar las compensaciones o eficiencias que se derivan de las prácticas de ventas vinculadas (*tying* y *bundling puro*)¹⁰⁵⁶, puesto que, al contrario que el *bundling mixto* que

Retail Products: A Multiproduct Approach to Maximizing Store Profitability”, *Journal of Marketing*, Vol. 55, nº. 4, 1991, pgs. 65 y 66.

¹⁰⁵⁴ Vid. BARRUTIA LEGARRETA, J.M., y ETXEBARRIA MIGUEL, C., *La paquetización hipotecaria en España...*, op. cit., pg. 1.

¹⁰⁵⁵ Conforme a PELLISÉ CAPELL, J., en *La explotación abusiva de una posición dominante...* op. cit., pg. 454, «una discriminación consiste en tratar casos iguales de forma distinta. Por tanto, no hay discriminación cuando el trato diferente se funda en razones objetivas que hacen a un caso distinto de otro. Un ejemplo típico de discriminación contemplada en el mismo Tratado, es el de la discriminación por razones de nacionalidad que, en caso de ser realizada por una empresa en posición de dominio, tendrá muchas posibilidades de incurrir en el ámbito del artículo 82. Otro tipo cualificado es el recogido en el artículo 82.2 c) que consiste en “aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”. La práctica comunitaria, conforme a la línea antes apuntada, ha reconocido en varias ocasiones abusos en discriminaciones de efectos anticompetitivos, que han producido el efecto de situar a los discriminados en desventaja competitiva frente a los favorecidos».

¹⁰⁵⁶ De acuerdo a BARRUTIA LEGARRETA, J.M. y ETXEBARRIA MIGUEL, C., *La paquetización hipotecaria en España...*, op. cit., pgs. 2 y 3, los conceptos de podrían aplicarse de la siguiente forma de acuerdo a estos ejemplos: *Bundling puro* de precio («venta de dos productos por un precio fijo sin integrarlos ni venderlos separadamente», v.gr. préstamo personal junto con cuenta corriente) o de producto («venta de dos productos sin cambios con un precio de paquete y venta de productos separados a sus precios habituales», v.gr. domiciliación de la nómina con beneficios o descuentos en otros servicios bancarios); *bundling mixto* de precio («la empresa integra los productos y los vende solo con el paquete integrado», v.gr. préstamo personal junto con seguro de vida, o un depósito a plazo fijo) o de producto («la empresa vende el paquete a un precio especial y los productos separados a su precio normal», v.gr. los seguros denominados *Linked Unit* que incluye un fondo de inversión y un seguro de vida creando un nuevo producto, al mismo tiempo que es posible adquirir dichos productos por separado). La principal diferencia entre las estrategias de *bundling puro* y *mixto* radica en que, en el primero, los productos A y B no pueden adquirirse separadamente; mientras que el segundo supuesto puede adquirirse ambos productos A + B en un paquete usualmente con un precio hipotéticamente inferior al precio de cada producto por separado, o adquirirse ambos productos A y B, separadamente. Asimismo, la diferencia entre *bundling* de precio y de producto estriba en que mediante el primero se venden dos o más productos separados en un paquete con descuento y sin integración de los productos; mientras que mediante el segundo se define como la integración y venta de dos o más productos separados, sin considerar el precio.

posibilita al consumidor adquirir ambos productos por separado, las ventas vinculadas integran ambos productos en un mismo paquete¹⁰⁵⁷.

En el caso de productos aseguradores, la discriminación de precios puede reportar a las entidades de crédito importantes réditos ya sea como proveedora del seguro (filial aseguradora del grupo bancario o entidad aseguradora participada) o como perceptora de comisiones por su venta (acuerdos de distribución generales)¹⁰⁵⁸. La estrategia consiste en segmentar el mercado del producto financiero a determinados grupos de clientes según sus preferencias para adquirir, igualmente, el producto vinculado¹⁰⁵⁹. Este sistema reduce la heterogeneidad de los consumidores con el propósito de maximizar el *superávit*, e, igualmente, modifica las condiciones de mercado, dado que, ofertando el paquete con descuento, a las entidades de crédito únicamente les basta con subir el precio del producto principal para provocar que los consumidores, beneficiados económicamente por el agrupamiento, lo adquieran junto con el seguro¹⁰⁶⁰.

La discriminación de precios se practica, en términos de *bundling mixto*, a través de los denominados descuentos por fidelidad (*fidelity rebates*), examinados detalladamente por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Hoffmann-La Roche* (1976)¹⁰⁶¹, y que entran en el ámbito de prohibición de la norma de defensa de la

¹⁰⁵⁷ Vid. *Finance and Economics: A bundle of Trouble*, The Economist, Londres (Reino Unido), 2001.

¹⁰⁵⁸ Manifiesta en sus conclusiones HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 465, que, aunque la conducta de discriminación de precios no produzca efectos de gran entidad en el mercado del producto vinculado, no debemos olvidar que los contratos vinculados ostentan un especial potencial anticompetitivo que justifica una seria preocupación cuando sirven para consumir una política de discriminación de precios de efectos ambiguos sobre la competencia.

¹⁰⁵⁹ Vid. PODESTA, M., *Strategic Aspects of Bundling*, Montpellier (Francia), Centre de Recherche en Economie et Droit de l'Energie, Université de Montpellier I, Faculté des Sciences Economiques, 2008, pg. 12.

¹⁰⁶⁰ Por otro lado, de acuerdo a ECONOMIDES, N., "Mixed Bundling in Duopoly", *Discussion Paper*, EC-93-29, 1993, pg. 14, si bien el *bundling mixto* es una estrategia que genera beneficios a los monopolistas, cuando los productos no son correlativos o no son sustitutivos muy cercanos, el uso de este modelo conduce a menores beneficios en comparación con los aquéllos originados cuando dicha estrategia no se aplica. En el caso de los duopolios, comenta el autor, las restricciones a los *bundling mixtos* son equivocadas, dado que las empresas competirían más intensamente y obtendrían beneficios más reducidos.

¹⁰⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 (As. 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*), consid. 80: «Los contratos de exclusividad o los descuentos por fidelidad que se imputan constituyen una explotación abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado, por una parte, porque falsean la competencia entre productores al quitar a los clientes de la empresa en posición dominante toda posibilidad de elección en lo que respecta a sus fuentes de abastecimiento y, por otra parte, porque producen el efecto de aplicar a las empresas con las que mantienen relaciones comerciales, condiciones distintas para prestaciones equivalentes, colocándolas así en

competencia [arts. 101.1 d) y 102 c) TFUE]¹⁰⁶² relativa a «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».

Desde la estrategia del agrupamiento mixto (ventas combinadas), las entidades de crédito ofrecen sus productos vinculados a otros secundarios y esperan a que los consumidores revelen su disposición a adquirir el producto financiero principal¹⁰⁶³. En el momento de la negociación, por criterios de solvencia, sean supuestos o no, el personal de la entidad requiere al cliente la suscripción de uno o varios seguros para garantizar el cumplimiento de la operación¹⁰⁶⁴. Los descuentos

situación de desventaja en el terreno de la competencia, en el sentido de que Roche ofrece a dos compradores dos precios diferentes por una cantidad idéntica de un mismo producto según esos compradores acepten o no renunciar a abastecerse en los competidores de Roche».

¹⁰⁶² Vid. DÍEZ ESTELLA, F., *La discriminación de precios en el derecho de la competencia*, Madrid, Editorial Civitas, 2003, pg. 251. El autor manifiesta que: «[...] la discriminación de precios también se parece a los acuerdos de fijación de precios en que ambos son subespecies de una categoría más general, la de los acuerdos colusorios. Así, aunque la aparición más frecuente de los precios discriminatorios en la práctica reviste la forma de abuso de posición dominante, también pueden darse como un acuerdo de los del tipo del artículo 81 del Tratado de la UE».

¹⁰⁶³ En los supuestos de vinculación de créditos al consumo, como hemos indicado, las entidades suelen vincular directamente la concesión del crédito o préstamo personal con la suscripción de los seguros exigidos (*tying*), lo que puede perjudicar seriamente la estructura de la competencia, cerrando el mercado a los demás competidores del mercado de seguros.

¹⁰⁶⁴ En este sentido, Resolución del TDC de 3 de abril de 2007 (Expte. 2545/04), FJ 3º: «La letra e), del núm. 2, del art. 6 LDC considera abuso de posición dominante 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. En el caso de autos, Ferrocarril de Sóller vende el input tren tanto sólo como conjuntamente con el input barco (Barcos Azules), por lo que más que ante un supuesto de empaquetamiento o bundling puro estamos ante una práctica de empaquetamiento o de bundling mixto. A estos efectos de la prohibición, es absolutamente trascendente la condición de Ferrocarril de Sóller S.A. de empresa concesionaria de una infraestructura de servicio público, que explota en régimen de exclusiva desde principios del Siglo XX, que ha sido prorrogada sin concurso público en el año 2005 por otros 50 años. Así instalada en el mercado, consciente de que su input es irreplicable por los competidores y no sustituible por las agencias de viajes por otros medios de transporte alternativos, se apalanca en su input para tratar de obtener (a corto plazo) una ventaja competitiva frente a su competidor (formalmente, de Barcos Azules) Tramontana en la comercialización del input tramo marítimo de la Vuelta a la Isla. Pero incluso en el supuesto de que no se considerara, en este caso y por las particulares circunstancias que concurren en el input tren, la misma práctica de bundling mixto como una conducta constitutiva de abuso de posición dominante, no cabe duda que la venta conjunta de ambos inputs a las agencias de viajes mediante presiones constituye una conducta prohibida por el art. 6 LDC, en tanto que limita su libertad de elegir, distorsionando la competencia entre las que contratan el paquete Ferrocarril de Sóller-Barcos Azules y aquellas que contratan el paquete Ferrocarril de Sóller-Tramontana, ya que estas últimas no tendrán garantizadas las mejores horas en el tren para una explotación racional de la excursión turística intermodal Vuelta a la Isla, que es el mercado relevante afectado por la conducta imputada. Pero para calificar una conducta como de abuso de posición dominante es, además, necesario probar que ha producido o es potencialmente

por fidelidad se ajustan a esta actuación discrecional de la entidad a la hora de conceder el producto financiero, por lo que la vinculación depende de la situación económica del cliente y de la intención (necesidad) de aquél de adquirir el producto financiero en las condiciones exigidas por la entidad¹⁰⁶⁵.

En el ámbito de los préstamos hipotecarios y personales, la cuantía de la operación y los intereses aplicados al préstamo resultan cruciales para fomentar la vinculación. De este modo, la desproporción de precio entre el producto vinculado y el principal revela que el cliente estaría dispuesto a aceptar la suscripción de otros productos o servicios si la entidad valida las condiciones del producto financiero. Existe, por ello, en la relación comercial una situación de dependencia que desvela a la entidad qué clientes estarían dispuestos a suscribir sus productos y servicios accesorios¹⁰⁶⁶.

Dentro de la promoción comercial, las entidades ofrecen habitualmente (cuando no se promocióne la venta vinculada) al cliente dos posibilidades: (1) la adquisición del producto financiero y del seguro de forma separada; y (2) el paquete de productos a un precio rebajado. Cuando el consumidor de banca minorista no obtiene de las empresas del mercado el producto o servicio financiero sin vincular, o a un precio óptimo que no le obligue a suscribir otros productos secundarios, esta situación podría ser objeto de examen si no se acredita por parte de la entidad una compensación en términos de eficiencia a favor de los consumidores¹⁰⁶⁷.

apta para producir estos efectos restrictivos, ya sea en el acceso al input tren o/y sobre el normal desarrollo de la lucha competitiva en el input tramo en barco de la Vuelta a la Isla».

¹⁰⁶⁵ De acuerdo a las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, apdo. 59: «un descuento multiproducto puede ser contrario a la competencia en el mercado vinculado o en el vinculante si es tan grande que los competidores con igual grado de eficiencia que sólo ofertan una parte de los componentes no pueden competir contra el paquete objeto del descuento».

¹⁰⁶⁶ Sobre esta situación de dependencia económica, el art. 16 LCD prohíbe «el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada».

¹⁰⁶⁷ Por otro lado, como refiere HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 463, «los beneficios más elevados que obtiene el monopolista no son consecuencia de una extensión o refuerzo de su poder de mercado sino, que la discriminación en los precios consiente, simplemente, al monopolista la posibilidad de disfrutar y aprovechar el poder del que ya dispone».

V. Limitaciones en los derechos de elección del consumidor

1. Percepción del consumidor ante las ventas vinculadas y combinadas

La vinculación de productos en el canal bancario está diseñada para que el cliente suscriba los productos aseguradores promocionados por la entidad de crédito, de forma que a éste no le sea posible cumplir con las condiciones exigidas (ya sea para cursar la concesión o para beneficiarse de las bonificaciones ofertadas) por la entidad sin aceptar este contexto de dependencia. En este sentido, la percepción del cliente está relacionada, intrínsecamente, con el precio y la necesidad de la concesión del producto financiero, minusvalorando el coste del seguro¹⁰⁶⁸.

Esta valoración surge desde el inicio de la negociación con el cliente y está relacionada con los objetivos individuales de cada consumidor (*approach versus avoidance*)¹⁰⁶⁹. Desde un punto de vista económico, el *bundling* ha sido una herramienta inmejorable para promover la venta de bienes y servicios. No obstante, esta estrategia podría repercutir negativamente en el consumo dado que es muy fácil enmascarar el coste de los productos individuales dentro de un paquete. Esta situación de confusión sobre el coste real de los productos produce que los clientes

¹⁰⁶⁸ Vid. AA.VV., *Malas Prácticas Bancarias*, LUNAS DÍAZ, M.J. (Dir.), Madrid, Formación Ausbanc, 2002, pg. 295, que expresa: «El conocimiento por parte del consumidor, del carácter de mera cláusula contractual de este tipo de seguros provoca, como es lógico, una reacción contraria al mismo. El asegurado comienza a percibir este seguro como un gasto más, y como una imposición indebida, casi fraudulenta y trata de buscar vías para su resolución. Sin embargo, las entidades de crédito, para “fidelizar” al consumidor con la compañía aseguradora (que en muchos casos pertenece a su mismo grupo empresarial), suelen incluir en el clausulado del contrato principal (préstamos, créditos...) el impago de la prima del seguro como una de las causas de vencimiento anticipado». Por ello, continúa el autor (pg. 299), «existe una evidente ventaja competitiva de las compañías aseguradoras pertenecientes al grupo económico de las entidades de crédito respecto del resto de compañías, no vinculadas a las mismas, ya que son expulsadas del mercado asegurador en este ámbito, lo que conlleva la transgresión de los principios de igualdad y libre competencia impuestos en nuestro texto Constitucional». Desde la perspectiva de los costes del producto principal. Vid. ROBLES ELEZ-VILLARROEL, J.F., *Prácticas incorrectas y condiciones abusivas en las Operaciones Bancarias*, Madrid, Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias, S.L., 1994, pg. 64: «La entidad no impone, pero presiona al cliente con argumentos que aunque válidos y que probablemente responden a la realidad, le llevan a la conclusión de que el seguro es necesario para obtener una rápida concesión y un tipo de interés más beneficioso, algo que van buscando la mayoría, por no decir todos, los clientes que solicitan una financiación».

¹⁰⁶⁹ Vid. SETT, R.K., “A Product and a Price Bundle in an Efficient Choice Set: How Do Choice Framing and Goal Orientation Influence Preferences?”, *Journal of Marketing Theory and Practice*, Vol. 22, 2014, pg. 290.

estén menos preocupados sobre el precio del contrato de seguro en comparación con su suscripción de forma separada e independiente¹⁰⁷⁰. Por este motivo, el agrupamiento (tanto ofertando el producto vinculado como obligando a su suscripción) puede conllevar a una disociación psicológica (*decoupling*), de forma que los costes se vuelvan menos relevantes en la toma de decisiones del consumidor¹⁰⁷¹, fundamentalmente cuando el importe del seguro se incluye en el capital prestado.

Los consumidores, por lo general, creen que el agrupamiento implica la aplicación de un descuento real en la venta. Con respecto a los seguros, el hecho de que la mayoría de entidades de crédito que no vinculan directamente utilicen el seguro como un instrumento de bonificación de precio, les induce a pensar que el producto vinculado *per se* repercute positivamente en el precio final del producto financiero. Esta realidad comercial podría perjudicar, de forma severa, tanto al deseo individual de obtener información sobre el coste real del paquete de productos, como el asesoramiento prestado por el personal de las entidades, cuyos objetivos son, evidentemente, la maximización de beneficios¹⁰⁷².

En la mayoría de las ocasiones, el cliente bancario suscribe el seguro designado por la entidad que actúa, a su vez, como OBS. Cuando, en situaciones de crisis económica y de morosidad, la concesión del crédito supone un privilegio para el cliente que lo solicita, las entidades de crédito desean garantizar la operación para asegurarse el cobro de la deuda mediante la contratación de seguros, especialmente

¹⁰⁷⁰ Vid. GOURVILLE, J. y SOMAN, D., "The potential downside of bundling: How packaging services can hurt consumption", *Cornell Hotel and Restaurant Administration Quarterly*, Vol. 58, 2001, pg. 37.

¹⁰⁷¹ *Ibidem.*, cit., pg. 32.

¹⁰⁷² Vid. VARGAS VASSEROT, C., *El contrato de seguro en el marco de la actividad bancaria...*, op. cit., pg. 1330: «Además, hay un factor para la venta de seguros que tienen las entidades de crédito en nuestro país,: la confianza del público en la fortaleza del sistema bancario, Todo esto hace que la banca sea un canal muy competitivo para la mediación de seguros, máxime cuando las entidades de crédito son capaces de sacrificar parte de la comisión por la intermediación en el seguro y, por tanto, bajar el precio final del producto para lograr que el cliente no contrate fuera de ningún servicio financiero» «[...] la venta de seguros conlleva una serie de riesgos para el consumidor, que en ocasiones no sabe qué tipo de producto financiero está adquiriendo, que no recibe un trato especializado y al que muchas veces se le impone el seguro como medio para contratar otra operación principal (por ejemplo, un crédito). También son innegables que los vínculos empresariales entre la entidad aseguradora y la entidad de crédito mediadora no ayudan al cliente ni a la hora de contratar el seguro (incumplimiento de obligaciones formales, imposición del seguro, etc.), ni a la hora de exigir el pago de la indemnización o satisfacción del capital o renta pactado si acontece el evento previsto en el contrato, ya que cualquier pago que hace la aseguradora repercute finalmente en las cuentas globales del grupo».

a través de la suscripción de seguros de amortización de préstamos en su modalidad de seguros de vida (fallecimiento, invalidez...). Este sistema puede generar malas prácticas bancarias y de dudosa legalidad como la inclusión en los préstamos de cláusulas que obligan al prestatario a mantener en vigor el seguro o seguros inicialmente suscritos durante toda la vida del préstamo¹⁰⁷³, así como la cesión de derechos al acreedor hipotecario sobre la indemnización; actuación que excede sobremanera de los derechos que le atribuye la LCS¹⁰⁷⁴.

Si bien es posible que las entidades de crédito requieran al cliente la suscripción de un seguro de daños o de vida para garantizar el cobro de la deuda en caso de desaparición del inmueble o del fallecimiento del titular del préstamo, esta posibilidad no es infinita, sino que, únicamente, es aplicable sobre aquellos supuestos en los que, una vez examinados, se derive una alta probabilidad de insolvencia e incumplimiento por parte del prestatario. De lo contrario, podría extenderse, con cargo del coste total para el cliente, a multitud de garantías complementarias que pudieran resultar exigidas por la entidad para autorizar la concesión de un crédito o préstamo, o, incluso, para cualquier otro producto o servicio financiero.

La constitución desde hace décadas de los actuales sistemas de vinculación de productos en el canal bancario ha llevado a que los consumidores entiendan que la obligación de contratar un seguro del ramo de la entidad es una operación habitual y que, por tanto, no existe ningún impedimento legal para que así se exija. Resulta absolutamente lógico, por otro lado, que el mismo prestatario garantice adicionalmente, mediante una póliza, la desafortunada circunstancia de que su familia se hiciera cargo de la deuda en caso de fallecimiento, importe que tendrían que soportar íntegramente si no existiera seguro.

¹⁰⁷³ Vid. MAGRO SERVET, V., “¿Es posible que las entidades bancarias anuden a una póliza de préstamo hipotecaria una póliza de seguro sobre el inmueble de forma preceptiva e inseparable al contrato?”, *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, 2011. En este sentido, el autor defiende que: «no puede pretenderse que la entidad o caja de ahorros exijan al prestatario que la póliza de seguro en ambos casos se firme con ellos. Sería admisible, posiblemente, que en el inicio de la vida del contrato se adicione una póliza de seguro de vida o de vivienda, pero que el prestatario podrá, en cualquier caso y tras el transcurso del primer año, cambiar de compañía aseguradora y ofrecerle una suscripción con la que interese. En cualquier caso, no consideramos cláusula abusiva esta exigencia de que el prestatario tenga que afrontar ambas pólizas, tanto la de vida, como la de vivienda, ya que sirve para garantizar el prestamista la indemnización en el caso de un siniestro que pueda impedir al prestatario (o su familia en caso de fallecimiento) responder de la deuda existente. Lo que no consideramos válido es que la entidad bancaria o la caja de ahorros obliguen al prestatario a que estas pólizas se suscriban con éstos y no con los terceros que elija o seleccione el prestatario».

¹⁰⁷⁴ Vid. Criterio de la DGSFP titulado: «*Seguros de daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios*».

Ahora bien, teniendo en cuenta la utilidad del contrato de seguro, cuya ejecución garantiza la amortización del préstamo, cumpliéndose por el cliente las condiciones de solvencia exigidas por la entidad, la obligación de suscribir garantías adicionales a su único cargo podría suponer un desequilibrio entre las partes, así como una sumisión a la situación de dependencia instrumentalizada por la entidad. Así, el cliente se dirige a una entidad de crédito para obtener el producto financiero y no otro bien o servicio, ya sea un seguro o un plan de pensiones. Pretende alcanzar gracias al mercado de banca minorista un producto que se ajuste a sus necesidades de financiación, y es, en ese momento, cuando la entidad evalúa previamente las condiciones de solvencia del cliente (nómina, garantías...) para deducir si su capacidad económica, y la garantía inmobiliaria que aporta en su caso, resultan suficientes para enfrentarse al abono de las cuotas correspondientes. En un mercado de banca minorista eficiente, no tendría sentido que las entidades obligaran al prestatario a suscribir seguro alguno, y sería tarea de una competencia normal ofertar productos financieros sin ningún tipo de vinculación.

No obstante, requerido el cliente a suscribir el seguro o seguros que garantizan contingencias como el desempleo, el fallecimiento o la invalidez, la entidad de crédito oferta el suyo propio como parte de una práctica eficiente de distribución de bienes y servicios. El cliente, consciente de que su poder ante la entidad es reducido y depende de la discrecionalidad de la contraparte a contratar, muestra evidente de la autonomía y de la liberalidad que debe presidir las relaciones comerciales¹⁰⁷⁵, suscribe el contrato de seguro ya bonifique aquél o no el precio del producto financiero. Esta actuación persistente de la entidad de crédito de adoptar

¹⁰⁷⁵ Este principio no es absoluto y puede ser ponderado por las autoridades de competencia. Al respecto, JIMÉNEZ APARICIO, E., "Los contratos de venta en exclusiva en el ámbito comunitario", *Anuario de Derecho Europeo*, 2001, pg. 20, advierte que: «en efecto, el principio general de autonomía de la voluntad que recoge el artículo 1.255 del Código Civil está limitado ya desde su origen por lo que dispongan «las leyes, la moral o el orden público». Este principio, que, como es sabido, no está recogido literalmente en la Constitución, debe en su caso reconducirse, por un lado, a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución) y, por otro, a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado del artículo 38 del mismo texto constitucional. Esta libertad de actuación empresarial no sólo tiene límites extrínsecos resultantes del respeto y la necesaria ponderación a los derechos de terceros (por ejemplo, consumidores y usuarios: artículo 51 de la Constitución), sino también límites intrínsecos resultantes de la propia configuración de la libertad como valor atribuible a todas las personas, lo que obliga a ponderarla en cuanto éstas deben ponerse en directa relación unas con otras. Del mismo modo, en el ámbito del Derecho europeo las libertades esenciales en las que se basa la Unión Europea (la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales: artículos 23 y 39 y ss. CE; antes artículos 9 y 48 y ss. del TCE) obligan a regular también de manera escrupulosa la actuación dentro del libre mercado para favorecer precisamente que esa libertad tenga lugar impidiendo las prácticas que restrinjan la competencia y, por lo mismo, limiten tanto la libertad de elección de los ciudadanos como la libertad de oferta por parte de las empresas».

la vinculación de sus productos a la contratación de seguros como una política esencial podría reducir sustancialmente las posibilidades de elección del consumidor, respecto del número y naturaleza del seguro exigido y sus condiciones contractuales (encarecimiento del producto vinculado y cláusulas abusivas), como por el hecho de que no pueda aportar a la entidad una póliza de seguro producida por una aseguradora diferente.

2. Cláusulas de mantenimiento del seguro y de cancelación anticipada del producto financiero

Entre estas condiciones contractuales a las que se hacía mención *supra*, una de las cláusulas más discutidas son aquellas que vinculan el préstamo hipotecario con la suscripción y mantenimiento de un seguro de daños o de vida durante toda la vida del préstamo, penalizando su cancelación o el impago de una prima con el vencimiento anticipado¹⁰⁷⁶.

De acuerdo al Tribunal Supremo, en relación con la resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias, cláusula declarada nula, «la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo»¹⁰⁷⁷. En este sentido, el Alto Tribunal manifiesta que: «la resolución recurrida razona con acierto en el sentido de que, además de que de la cláusula se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, la misma resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial

¹⁰⁷⁶ En consonancia con DEL ESTAL SASTRE, R., *Vinculación entre contrato de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 62, «realmente, no podemos imaginar un incumplimiento más irrelevante –que pueda comportar la cancelación anticipada del préstamo- que el que corresponde a una obligación inexistente, desde el momento en que puede prescindirse, por las razones que se han apuntado *supra*, de la contratación de un seguro de vida de amortización del préstamo como algo vinculado al mismo. Máxime cuando, en el caso que da origen a la consulta formulada, el consumidor cumplió religiosamente con el pago de las primas de dicho seguro mientras estuvo en vigor, es decir, cuando nunca existió el más mínimo incumplimiento. Razón por la cual la amenaza, cual espada de Damocles, de la resolución anticipada del préstamo hipotecario por la entidad de crédito, debe ser calificada como abusiva».

¹⁰⁷⁷ STS (Sala de lo Civil) de 16 de diciembre de 2009 (nº. de recurso 2114/2005), FJº. 10.

relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida»¹⁰⁷⁸.

Igualmente, con motivo de la misma resolución, el Tribunal Supremo declaró nula la cláusula plasmada habitualmente en las escrituras de préstamo hipotecario consistente en la facultad otorgada a la entidad de resolver anticipadamente el contrato cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resultara disminuida su solvencia por cualquier causa. El término de «solvencia» del prestatario podría relacionarse con la cancelación por parte de aquél del seguro suscrito junto con el contrato bancario, y que garantiza el incumplimiento del pago de las cuotas, afectando, en definitiva, a los criterios de solvencia exigidos discrecionalmente por la entidad. El Alto Tribunal declaró nula la citada cláusula por cuanto produce un manifiesto desequilibrio contractual, lo que evita que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario pudiera ser utilizada por la entidad para ejercitar la facultad resolutoria contractual¹⁰⁷⁹.

En términos de defensa de la competencia, una entidad o entidades de crédito que ostentasen posición dominante en el mercado podrían limitar, mediante esta práctica, las fuentes de abastecimiento de los clientes respecto a sus competidores en el mercado de seguros (eliminación total o parcial). De igual forma, a través de la práctica concertada o conscientemente paralela (cualquier comportamiento o conducta uniforme y común a varias empresas, conscientemente

¹⁰⁷⁸ Sentencia, ut supra cit., FJº. 20. A esto se añade el hecho de que: «la argumentación de la resolución recurrida resulta conforme con la doctrina jurisprudencial más reciente SS. 9 de marzo de 2.001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008, que solo admite la validez de la cláusula de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes. Además, de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio».

¹⁰⁷⁹ Sentencia, ut supra cit., FJ 11º. No obstante, de acuerdo a MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, Editorial Reus, 2012, pgs. 240 y 241, únicamente podrán ser declaradas nulas aquellas cláusulas que vinculen la suscripción de un seguro producido por la entidad aseguradora del grupo bancario o aseguradora designada previamente por la entidad, y no sobre pólizas aportadas por los propios prestatarios para cumplir con las exigencias de concesión de la entidad de crédito. Por otro lado, la STS (Sala de lo Civil) de 12 de diciembre de 2008 (nº. de recurso 2027/2008), dictada un año antes de la STS de 16 de diciembre de 2009, confirmaba la resolución objeto de recurso de casación que manifestó que la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota de la prima del seguro alegada no se ajustaba al interés casacional dado que la Sentencia aducida no constituida de acuerdo al art. 6.1 CC. En cualquier caso, estas discrepancias fueron salvadas con motivo de la publicación de la Sentencia de 16 de diciembre de 2009, antes reseñada.

coordinada y ejecutada con la intención de limitar o falsear la competencia¹⁰⁸⁰), las entidades de crédito podrían falsear la competencia en el mercado conexo de seguros obligando a sus clientes a permanecer atados a la filial aseguradora o a la aseguradora con la que hubieren celebrado acuerdos comerciales, cerrando el mercado del seguro y penalizando al consumidor que desee resolver el contrato de seguro bajo amenaza de resolución anticipada del producto financiero.

3. Obligación de suscribir la póliza con la entidad aseguradora designada por la entidad de crédito

La cuestión más importante que se ha debatido estos últimos años ha sido la afectación que ha tenido la comercialización de seguros producidos por filiales aseguradoras o aseguradoras afines en los derechos de los consumidores y usuarios¹⁰⁸¹. En referencia a este debate surge la práctica habitual de vincular la contratación de sus productos financieros junto con seguros mediados por sus OBS, como condición tanto para la concesión de la operación como para la obtención de descuentos en el precio del producto principal.

¹⁰⁸⁰ Vid. JIMÉNEZ APARICIO, E., *Los contratos de venta en exclusiva...*, op. cit., pg. 17.

¹⁰⁸¹ Vid. TAPIA SÁNCHEZ, M.R., *Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario...*, op. cit., pg. 317, que refiere: «Las entidades no sólo obligan a suscribir estos seguros, sino que suelen además imponer al consumidor la compañía aseguradora con la que ha de contratarse, normalmente con la compañía de su grupo o con la que la entidad financiera tiene firmados convenios, justificando la dicha imposición contractual en interpretaciones de los deberes de información que establece la Circular 5/2013, del Banco de España, y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito»; prosigue la autora, soslayando que: «la difícil posición del deudor se complica aún más por la creciente participación de las entidades crediticias en el sector asegurador, ya que habitualmente se trata de compañías pertenecientes al mismo grupo o con la que existen convenios de colaboración. Y así vemos, no sólo que se le impone al deudor hipotecario por parte de la entidad financiera la contratación de un seguro que no responde a la finalidad del préstamo, sino que también la obligación de contratar el seguro con una determinada entidad aseguradora» (pg. 320).

La autoridad española de la competencia en sus Resoluciones *Cajamadrid/Ausbanc* (2001)¹⁰⁸² y *Entidades de crédito* (2009)¹⁰⁸³, manifestó que no se habían acreditado indicios de prácticas prohibidas por las entidades de crédito investigadas y que, por otro lado, no se trataban de prácticas generalizadas. Posteriormente, en la Resolución *Banca-Seguros* (2010)¹⁰⁸⁴, acerca de una denuncia que cuestionaba las prácticas de bonificación en los contratos de préstamos si se suscribían con empresas del mismo grupo o mediante los OBS de las entidades de crédito, la autoridad aseveró, citando el Expte. 2789 *Entidades de crédito*, que: (1) no existían pruebas que o indicios de un supuesto acuerdo colectivo entre entidades para subordinar la concesión de préstamos a la contratación de un seguro ofertado por una empresa aseguradora del grupo bancario, así como, tampoco, de la existencia de una posición dominante; (2) las prácticas comerciales de vinculación de productos están amparadas por distintas normas y cuyas disposiciones son aplicadas cuando concurre una vinculación entre el producto financiero y un seguro, entre éstas, Circular 8/1990 del Banco de España y la LCCC; y (3) no se presentaron indicios que pudieran demostrar que este tipo de venta conjunta de productos financieros genere economías que se trasladan al consumidor a través de distintos tipos de bonificaciones en el costes de los productos y, de forma independiente, por cada una de las entidades denunciadas.

Esta cierta pasividad tanto del legislador español como de la autoridad nacional de competencia, cuyas resoluciones apuntaban a la existencia de una normalidad legislativa sobre la vinculación de productos en el canal bancario, que

¹⁰⁸² Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. R 467/07, *Cajamadrid/Ausbanc*). Posteriormente, fue estimado el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la asociación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el sentido de incoar el expediente, todo al parecer las prácticas denunciadas generalizadas para todo el sector de banca minorista (Sentencia de 17 de septiembre de 2003, nº. recurso 27/2002). En este sentido, a efectos literales, el FJ 4º de la citada resolución manifestó que: «siendo ello así, es obvio que los hechos denunciados por la recurrente y que por lo menos en cuanto a la codemandada parecen "*prima facie*" consistir en una práctica generalizada, tendrían o podrían tener una relevancia en sectores de relevancia como el de créditos hipotecarios o de seguros de vida que hace conveniente que no se proceda a un Archivo, sin más, de la denuncia, sino a la incoación de un expediente, el cual en modo alguno prejuzga la resolución de fondo que pueda dictarse, pero permite profundizar sobre las circunstancias concurrentes, analizando pormenorizadamente las mismas, en el ámbito de un procedimiento adecuado y sin un Archivo de plano y siendo ello así, parece más ponderado acordar que se incoe ese expediente para estudiar en el ámbito del procedimiento de la Defensa de la Competencia, unas actuaciones, que por lo demás no son negadas. Debe, por tanto, estimarse el recurso interpuesto a los solos efectos que se incoe el oportuno procedimiento, sin prejuzgar la resolución final que pueda dictarse».

¹⁰⁸³ Resolución de 29 de mayo de 2009 (Expte. 2789, *Entidades de crédito*).

¹⁰⁸⁴ Resolución de 16 de febrero de 2010 (Expte. S/0194/09, *Banca-Seguros*).

no la prohibía, no alcanzó a la autoridad de competencia británica («*Competition Commission*», hoy «*Competition and Markets Authority*»), que tomó fuertes medidas (*remedies*) contra la vinculación de seguros a la vista de los graves perjuicios que se estaban ocasionando sobre la competencia y contra el derecho de elección de los consumidores.

El Informe que motivó la Orden de la autoridad de competencia titulada: «*Payment Protection Insurance Market Investigation Order 2011*» fue un texto elaborado por miembros de la autoridad en el año 2009 denominado «*Market investigation into payment protection insurance*». La investigación descubrió que más de 12 millones de PPIs («*Payment Protection Insurance*», esto es, servicios bancarios relacionados con seguros de protección de pagos que garantizan el reembolso del crédito en caso de accidente, enfermedad, desempleo o fallecimiento) se comercializaron al mismo tiempo que un préstamo, tarjeta de crédito así como con otras formas de crédito. La *Competition Commission* advirtió en el citado Informe que muchos consumidores no sólo no eran conscientes de que podían suscribir el seguro exigido con proveedores distintos, e incluso de que podían cambiar de proveedor, sino que rara vez comparaban los precios y las condiciones exigidas por las entidades relativas a los seguros vinculados con las ofertadas por otros proveedores.

El Informe concluyó que los distribuidores se enfrentaban a una reducida competencia cuando el seguro se combinaba con el crédito que lo garantizaba. Esta situación quedó patente tanto en los mercados relevantes en los que se producían efectos adversos sobre la competencia, y, a la misma vez, contra los consumidores, que tenían que soportar precios más altos y menos opciones de los que hubieran surgido si existiera una competencia efectiva en el mercado de productos aseguradores. Por este motivo, para suplir las graves deficiencias creadas en el proceso competitivo, y para remediar los efectos adversos que se identificaban, resultaba necesario adoptar una serie de medidas que incluyesen restricciones significativas para aquellos distribuidores que quisieran comercializar el crédito junto con un seguro de protección de pagos y de vida, todo ello con el propósito de mejorar el bienestar general del consumidor.

Estas medidas, posteriormente adoptadas en la Orden, se circunscriben de forma sucinta para los seguros que garantizan créditos y préstamos personales, créditos hipotecarios para la adquisición de primera vivienda, tarjetas de crédito, así como créditos garantizados por segundas hipotecas, y consistieron en: (1) imponer la prohibición a los distribuidores e intermediarios de crédito de

comercializar el producto asegurador dentro de los siguientes siete días a la venta del crédito, salvo que sea el cliente quien, por voluntad propia y en el término de 24 horas, volviere a la sucursal autorizando la venta vinculada; (2) se prohíbe la venta de seguros a prima única, generalmente añadiendo la prima total al capital prestado, debiendo fijarse las primas de forma mensual o anual, con la obligación de devolver al cliente en caso de cancelación la prima no consumida; (3) la obligación del distribuidor de ofrecer el producto asegurador por separado cuando dicho producto esté incluido en el paquete junto con el producto financiero, sin que, en ningún caso, se puedan imponer al consumidor los gastos de gestión, puesta en marcha o cancelación anticipada del seguro; y (4) proporcionar al consumidor información específica sobre las condiciones del seguro en un medio duradero, así como mediante una cita personal con el cliente (*personal PPI quote*), con la exigencia de que las entidades aseguradoras proporcionen información sobre la revisión anual del seguro.

Por ello, se establece que los distribuidores e intermediarios financieros no puedan comercializar el seguro vinculado al crédito dentro de los siete días siguientes a la comercialización de la operación crediticia. Esta obligación, añade el Informe, ofrecerá al cliente más oportunidades de comparar productos de los ofertados por otros proveedores de seguros, lo que, al mismo tiempo, estimulará una mayor competencia entre aquéllos. Si bien, el distribuidor del crédito no puede ponerse en contacto con el consumidor dentro de los siete días señalados, aquéllos podrán ponerse en contacto con el distribuidor o intermediario de crédito con el propósito de suscribir el seguro, siempre por iniciativa propia.

La aplicación de estas severas medidas para los distribuidores e intermediarios de crédito sobre la vinculación de seguros en el Reino Unido queda en contraposición con lo resuelto por nuestra autoridad de competencia. Así, en la Resolución *Entidades de crédito* (2009)¹⁰⁸⁵ el Consejo de la CNC, coincidiendo con la DI, estableció que: «las entidades de crédito imputadas afirman que no condicionan la concesión de préstamos a la contratación por el cliente de un seguro de vida o de amortización de crédito y que, en caso de contratarlo, el cliente puede hacerlo con la aseguradora que estima conveniente. Sólo algunas indican que, aplicando un criterio de prudencia, como garantía de la devolución del préstamo y atendiendo a las circunstancias de la operación y a las condiciones del prestatario, pueden recomendar –y en ocasiones exigir– al potencial prestatario que contrate

¹⁰⁸⁵ Resolución de 29 de mayo de 2009 (Expte. 2789, *Entidades de crédito*), HP 2°.

uno de estos seguros; pero, en todo caso, no le obligan a hacerlo con una aseguradora perteneciente a su grupo empresarial o participada por ella, sino que les informan de esta posibilidad, señalando en ocasiones que si el cliente contrata el seguro con dicha aseguradora puede obtener el préstamo en condiciones más ventajosas».

En consonancia con este criterio de permisividad, el Consejo adujo que «la práctica de vincular seguros a préstamos con aseguradoras participadas por las entidades de crédito se puede explicar a partir de factores que nada tienen que ver con la coordinación de comportamientos o cualquier otra práctica anticompetitiva, como la comodidad que supone para el usuario (ahorro de tiempo), la falta de información a la que puede enfrentarse el usuario que contrata una hipoteca, los escasos incentivos de las entidades de crédito a explicar al cliente de sus préstamos que las compañías aseguradoras no relacionadas con ella pueden ofrecerle también seguros, la falta de interés por parte de las aseguradoras no vinculadas a las entidades de crédito para conceder seguros asociados a los préstamos, etc.»¹⁰⁸⁶.

De esta forma, la autoridad de competencia no atisba ningún elemento contrario a la normativa de la competencia en el comportamiento de vinculación, ya sea generalizado o no, de las entidades de crédito. Interpretando dichas alegaciones, la autoridad justificaría la obligación del prestatario a suscribir la póliza previamente proporcionada por la entidad de crédito¹⁰⁸⁷ en base a: (1) una mayor eficiencia en la distribución de seguros que son mediados por los OBS de las entidades de crédito, que se traduce un mayor ahorro de tiempo y costes relativos a la información entre distribuidor y consumidor; (2) la estrategia común seguida por las entidades de crédito de evitar, a toda costa, que el consumidor pueda aportar una póliza de otra entidad aseguradora, reduciendo, casi en su totalidad, la información de su derecho de elección; y (3) dada la imposibilidad de que la entidad de crédito acepte una póliza de seguro de otra aseguradora distinta, sus

¹⁰⁸⁶ Resolución ut supra cit., FJ 1º.

¹⁰⁸⁷ Interpretando el art. 5.2 e) LMSRP que prohíbe al mediador imponer directamente o indirectamente la celebración de un contrato de seguro, en TIRADO SUÁREZ, F.J., *Comentarios a la Ley 26/2006, de 17 de julio de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. Legislación, Doctrina y Formularios*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2007, pg. 270, se manifiesta: «De esta prohibición se deben excluir los supuestos, en los que el seguro se encuentre conexo a la operación principal, como ocurre en aquellos créditos bancarios, en los que el concedente exige la formalización de un contrato de seguir, que tenga relación directa con el objeto del préstamo, sin embargo, en ningún momento, se puede obligar a la contratación de un seguro, cuando no tiene nada que ver con la obligación o contrato asumido por el cliente».

competidores en el mercado descendiente no tienen ningún interés (posibilidad) en acceder al canal bancario.

Si bien la legislación actual permite que la entidad de crédito pueda exigir un seguro, por ejemplo, junto a un préstamo hipotecario¹⁰⁸⁸ o un crédito al consumo por motivos de solvencia, sin que «tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios»¹⁰⁸⁹, la entidad no puede obligar al cliente a suscribirlo con la aseguradora designada previamente¹⁰⁹⁰. Esta conducta podría resultar contraria a la competencia en el mercado conexo de seguros, cerrándolo al acceso de nuevos competidores o eliminando los que ya concurriesen, falseando la competencia ya sea desde una posición dominante, prácticas concertadas entre entidades, o mediante una integración vertical entre la entidad de crédito y una aseguradora independiente de su grupo bancario.

Este derecho de elección de aseguradora con la que suscribir la póliza que garantiza la operación financiera, únicamente prevista expresamente en relación a préstamos o créditos hipotecarios cuya finalidad sea la adquisición de vivienda (DCCC), que deberá ser recogida en el modelo FIPRE (Ficha de Información Precontractual) entregado por la entidad¹⁰⁹¹, sí consta reconocida, con una completa

¹⁰⁸⁸ Debemos recordar que el seguro de daños suscrito junto a una hipoteca (art. 8 LMH: «Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen») únicamente es exigible, de acuerdo a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario cuando las entidades deseen emitir cédulas y bonos hipotecarios en el mercado hipotecario. En el mismo sentido, el Criterio de la DGSFP titulado: «Seguros de daños sobre inmuebles vinculados a préstamo hipotecarios» señala que: «con base en lo expuesto, cabe concluir que la legislación vigente no impone con carácter general y de forma directa al deudor de un préstamo hipotecario la obligación de contratar seguros sobre el inmueble hipotecado. La normativa reguladora del mercado hipotecario establece determinados requisitos para que las entidades financieras puedan emitir títulos en el citado mercado. Por tanto, si una entidad de crédito desea emitir cédulas o bonos hipotecarios con base en los préstamos con garantía hipotecaria concedidos a propietarios de inmuebles hipotecados puede condicionar la concesión del préstamo a que el deudor se comprometa a suscribir un seguro de daños para el citado inmueble, pero, en todo caso, la obligación para el deudor tendrá siempre carácter contractual y no legal».

¹⁰⁸⁹ Art. 18.4 Orden EHA/2899/2011.

¹⁰⁹⁰ Al respecto, el art. 5.2 e) LMSRP los mediadores de seguros y de reaseguros privados no podrán imponer directa o indirectamente la celebración de un contrato de seguro.

¹⁰⁹¹ Sección 4, punto 3º, relativa a «Vinculaciones y gastos preparatorios» del modelo FIPRE sobre créditos y préstamos hipotecarios: «En los préstamos cuya finalidad sea la adquisición de vivienda deberá hacerse constar el derecho que asiste al cliente para designar, de mutuo acuerdo con la entidad de crédito, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación (gestoría), así como de la entidad aseguradora

asunción de obligaciones para las entidades de crédito, en la mayoría de los países de nuestro entorno.

En este sentido, la legislación francesa¹⁰⁹² (1) no autoriza a las entidades de crédito a ofrecer descuentos o condiciones más favorables en los créditos a los prestatarios que optasen por suscribir un seguro de amortización en su modalidad de vida con una aseguradora perteneciente al grupo bancario; (2) se requiere que se proporcione información expresa en relación al derecho de los consumidores de elegir al proveedor de seguros, obligando a los prestamistas a entregar una oferta escrita a las personas físicas que indique el reconocimiento de este derecho; (3) deben proporcionar al consumidor un documento de información estandarizado junto con la oferta del préstamo que enumere la cobertura del seguro así como sus principales condiciones; y (4) hasta la firma del contrato bancario, el prestamista no puede rechazar una póliza de seguro proporcionada por el prestatario con un nivel de garantía equivalente, manteniéndose las condiciones iniciales de la oferta¹⁰⁹³.

que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad exija para la formalización del préstamo».

¹⁰⁹² Vid. *Background Note on Payment Protection Insurance*, op. cit., pg. 19.

¹⁰⁹³ L. 313-30 *Code de la Consommation*: «Jusqu'à la signature par l'emprunteur de l'offre mentionnée à l'article L. 313-24, le prêteur ne peut pas refuser en garantie un autre contrat d'assurance dès lors que ce contrat présente un niveau de garantie équivalent au contrat d'assurance de groupe qu'il propose. Il en est de même lorsque l'emprunteur fait usage du droit de résiliation mentionné au premier alinéa de l'article L. 113-12-2 du code des assurances ou au deuxième alinéa de l'article L. 221-10 du code de la mutualité dans un délai de douze mois à compter de la signature de l'offre de prêt mentionnée à l'article L. 313-24 ou qu'il fait usage du droit de résiliation annuel mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 113-12 du code des assurances ou au premier alinéa de l'article L. 221-10 du code de la mutualité. Toute décision de refus doit être motivée» [Hasta la firma del prestatario de la oferta mencionada en el artículo L. 313-24, un prestamista no puede negarse a garantizar la operación mediante otro contrato de seguro cuando aquél disponga de un nivel de garantía equivalente a la póliza de seguro colectivo ofrecida inicialmente. Estos mismos términos se aplicarán cuando el prestatario haga uso de su derecho de cancelación que contiene el primer párrafo del artículo L. 113-12-2 del Código dentro de los doce meses siguientes a la firma del préstamo al que hace referencia el artículo L. 313-24, o haga también uso del vencimiento anual en virtud del segundo párrafo del artículo L. 113-12 del Código de Seguros o del primer Párrafo de artículo L. 221-10 del Código de la Mutualidad. Cualquier negativa deberá quedar justificada]. De acuerdo con LAVONA DÍAZ, C., *La distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 3.2.3, cap. 2, en relación al tratamiento jurídico de la vinculación de productos en el ámbito de la banca-seguros francesa manifiesta: «La coyuntura de crisis financiera iniciada en 2008 trajo consigo una nueva revisión restrictiva de las prácticas de vinculación llevadas a cabo por las entidades de crédito, en este caso circunscrita al ámbito concreto de la subordinación de la concesión de créditos o préstamos al consumo o inmobiliarios, a la suscripción de ciertos contratos de seguro. La conocida como Loi Lagarde (Ley 2010-737, de 1 de julio de 2010) llevó a efecto una modificación del Code de la Consommation, por virtud de la cual se admite que el prestamista pueda exigir la suscripción de un producto de seguro como presupuesto para la concesión de un préstamo, pero impidiendo a aquél rechazar como garantía un contrato de seguro distinto al colectivo presentado por la propia

Asimismo, en Irlanda, puede utilizarse una solicitud combinada entre préstamo y seguro, siempre que la información sobre el seguro esté contenida en una sección separada y que contenga el requisito de que el consumidor tenga el deber de firmar para cursar su solicitud de que le sea comercializado el seguro. Se requiere, pues, que dicha solicitud contenga un cuadro de texto que exprese que el seguro es opcional y sea firmado por el consumidor¹⁰⁹⁴.

Más restrictivo resulta el Código de Consumo Italiano¹⁰⁹⁵, que considera una práctica comercial desleal que una entidad de crédito condicione la concesión de un contrato de préstamo a la suscripción de una póliza de seguro suministrada por la misma entidad, institución o intermediario de crédito¹⁰⁹⁶.

entidad de crédito, siempre que el nivel de cobertura sea equivalente. Y no sólo eso, sino que, en línea con las últimas previsiones italianas, exige el mantenimiento de las condiciones ofrecidas para el préstamo, sin posibilidad de modificación de las mismas en caso de que se opte por la suscripción de un seguro distinto del sugerido por la entidad».

¹⁰⁹⁴ Consumer Protection Code: Chapter 4º: «6. Where a regulated entity offers payment protection insurance in conjunction with a loan, the initial repayment estimate of the loan advised to the consumer must be exclusive of the payment protection premium. 7. A combined application form can be used, provided that all information relating to payment protection insurance is contained in a separate section and this section also contains a requirement for the consumer to sign in order to apply for payment protection insurance. 8. A text box indicating that the payment protection insurance is optional must be included in the application form immediately above where the consumer is required to sign» [Código de Protección al Consumidor: 6. Cuando una entidad regulada ofrezca un seguro de protección de pagos conjuntamente con un préstamo, la estimación inicial de la devolución del préstamo trasladada al consumidor deberá ser independiente de la prima del seguro. 7. El formulario de la solicitud de la venta vinculada podrá utilizarse siempre que toda la información relativa a los seguros de protección de pagos esté contenida en una sección separada, debiendo ser suscrita por el consumidor que desee solicitar un seguro de protección de pagos. 8. Deberá incluirse en el formulario de la solicitud, justamente antes del lugar donde se ubique la firma del consumidor, un cuadro de texto que indique que el seguro de protección de pagos es opcional].

¹⁰⁹⁵ Gazzetta Ufficiale núm. 235, de 8 de octubre de 2005.

¹⁰⁹⁶ Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (*Codice del consumo*) «3-bis. E' considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario [Introdotta dall'articolo 36-bis del decreto-legge 201/2011 convertito, con modifiche, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici"] ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario [Introdotta dall'art.28, co.3, del decreto-legge 1/2012 convertito, con modifiche, dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27 recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività"]». [Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, n.º. 206 (Código de Consumo): Se considerará práctica comercial desleal de un banco, una entidad de crédito o un intermediario financiero aquella que, con el propósito de conceder un préstamo, obligue a los clientes a la suscripción de una póliza de seguro suministrada por el mismo banco, institución o intermediario]. En este sentido, Vid. LLAVONA DÍAZ, C., *La distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 4.2, cap. 2, indica que: «La primera medida frente a estas prácticas se recoge en la Ley núm. 214, de 22 de diciembre de 2011, que en su artículo 36 añade un

En cuanto al ordenamiento jurídico portugués, entró en vigor en el mes de enero de 2009 una importante norma (*Decreto Lei 72/2008, de 16 de abril*)¹⁰⁹⁷, así como la Circular n.º. 2/2012, de 1 de marzo, publicada por el *Instituto de Seguros de Portugal* en relación a los seguros de protección del pagos, que establece una serie de recomendaciones que versan desde el diseño del producto asegurador hasta limitaciones en las prácticas de vinculación, fijándose estas últimas en relación a la idoneidad y necesidad del seguro para cada caso concreto (*avaliando-se, ab initio, a adequação do produto a cada caso*), así como al cumplimiento de obligaciones relativas a la información precontractual.

El problema de la falta de elección de los consumidores, como se observa en el caso español, puede derivarse, fundamentalmente, a través de los siguientes factores que pueden motivar la suscripción del seguro en aquellos supuestos que puedan resultar perjudiciales para el consumidor, y que nacen de la relación directa entre entidad y cliente¹⁰⁹⁸:

(1) falta de veracidad en la información proporcionada por los empleados de las redes bancarias, advirtiendo al consumidor de la obligación *ex lege* de suscribir el seguro junto con el producto financiero, así como de la necesidad de suscribir una garantía adicional sin tener en consideración criterios de solvencia¹⁰⁹⁹;

apartado 3.bis al artículo 21 del Código de Consumo italiano relativo a las prácticas comerciales incorrectas. Dentro de éstas, y a su vez, en el apartado de acciones engañosas, se califica ahora como incorrecta y, como tal, prohibida, la práctica comercial por la que un banco, un instituto de crédito o un intermediario financiero, para la contratación de un contrato de préstamo, obligue al cliente a la suscripción de una póliza de seguro proporcionada por el mismo banco, instituto o intermediario, o a la apertura de una cuenta corriente en la misma entidad bancaria, instituto o intermediario. Pero el legislador no se ha limitado a vetar las prácticas de vinculación cerrada de prestaciones, sino que da un paso más en la Ley posterior núm. 27, de 24 de marzo de 2012, interviniendo también en los supuestos de vinculación abierta (con posibilidad de adquisición por separado de los componentes del conjunto), al disponer que los bancos, los institutos de crédito y los intermediarios financieros que condicionen la concesión de un préstamo hipotecario o un crédito al consumo a la suscripción de un contrato de seguro de vida, deberán presentar al cliente al menos dos propuestas de dos compañías de seguros diferentes, no incluidas en el grupo empresarial del propio banco, instituto de crédito o intermediario».

¹⁰⁹⁷ Diário da República, 1ª serie, núm. 75, de 16 de abril de 2008.

¹⁰⁹⁸ Vid. *Background Note on Payment Protection Insurance*, op. cit., pg. 6.

¹⁰⁹⁹ En relación a la evaluación de la solvencia (préstamo responsable) que deberá llevar a cabo las entidades de crédito con los consumidores, existe en nuestro ordenamiento jurídico (comunitario y nacional) una dispersión normativa entre cada uno de los contratos bancarios, ya sea para créditos al consumo (art. 18 Orden EHA/2899/2011 y art. 14 LCCC), préstamos y créditos hipotecarios (art. 18 Orden EHA/2899/2011, art. 29 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, arts. 7 y 18 DCCC, sin que, por otro lado, se contenga ninguna previsión legal sobre solvencia en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito).

(2) cuando al consumidor se le haga creer que el seguro es parte integrante del crédito o préstamo, o que éste mejora, de forma más ventajosa, las condiciones del producto financiero, sin que ello resulte debidamente acreditado por la entidad de crédito¹¹⁰⁰;

(3) falta de información precontractual de las principales características de la póliza de seguro anudada y de sus condiciones de vinculación con el producto financiero;

(4) falta de información precontractual en los préstamos o créditos personales¹¹⁰¹, que señale expresamente que el seguro exigido pueda ser

En caso de que las entidades de crédito incumplan las obligaciones relativas a la evaluación de la solvencia del consumidor, el art. 34.2 LCCC («En el caso de entidades de crédito, se considerarán normas de ordenación y disciplina las disposiciones contenidas en el capítulo I exceptuado el artículo 5, en el capítulo II, en el capítulo III exceptuado el apartado 1 del artículo 15, en el capítulo V, en el capítulo VI exceptuado el apartado 2 del artículo 33, en los artículos 16 a 20 y en el artículo 35 de la presente Ley. Su incumplimiento, siempre que no tenga carácter ocasional o aislado, será sancionado como infracción grave, de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito») dirige al régimen sancionador de la vigente LOSSEC, también aplicable en relación al incumplimiento de este deber en relación a la concesión de créditos o préstamos hipotecarios, con la imposición de sanciones administrativas por la constitución de una infracción grave (art. 50 letra h: «Incumplir las normas vigentes en materia de límites de riesgos o de cualquier otra que impongan limitaciones cuantitativas, absolutas o relativas, al volumen de determinadas operaciones activas o pasivas, siempre que ello no suponga la comisión de una infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior»), así como una «amonestación pública con publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la identidad del infractor y la naturaleza de la infracción, y las sanciones o medidas accesorias impuestas; o amonestación privada» [art. 98.2 letra b) LOSSEC].

¹¹⁰⁰ En nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición alguna que prohíba que la entidad pueda exigir al cliente la suscripción del seguro a prima única.

¹¹⁰¹ Respecto a los créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda se exige que en el modelo FIPRE entregado por las entidades, conforme Sección 4ª de la Orden EHA/2899/2011, se haga «constar el derecho que asiste al cliente para designar, de mutuo acuerdo con la entidad de crédito, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación (gestoría), así como de la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad exija para la formalización del préstamo». En este sentido, véase, por ejemplo, modelo FIPRE publicado por Banco Sabadell sobre oferta de una hipoteca fija y que expresa en su Sección 4ª. relativa a vinculaciones y gastos preparatorios: «En el caso de préstamos destinados a la adquisición de vivienda, el cliente podrá designar, de mutuo acuerdo con el banco, la persona o entidad que vaya a realizar la tasación del inmueble, la gestoría que tramite la operación y la aseguradora que vaya a cubrir las contingencias exigidas por el banco para la formalización del préstamo». Por otro lado, respecto a los créditos al consumo no existe ninguna disposición legal tanto en la LCCC como en la Directiva 2008/48/CE, que establezca la obligación de informar al consumidor de su derecho de aportar la póliza de seguro exigida por otra entidad aseguradora, lo que supone que resulte legal exigirla una vez evaluada la solvencia del cliente. Así, la LCCC exclusivamente dispone en su art. 10.3 letra k) relativo a la información previa al contrato que: «los servicios accesorios al contrato de crédito, en particular de seguro, cuando la obtención del crédito o su obtención en las condiciones ofrecidas estén condicionadas a la suscripción del servicio accesorio. Deberán también facilitarse las condiciones que alternativamente

suministrado por otra entidad aseguradora distinta de la designada por la entidad de crédito;

(5) que se haga creer al consumidor, sin ningún tipo de acreditación por parte de la entidad, que la póliza producida por la aseguradora del grupo (e incluso de la entidad con la que mantiene acuerdos comerciales) dispone de mejores condiciones y de un menor precio que las ofertadas por la competencia (*information asymmetry*).

Tal y como hemos identificado, los efectos sobre los derechos de elección de entidad aseguradora con la que suscribir el seguro exigido (ya sea para validar la concesión del préstamo como para beneficiarse de las bonificaciones ofertadas) podrían resultar muy importantes, todo ello si el legislador español mantiene cierta pasividad en dotar al sistema de vinculación de mayores garantías e información a favor de los consumidores, fundamentalmente cuando la entidad vincula un seguro producido por una aseguradora de su grupo. Estos efectos pueden añadirse a los generados significativamente sobre la competencia del mercado de seguros, cuyos competidores no pueden hacer frente al poder de mercado y dependencia que ostentan las entidades de crédito, decididas a participar en la distribución de seguros instrumentalizando la vinculación de seguros para obtener elevadas cuotas de poder económico en el mercado asegurador español (especialmente en el ramo vida).

Con la futura incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la DCCC se pretende obligar las entidades de crédito, en trámites de la concesión de un préstamo hipotecario, a aceptar de sus clientes pólizas de seguros producidas por otras entidades aseguradoras con un nivel de cobertura equivalente. No obstante, esta posibilidad ya venía recogida en la Sección 4ª de la Orden EHA/2899/2011 que, a efectos informativos mediante la entrega del modelo FIPRE, obligaba a las entidades de crédito a informar al cliente de la posibilidad de poder aportar, de mutuo acuerdo con aquélla (principal diferencia respecto a la Directiva) una póliza de seguro producida por un proveedor de seguros distinto.

A la vista de que el problema reside, como hemos referido anteriormente, en la fase precontractual o de negociación con la entidad bancaria, y existiendo indicios de que la conducta pudiera alterar o falsear significativamente la competencia en el mercado del producto vinculado, a nuestro juicio, sería

se aplicarían al contrato de crédito al consumo si no se contrataran los servicios accesorios y, en particular, pólizas de seguros».

conveniente: (1) otorgar al consumidor un plazo de reflexión para que aquél pueda comparar distintas ofertas del seguro con sus proveedores favoritos sin que ello motive la denegación del producto financiero; (2) restringir la concesión del crédito o préstamo (personal o hipotecario) a la suscripción de seguros producidos por entidades aseguradoras del grupo bancario, de modo que se obligue a las entidades de crédito a distribuir, igualmente, seguros de la competencia; (3) exigir a las entidades de crédito que motiven justificadamente la necesidad de garantizar adicionalmente mediante un seguro el incumplimiento del prestatario mediante unos criterios de solvencia homogéneos; y (4) requerir a las entidades de crédito la entrega tanto a la DGSFP como a la CNMC de un Informe anual que recoja la totalidad de los seguros asociados a la venta de productos financieros (características esenciales, tipo de prima, penalizaciones por resolución...) con el propósito tanto de realizar un seguimiento exhaustivo de las políticas de vinculación empleadas por las entidades, como para sancionar aquéllas que pudieran perjudicar, en última instancia, los derechos de los consumidores.

Capítulo VII

Eficiencias en la vinculación de seguros con productos bancarios

I. Introducción

El examen económico y jurídico de las justificaciones y defensas de las prácticas de vinculación esgrimidas por las empresas supone una importante tarea para las autoridades nacionales de competencia¹¹⁰². Este análisis va a depender de una serie de elementos que pueden presentarse desde la vinculación de productos, como pueden ser la innovación y mejora de los productos, un ahorro generalizado de costes de todo tipo surgido a través del aprovechamiento por parte de las empresas de economías de escala y de alcance, así como el fomento de una mayor competitividad a favor de los consumidores en el mercado del producto vinculado¹¹⁰³.

A lo largo de este capítulo, se examina si las prácticas vinculadas derivadas de la actividad de banca-seguros podrían verse beneficiadas de una exención por

¹¹⁰² La más destacada resolución sobre al análisis de las eficiencias del empaquetamiento es la Sentencia del TPI (Sala Segunda ampliada) de 14 de diciembre de 2005 (As. T-210/01, *General Electric Company c. Comisión*). En su considerando 406 expone que: «es necesario distinguir entre tres fenómenos, a saber, las ventas por paquetes puras (pure bundling), es decir, las ventas vinculadas al hecho de la imposición exclusivamente comercial de una obligación de comprar dos o varios productos conjuntamente; las ventas por paquetes técnicas (technical bundling), es decir, las ventas vinculadas al hecho de la imposición a través de una integración técnica de los productos, y las ventas por paquetes mixtas (mixed bundling), es decir, el hecho de vender varios productos conjuntamente en mejores condiciones que las propuestas si los productos se compran por separado». De acuerdo a KUHN, K.U., STILLMAN, R. y CAFFABRA, C., “Economic Theories of Bundling and their Policy Implications in Abuse Cases: An Assessment in Light of the Microsoft”, *University of Michigan Law School Scholarship Repository*, Paper #04-019, 2004, pg. 2, las teorías relativas a la agrupación de productos han adquirido una enorme importancia en la política de competencia europea en varios casos recientes, tanto en lo que respecta al control de las fusiones como al abuso de posición dominante. Ejemplos destacados incluyen *GE/Honeywell*, *Tetra Laval/Sidel* y la reciente decisión de *Microsoft* en la que la Comisión ordenó la separación del Windows Media Player del sistema operativo Windows. La Comisión ha sido duramente criticada, especialmente en los Estados Unidos, por su tratamiento de la agrupación en estos casos. Señalan los autores que, de hecho, en los Estados Unidos existe una importante corriente de opinión que aboga por un enfoque de “*laissez faire*” (dejar pasar). Ahlborn, Evans y Padilla (2003) resumieron, recientemente, los argumentos de esta escuela de pensamiento. Estos autores sugieren una regla (*per se*) “modificada” en relación a estas prácticas sobre la base de que los efectos de eficiencia de la agrupación son omnipresentes, mientras que los efectos competitivos no son muy elevados.

¹¹⁰³ En relación a las concentraciones empresariales, y en relación a estas con potenciales prácticas de vinculación de productos, el art. 10.1 h) LDC dispone que: «La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional. En concreto, la Comisión Nacional de la Competencia adoptará su decisión atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos: [...] h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios». Vid. Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 (Expte. C/0612/14), FJ 9º.

eficiencias en el sentido del art. 101.3 TFUE (art. 1.3 LDC); y, por otro lado, en sede del abuso por parte de una o de varias entidades de crédito de una posición dominante, desde un enfoque económico, si los beneficios a los consumidores pudieran compensar, en última instancia y siempre que la restricción no sea lo suficiente grave, los efectos anticompetitivos de la conducta¹¹⁰⁴.

II. Compensación de eficiencias en la vinculación de productos

1. Abuso de posición dominante y generación de eficiencias

Los efectos anticompetitivos de la vinculación de productos pueden producirse, ya sea en el mercado del producto vinculado a través de la exclusión de competidores, o mediante la constitución de barreras de entrada que permitan a las empresas con posición dominante mantener dicho dominio en el mercado del producto principal¹¹⁰⁵.

Ello no obsta a que la práctica, como señala acertadamente la Comisión, pueda conllevar que las empresas que utilizan de forma habitual esta estrategia comercial suministren a sus consumidores «productos u ofertas mejores de forma más rentable»¹¹⁰⁶. Estas mejoras en los productos ofertados pueden materializarse, por un lado, a partir de una reducción a favor de los clientes de los costes de producción, de transacción (particularmente, de gestión y ahorro de tiempo en el caso de que los productos debieran ser adquiridos de todas formas), y/o de distribución, así como, por otro lado, en la capacidad de introducir (innovación) un producto combinado de dos productos independientes en el mercado en beneficio de los consumidores¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁴ Por otro lado, también se tendrá en cuenta si dichos sistemas de vinculación, aplicados por una empresa en situación dominante, no se corresponde con una política de competencia en precios. En este sentido, Vid. Sentencia del TPI (Sala Tercera) de 30 de septiembre de 2003 (As. T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Comisión*), consid. 137.

¹¹⁰⁵ En el mismo sentido, Vid. ODRIOZOLA ALÉN, M. y BARRANTES DÍAZ, B., *La vinculación de productos...*, op. cit., pg. 368.

¹¹⁰⁶ Vid. «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», apdo. 49.

¹¹⁰⁷ Comunicación ut supra cit., apdo. 62.

Se trata, pues, de la posibilidad de que una empresa dominante justifique, asumiendo la carga de la prueba, la vinculación tomando en cuenta la finalidad de los productos, o bien porque aquélla supone, a favor de los consumidores, un ahorro de costes¹¹⁰⁸. En cualquier caso, deberá presidir en este juicio de “anticompetitividad” el hecho de que los beneficios obtenidos a través de la vinculación de productos no superen los posibles efectos anticompetitivos (precios excesivos o predatorios, restricciones graves en el mercado del producto vinculado...) ¹¹⁰⁹ producidos en contra de la estructura de la competencia¹¹¹⁰.

No obstante, en relación a persecución realizada por la autoridad comunitaria de las prácticas de vinculación contrarias a la libre competencia, la Comisión, tradicionalmente, ha preferido la aplicación *per se* del art. 102 TFUE (antiguo art. 82 TCE) sobre aquellas conductas relativas a la subordinación de productos, a la aplicación, por otro lado, de una especie de *rule of reason*¹¹¹¹, por la

¹¹⁰⁸ Conforme a ORDÓÑEZ DE HARO, J.M., *Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados...*, op. cit., pg. 35: «la creación de paquetes o empaquetado de productos (bundling) pueden interpretarse como prácticas, más que dirigidas a crear o aumentar el poder de mercado, orientadas a perseguir la consecución de eficiencias, mediante la reducción de los costes de producción y/o distribución de la empresa (Wildman y Owen, 1985) o de los costes de búsqueda y clasificación en los que deben incurrir los compradores (Kenney y Klein, 1983)».

¹¹⁰⁹ Vid. ODRIOZOLA ALÉN, M., y BARRANTES DÍAZ, B., *La vinculación de productos...*, op. cit., pg. 367.

¹¹¹⁰ Como recuerda. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 488: «de posiciones iniciales francamente restrictivas, que rechazaban que de las prácticas de vinculación pudiera derivarse cualquier beneficio económico o bondad, se ha pasado a posturas más abiertas, que aceptan determinados efectos procompetitivos. Ahora bien, pese a este paulatino descubrimiento de la ambigüedad competitiva de estas prácticas y de la necesidad de baremar, por tanto, efectos negativos y positivos antes de remitir un juicio sancionatorio, sigue estando presente un cierto escepticismo. [...] La actitud de las autoridades comunitarias en la aplicación del artículo 82 a las prácticas de vinculación no ha sido tan abierta. Cuando la vinculación es puesta en práctica por una empresa dominante, la posibilidad de que ésta puede ser justificado es mucho más incierta». Puede consultarse, igualmente, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Los precios excesivos como supuesto de abuso de posición dominante”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 35, 2015, pgs. 533-536.

¹¹¹¹ Conforme a AHLBORN, C., EVANS, D.S. y PADILLA, A.G., “Prácticas unilaterales, normas de competencia, y revisión judicial: una primera mirada desde la EU”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Dir.), *El Derecho de la Competencia y los jueces*, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2007, pg. 168: «En principio, para cada práctica de negocio, hay varias normas legales alternativas: a) las legales per se (estas prácticas nunca se considerarían abusivas); b) las ilegales per se (consideradas abusivas siempre); c) modificadas ilegales per se (la práctica será ilegal presumiblemente si se cumplen unas condiciones); d) modificadas legales per se (la práctica será legal presumiblemente a no ser que se cumplan unas condiciones, i.e., excepto en «circunstancias excepcionales»); e) rule of reason (bajo estas normas los tribunales harán un balance de los costes y los beneficios de una intervención dados los hechos específicos de cada caso e intervendrán sólo cuando los beneficios sean muy superiores a los costes de intervención); y f) rule of reason estructurada (una práctica unilateral será considerada legal a menos que pase la secuencia de varias revisiones; en ese caso, si se cumplen todas las condiciones, los tribunales y órganos competentes

que se tienen en consideración otras alegaciones y justificaciones esgrimidas por empresas dominantes a la hora de evaluar y sancionar la antijuridicidad de la conducta¹¹¹².

La consideración de este nuevo factor de justificación objetiva de conductas relativas a la vinculación de productos, ya asumido por la Comisión en diversos textos modernos¹¹¹³, fue puesta en práctica, especialmente, en aras de la Decisión *Microsoft* (2004)¹¹¹⁴. Al respecto, la Comisión examinó las alegaciones aducidas

tendrán todavía que hacer un balance de los efectos anticompetitivos y competitivos en una fase final antes de determinar que la práctica es anticompetitiva en su conjunto)».

¹¹¹² De este modo, la Comisión en su *Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* (2005), establece las posibles líneas de defensa para las empresas que se sirvan de la vinculación y que pudieran constituir ilícitos *antitrust*, esto es, las justificaciones objetivas y las alegaciones de eficiencia relativas a la práctica de vinculación (Sección 8.2.4, apdos. 204 a 206), que las empresas dominantes puedan hacer valer ante la Comisión para justificar la juridicidad de la oferta de sus productos vinculados: «204. The dominant company may argue that it is an objective necessity to tie products for reasons of quality or good use of the products necessary to protect the health or Safety of the customers. The general framework for analysis of such arguments is given in section 5.3.1. It is, however, worth recalling that it is not the task of a dominant company to take steps on its own initiative to eliminate products which it regards, rightly or wrongly, as dangerous or inferior to its own products; 205. The dominant company may also invoke an efficiency defense. Tying and bundling may help to produce savings in production, distribution or transaction costs. Combining two independent products into a new, single product may be an innovative way to market the product (s). [204. La empresa dominante puede alegar que vincular productos por razones de calidad o buen uso de los productos que son necesarios para proteger la salud o la seguridad de los clientes es una necesidad objetiva. El marco general para el análisis de tales alegaciones se encuentra en la sección 5.3.1. Sin embargo, merece la pena recordar que no es tarea de una empresa dominante tomar, por su propia iniciativa, medidas para eliminar los productos que considera, correcta o incorrectamente, como peligrosos o inferiores a sus propios productos; 205. La empresa dominante también puede invocar una defensa de eficiencia. La vinculación y la agrupación pueden ayudar a generar ahorros en los costes de producción, distribución o transacción. La combinación de dos productos independientes en un producto nuevo y único puede ser una forma innovadora de comercializar los productos]».

¹¹¹³ Véase: 1º Directrices de Verticales, apdo. 214: «La vinculación hace referencia a las situaciones en las que se obliga a los clientes que compran un producto (el producto vinculante) a comprar también otro producto del fabricante (el producto vinculado). La vinculación puede constituir un abuso en el sentido del artículo 102»; 2º Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, apdo 47: «Una empresa dominante puede intentar excluir a sus competidores mediante la vinculación o la venta por paquetes» y apdo. 50: «Por lo general, la Comisión actuará de conformidad con el artículo 82 cuando una empresa sea dominante en el mercado vinculante y se cumplan además las siguientes condiciones: i) los productos vinculantes y vinculados son productos distintos, y ii) es probable que la vinculación dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado»; y 3º *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, apdo. 179: «However, tying and bundling can lead to the following possible anticompetitive effects: foreclosure, price discrimination and higher price» [Sin embargo, tanto la vinculación como el agrupamiento pueden llevar a los siguientes posibles efectos anticompetitivos: exclusión, discriminación de precios y precios excesivos].

¹¹¹⁴ Decisión 2007/53/CE de 24 de marzo de 2004 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE y al artículo 54 del Acuerdo EEE (As. COMP/C-3/37.792, *Microsoft*).

por *Microsoft* para justificar la eficiencia y el beneficio resultante a favor de los consumidores a través de la integración simultánea del *Reproductor de Windows Media* con el sistema operativo *Microsoft* desde mayo de 1999¹¹¹⁵. Este nuevo parecer acerca de las posibles justificaciones por eficiencias en favor de los consumidores se separa de la tradicional prohibición del abuso *per se* que se recoge repetidamente de la jurisprudencia comunitaria, y que no tiene, pues, en cuenta ningún tipo de justificación objetiva que pudiera resultar aplicable al caso concreto¹¹¹⁶.

Tanto en la citada Decisión como en la Sentencia del TPI *Microsoft* (2007)¹¹¹⁷, se establece la aplicación de la *rule of reason*¹¹¹⁸ al examinar cada una de las alegaciones relativas a la justificación objetiva ofrecidas por la empresa

¹¹¹⁵ Decisión ut supra. cit., apdo. 29: «La Decisión concluye igualmente que Microsoft no ha demostrado eficiencia técnica alguna cuya condición previa sea la «integración» de RWM. Antes bien, la vinculación de RWM protege a Microsoft de la competencia efectiva por parte de vendedores potencialmente más eficientes de reproductores multimedia que pudiera amenazar a su posición y merma así el talento y el capital que se invierten en la innovación en el campo de los reproductores multimedia».

¹¹¹⁶ Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 12 de diciembre de 1991 (As. T-30/89, *Hilti AG c. Comisión*); y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 1996 (As. C-333/94, *Tetra Pak International SA c. Comisión*). Ambas Decisiones de la Comisión, y posteriores resoluciones del Tribunal de Primera Instancia y Tribunal de Justicia declaran claramente ilícitas las ventas asociadas. Dichas resoluciones fueron citadas en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007 (As. T-201/04, *Microsoft Corp.*), consid. 859: «El Tribunal de Primera Instancia considera que el análisis así realizado por la Comisión de los elementos constitutivos del concepto de ventas asociadas es exacto y se ajusta tanto al artículo 82 CE como a la jurisprudencia. La Comisión se basó correctamente en los elementos indicados en el consid. 794 de la Decisión impugnada y en el hecho de que la venta asociada carecía de justificación objetiva, para apreciar si el comportamiento reprochado a Microsoft constituía una venta asociada abusiva. Estos elementos pueden deducirse no sólo del propio concepto de venta asociada, sino también de la jurisprudencia (véanse, en particular, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, *Hilti/Comisión*, T-30/89, Rec. p. II-1439, confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1994, *Hilti/Comisión*, C-53/92 P, Rec. p. I-667, y las sentencias de 6 octubre de 1994 y de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak/Comisión*, citada en el apartado 293 supra)».

¹¹¹⁷ Sentencia del TPI (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007 (As. T-201/04, *Microsoft Corp.*), consid. 1091 y ss.

¹¹¹⁸ En este sentido, Vid. MAŁOBEŃKI, I., “Per se approach v. Rule of reason. Tying and Bundling in European. Competition Law – a legal and economic analysis”, *Committee of 3rd Polish Law and Economics Conference*, 2012, pg. 3, señala que las ventas vinculadas y el agrupamiento de productos parecen ser un buen ejemplo que ilustra el papel del enfoque económico en la Ley de Competencia. Durante más de una década, la original y absoluta prohibición *per se* de estas prácticas ha sido gradualmente reemplazada por elementos de la llamada “rule of reason”. El texto destaca como defensa o justificaciones: 1ª el ahorro de costes; 2ª la mejora de la calidad de los productos; y 3ª las eficiencias en los precios. Con respecto a los efectos anticompetitivos enumera los siguientes: 1º el socavamiento de los rivales competidores; 2º las barreras de entradas; y 3º precios excesivos y ganancia de ventaja competitiva.

dominante. Como se recuerda en la resolución del TPI¹¹¹⁹, relevante para esta cuestión, por un lado, la carga de la prueba sobre la concurrencia de circunstancias constitutivas de una vulneración del art. 82 TCE (hoy 102 TFUE) incumbe a la Comisión, y, por otro lado, corresponde a la empresa dominante, con anterioridad a la conclusión del procedimiento administrativo, aducir una posible justificación objetiva y formular, sobre ello, alegaciones y aportar pruebas¹¹²⁰. Una vez señaladas por la empresa dominante estas alegaciones de justificación de la conducta, concierne a la Comisión declarar el abuso de posición dominante fundamentando que las alegaciones y pruebas invocadas por la empresa dominante no deben prevalecer, manifestando, en última instancia, que no cabe acoger la justificación aducida¹¹²¹.

La autoridad nacional de competencia, en consonancia con la Comisión, entiende que el empaquetamiento efectuado por empresas con posición dominante podría ser antijurídico cuando: (1) produzca efectos exclusionarios frente al resto de operadores del mercado en cuestión (*foreclosure*); y (2) cuando las justificaciones invocadas por la empresa relacionadas con las eficiencias potenciales o reales no tengan relevancia suficiente para compensar los efectos anticompetitivos generados por la conducta¹¹²².

¹¹¹⁹ Sentencia ut supra cit., consid. 1144.

¹¹²⁰ Como indican KUHN, K.U., STILLMAN, R. y CAFFABRA, C., *Economic Theories of Bundling...*, op. cit., pg. 29, es razonable que la autoridad de competencia haga dos cosas. En primer lugar, considerar únicamente las eficiencias que reclama explícitamente la empresa que realiza el agrupamiento. En segundo lugar, debido a que la empresa tiene información privilegiada sobre cómo alcanza estas eficiencias, se debe colocar la carga de la prueba sobre la empresa investigada. Señalan los autores que las declaraciones de eficiencia exclusivamente deben ser examinadas después de la evaluación competitiva. Si no existe una teoría anticompetitiva razonable, no debería haber ninguna razón para imponerle a la empresa la carga de demostrar los efectos de la eficiencia de su conducta.

¹¹²¹ Conforme se recoge en la citada Sentencia del TPI, consid. 1149, en cuanto a cierta confusión en las alegaciones invocadas por Microsoft: «Lo que la Comisión reprocha a Microsoft, en la Decisión impugnada, no es el propio hecho de que ésta integre Windows Media Player en Windows, sino el hecho de que sólo ofrezca en el mercado una versión de Windows en la que está integrada Windows Media Player, es decir, que no permite a los fabricantes de equipos y a los consumidores obtener Windows sin Windows Media Player o, por lo menos, suprimir dicho lector del conjunto constituido por Windows y Windows Media Player».

¹¹²² Vid. Resolución de la CNC de 17 de abril de 2012 (Expte. S/0242/10, *Producción Fútbol*), FJ 7º; y Resolución del TDC de 3 de abril de 2007 (Expte. 611/06, *Excursiones Puerto de Sóller*), FJ 3º. De acuerdo a HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 486: «una vez que el demandante ha demostrado que la conducta de una empresa dominante restringe la competencia de forma significativa, compete a ésta justificar su conducta, demostrando que estas restricciones son, en realidad, la manifestación de una eficacia superior, de una mayor aptitud para tomar en consideración las necesidades de la clientela o de una mayor capacidad de innovación».

Estas alegaciones se extienden, igualmente, a las justificaciones de los descuentos ofrecidos, que no tienen por qué ser considerados ilegales *per se*, dado que no es posible impedir a un competidor, aunque sea dominante en un mercado, realizar descuentos¹¹²³. No obstante, conforme expresan las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*¹¹²⁴, los llamados «descuentos condicionales», que se conceden a aquellos clientes que cumplen a través de sus compras con una determinada pauta de comportamiento, pueden dar lugar al cierre anticompetitivo de un mercado en el mismo sentido que las obligaciones de compra exclusiva, y todo ello sin que supongan sacrificio alguno para la empresa dominante.

Para ello, la Comisión tendrá en cuenta si, a través de los descuentos, los demás operadores en el mercado no pueden competir en igualdad de condiciones que la empresa dominante¹¹²⁵. Particularmente, considerarán más lesivos contra la libre competencia los llamados «descuentos retroactivos», puesto que con aquéllos las empresas dominantes pueden forzar a los clientes al cambio de un proveedor alternativo sin que suponga ello suponga perderlos, generando un efecto de fidelización que podría provocar la exclusión de los competidores reales o potenciales¹¹²⁶. El método económico que aporta la Comunicación para evaluar los citados descuentos condicionales tiene como finalidad concluir si su aplicación podría obstaculizar la expansión o, incluso, la entrada de operadores con similar grado de eficacia, de modo que les resulte más complicado satisfacer la demanda de los clientes¹¹²⁷. Sucintamente, se pretende obtener para su examen la denominada «gama de referencia», que es el precio efectivo que tendría que ofrecer un competidor para compensar al cliente la pérdida del descuento si aquél retirarse parte de su demanda a la empresa con posición dominante.

¹¹²³ Resolución de la CNC de 6 de noviembre de 2007 (Expte. R 720/07, AXIÓN/ABERTIS), FJ 6°.

¹¹²⁴ Apdos. 37 a 46.

¹¹²⁵ En relación a la efectividad económica del bundling pueden consultarse DERDINGER, T. y KUMAR, V., “The Dynamic Effects of Bundling as a Product Strategy”, *Harvard Business School Working Paper*, 2012, así como, en relación a las ventas vinculadas, COSCELLI, A. y EDWARDS, G., “Efficiency and Anticompetitive Effects of Tying”, *12 Annual Competition Law and Policy Workshop*, 2007.

¹¹²⁶ Apdo. 40.

¹¹²⁷ Apdo. 41.

2. Acuerdos colusorios y prácticas concertadas

La vinculación en el canal bancario podría resultar anticompetitiva en el marco de aplicación del art. 101.1 TFUE (art. 1.1 LDC) cuando la conducta tuviere por objeto o por efecto falsear la competencia en el mercado de seguros, mediante acuerdos expresos o prácticas conscientemente paralelas consistentes en adoptar las mismas condiciones de imposición de seguros a productos financieros, la misma política de imposición de precios en sus productos tanto bancarios como aseguradores (incluidas las bonificaciones en los tipos de interés de operaciones de activo como créditos hipotecarios o préstamos personales), o, igualmente, las mismas condiciones de aseguramiento de las pólizas suministradas, todo ello con el fin de reforzar una posición dominante en el mercado de banca minorista y de extender ésta al mercado de seguros conexo.

También, podrían resultar prohibidos los acuerdos comerciales entre entidades de crédito y aseguradoras separadas de las primeras que, siendo significativos, impusiesen condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a sus clientes, o como parte de una estrategia de reparto de mercado.

La exención por generación de eficiencias, aplicable a los acuerdos colusorios entre empresas, está ubicada en el art. 101.3 TFUE así como en el art. 1.3 LDC. Se trata una disposición de exención a la que pueden acogerse las empresas en caso de determinarse la constitución de una infracción del art. 101.1 TFUE (art.1.1 LDC)¹¹²⁸. La disposición declara la prohibición general cuando los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas «contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

Estas condiciones, dos positivas y dos negativas, son acumulativas y tienen como objetivo obligar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos de mejor calidad o menos costosos, lo que puede compensar, en última instancia, una

¹¹²⁸ Vid. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, apdo. 1. DOUE núm. C101, de 27 de abril de 2004. Resulta clásico para este ámbito el estudio de TOBÍO RIVAS, A.M., *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el Derecho comunitario*, Barcelona, Editorial Bosch, 1994.

vez advertida la comisión de la infracción, los efectos adversos producidos por las restricciones de la competencia¹¹²⁹. La aplicación del art. 101.3 TFUE (art. 1.3 LDC) puede extenderse a categorías de acuerdos mediante los ya examinados reglamentos de exención por categorías. Así, las empresas únicamente deben demostrar que el acuerdo restrictivo gozaría de una exención de dicha naturaleza puesto que concurre la presunción de que el acuerdo cumple con las citadas cuatro condiciones, en caso contrario, se retirarán los beneficios derivados de la aplicación del Reglamento¹¹³⁰.

En relación a la actividad de banca-seguros, por el 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 seguros¹¹³¹, se aplicará la exención sobre aquellos acuerdos entre dos o más empresas en el sector de seguro que pretendan recopilar y distribuir conjuntamente información necesaria para: (1) calcular el coste medio de la cobertura de un riesgo determinado en el pasado; (2) elaborar tablas de mortalidad y tablas de frecuencia de enfermedades, accidentes e invalidez; así como elaborar conjuntamente estudios «sobre el probable impacto de circunstancias generales externas a las empresas

¹¹²⁹ Comunicación de la Comisión *ut supra cit.*, apdo. 34. En el mismo sentido, Directrices de Horizontales, apdo. 20: «La evaluación con arreglo al artículo 101 consta de dos fases. La primera, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, evalúa si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia. Los efectos contrarios a la competencia y los favorables se sopesan exclusivamente en el marco del artículo 101, apartado 3. En caso de que los efectos favorables no compensen una restricción de la competencia, el artículo 101, apartado 2, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho». Al respecto, la norma nacional de competencia fundamenta en el segundo apartado de su exposición de motivos la aplicación de la exención legal sobre los acuerdos investigados: «En relación con el paso al sistema de exención legal, la Ley excluye de la prohibición aquellos acuerdos que reúnan determinados requisitos, en línea con los previstos en las normas comunitarias. En esencia, se trata de que las prohibiciones no sean aplicables a aquellas restricciones de la competencia proporcionales a los beneficios que generan en términos de eficiencia en la asignación de recursos y, por tanto, de bienestar general». En este sentido, Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 481: «La regulación europea reconoce pues, la posibilidad de que de los acuerdos entre empresas se deriven efectos beneficiosos y positivos. Al igual que en el caso estadounidense, la conclusión sobre la incidencia competitiva de un acuerdo es resultado del saldo de un balance entre efectos anti y procompetitivos».

¹¹³⁰ Art. 29.1 Reglamento (CE) n° 1/2003.

¹¹³¹ DOUE núm. L83/1, de 24 de marzo de 2010.

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». Quedando al margen, como conducta que pudiere resultar exenta en virtud del Reglamento, la vinculación u ofrecimiento de descuentos por la suscripción de productos aseguradores en su función de producto vinculado.

Profundizando en la exención por eficiencias recogida en el art. 101.3 TFUE, en las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, se invocan los principios generales que han de guiar la aplicación de esta inaplicación de la prohibición a los acuerdos entre empresas.

De este modo: (1) si los acuerdos investigados no son restrictivos, sea cual fuere su naturaleza, no es preciso examinar sus posibles beneficios; (2) si se haya acreditado la existencia de restricciones a la competencia conforme al art. 101.1 TFUE, la carga de la prueba para demostrar que el acuerdo generaría los beneficios descritos en el apartado 3 recae, exclusivamente, sobre la empresa o empresas que invoquen la excepción¹¹³²; (3) de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria, las cuatro condiciones son acumulativas y deben cumplirse todas y cada una de ellas a la misma vez, si bien, cuando se cumplan, la excepción de la prohibición no puede supeditarse a otra condición; (4) la evaluación de los beneficios derivados del acuerdo restrictivo se limitarán al mercado al que se refiera el acuerdo, de modo que los efectos negativos no puedan compararse ni compensarse con los positivos para los consumidores existentes en otros mercados geográficos o de productos; (5) cuando los mercados estén vinculados, podrían tenerse en cuenta las eficiencias obtenidas en mercados diferentes, siempre que el grupo de consumidores afectado por el acuerdo y el beneficiario de las mejoras de eficiencia sean sustancialmente el mismo; y (6) esta evaluación de las eficiencias se circunscribe al contexto real en que se producen y según los hechos acaecidos en un momento concreto.

En líneas generales, la Comisión en la Comunicación, antes referida, emprende la tarea de examinar y delimitar las condiciones de exención contenidas en el art. 101.3 TFUE, como podrían ser las mejoras gracias a la eficacia de la

¹¹³² Art. 2 Reglamento (CE) n.º. 1/2003: «En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado».

práctica, la participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante, así como el carácter indispensable de las restricciones, todo ello a través de diversos ejemplos que ilustran cada una de las condiciones que se recogen en la norma. El examen de la excepción se extiende, *ex art.* 101.1 TFUE, tanto a los acuerdos verticales¹¹³³ como a los horizontales¹¹³⁴.

En cuanto a los acuerdos verticales¹¹³⁵, que son objeto, principalmente, de la distribución de bienes y servicios intermedios y finales, las Directrices de Verticales refieren que «las obligaciones de vinculación pueden contribuir a producir eficiencias derivadas de la producción o distribución conjuntas»¹¹³⁶. Según la Comisión, resultaría imprescindible que se demuestre que, al menos, una parte de estas reducciones de costes se transmiten al consumidor. A este tipo de eficiencias de la vinculación de productos se añaden aquéllas que contribuyan a garantizar una determinada uniformidad y normalización, lo que puede conllevar un incremento de las ventas mediante la creación de una imagen de marca¹¹³⁷.

¹¹³³ El art. 1.1 del Reglamento (UE) n° 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, define los acuerdos verticales como «acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios».

¹¹³⁴ Conforme al apdo. 151 de las Directrices de Horizontales, si bien en relación a los acuerdos de subcontratación horizontales, se definen los acuerdos horizontales como aquéllos que «se celebran entre empresas que operan en el mismo mercado de productos con independencia de si son competidores reales o potenciales».

¹¹³⁵ En materia legislativa comunitaria, la exención del art. 101.3 TFUE podría ser aplicable a determinadas categorías de acuerdos verticales de compra o venta de bienes o servicios y prácticas concertadas siempre que, por un lado, dichos acuerdos se celebren entre empresas no competidoras, entre determinados competidores o por determinadas asociaciones de bienes, y, por otro, que la parte del mercado del proveedor no supere el 30% del mercado de referencia en el que vende los servicios o bienes contractuales y el comprador no supere el 30% del mercado en el que compra los citados los servicios o bienes contractuales. Vid. Reglamento (UE) n° 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. DOCE núm. L102/1, de 23 de abril de 2010.

¹¹³⁶ Directrices de Verticales, apdo. 222.

¹¹³⁷ De acuerdo a AFFELDT, P.L., *Tying and Bundling in Two-Sided Markets...*, op. cit., pg. 6, una de las razones por las que las ventas vinculadas y combinadas de productos complementarios están tan extendidas son, obviamente, por razones de eficiencia. Estas prácticas mejoran el bienestar y, por lo tanto, son procompetitivas. La vinculación y la agrupación pueden reducir los costes de producción. A menudo, comenta el autor, es mucho más eficiente vender componentes juntos debido a las economías de escala y el principio de la división del trabajo (MOTTA, 2004). Por ejemplo, es mucho más eficiente vender automóviles como un paquete en lugar de vender todos los componentes por separado y dejar que los consumidores los ensamblen. Además, vincular y agrupar pueden garantizar la compatibilidad perfecta entre productos o componentes. En ese caso, vender juntos los

Además, cuando el proveedor imponga al comprador otros proveedores a los que deban comprar el producto vinculado, esta práctica podría quedar fuera de la prohibición de los acuerdos colusorios cuando el proveedor del producto principal no obtenga beneficio financiero directo de la designación del proveedor del producto vinculado¹¹³⁸.

Por otro lado, respecto a los acuerdos horizontales, existen numerosos Reglamentos de exención por categorías aplicables a los acuerdos entre empresas. Teniendo en cuenta esta situación normativa, las Directrices de Horizontales remiten, directamente, en relación al examen de las eficiencias en el ámbito de aplicación del art. 101.3 TFUE, a las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado.

Para ambos tipos de restricciones, ya sean acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, el art. 101.3 TFUE concede la posibilidad de declarar exentos acuerdos que restringen la competencia, siempre que, concurriendo cada una de las condiciones que se recogen en la disposición, resulten indispensables para la realización de determinados objetivos y no concedan a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia para una parte sustancial en el mercado de productos de referencia¹¹³⁹.

El análisis de la exención debe partir, evidentemente, desde la declaración inicial de que la conducta es contraria al art. 101.1 TFUE, y que, por tanto, como exige su apartado 2, habrían de considerarse los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas «nulos de pleno derecho». En este sentido, el TPI en la Sentencia *Matra Hachette* (1993)¹¹⁴⁰ establece que «en efecto, el único requisito exigido para que pueda examinarse la cuestión de en qué medida un acuerdo entre empresas puede ser objeto de una exención consiste en que la Comisión demuestre que dicho acuerdo entra efectivamente en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85».

productos o componentes garantizaría el mejor rendimiento de los mismos (y por lo tanto los consumidores recibirían la mayor calidad de producto posible), pero también ayuda a preservar la reputación de una empresa o marca (MOTTA, 2004).

¹¹³⁸ Directrices de Verticales, apdo. 222.

¹¹³⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 23 de octubre de 2003 (As. T-68/98, *Van den Bergh Foods Ltd c. Comisión*), consid. 107.

¹¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 15 de julio de 1994 (As. T-17/93, *Matra Hachette SA c. Comisión*), consid. 48.

III. Ahorro de costes a través de la vinculación de productos bancarios a la suscripción de seguros

1. Costes de transacción y de distribución de las ventas vinculadas

Con carácter previo al examen de la reducción de los costes de transacción surgidos desde la actividad parabancaria, debe recordarse que «únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos». En este sentido, en relación a los citados beneficios objetivos obtenidos por la vinculación, hay que tener en cuenta que, por un lado, las eficiencias no pueden evaluarse desde las propias argumentaciones subjetivas de las partes, y, por otro, no pueden considerarse los ahorros de los costes alcanzados por empresas a través del ejercicio del poder de mercado (4ª condición del art. 101.3 TFUE) ¹¹⁴¹.

La interpretación positiva del ahorro de costes derivado de la vinculación de productos viene determinada, principalmente, por las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* ¹¹⁴², cuyo apdo. 49 refiere, en relación a la vinculación y venta por paquetes, que «son prácticas comunes que pretenden suministrar a los consumidores productos u ofertas mejores de forma más rentable» ¹¹⁴³. Por ello, se establece la presunción de que las empresas

¹¹⁴¹ Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, apdo. 49.

¹¹⁴² DOUE núm. C45/7, de 24 de febrero de 2009.

¹¹⁴³ Conforme a EDELMAN, B., “Leveraging market power through tying and bundling: does Google behave anti-competitively?”, *Harvard Business School Working Paper*, 2012, pg. 11, a diferencia de las ventas vinculadas, las ventas combinadas no requieren que los consumidores compren los dos productos juntos. Por el contrario, los consumidores están financieramente inducidos a hacerlo. Las ventas combinadas, por las que existe un descuento, son utilizadas con frecuencia por las empresas con y sin poder de mercado con el fin de estimular la demanda. Por ejemplo, muchos restaurantes ofrecen menús fijos (paquetes de platos) que son, típicamente, más baratos que lo que supondría ordenar a la carta. Del mismo modo, las empresas de productos de cuidado o higiene dental, a menudo, venden productos separados, por ejemplo, pasta y cepillos de dientes, a un precio más barato que cuando éstos se compran juntos. Las compañías farmacéuticas, usualmente, venden paquetes de medicamentos por separado con un descuento en hospitales y farmacias. Los descuentos en los paquetes pueden ser una fuente de eficiencias en el sentido de que pueden reducir los costes al permitir economías de alcance en la fabricación y/o transacción. Estos también se pueden utilizar para alentar a los clientes a probar un nuevo producto. Estas relaciones normalmente benefician a los clientes al proporcionarles productos a un precio más bajo. Sin embargo, en algunos casos, el *bundling* mixto puede ser anticompetitivo porque una empresa dominante puede usar paquetes combinados para excluir la competencia de un competidor de un solo producto.

pueden emplear prácticas de vinculación para promocionar sus ofertas con el fin de que los consumidores se beneficien de esta distribución más eficiente de productos a un menor precio¹¹⁴⁴.

Sobre el examen de estas eficiencias derivadas del ahorro de costes de producción, transacción, gestión o tiempo, la DI manifestó que «la práctica de vincular seguros a préstamos con aseguradoras participadas por las entidades de crédito se puede explicar a partir de factores que nada tienen que ver con la coordinación de comportamientos o cualquier otra práctica anticompetitiva, como la comodidad que supone para el usuario (ahorro de tiempo), la falta de información a la que puede enfrentarse el usuario que contrata una hipoteca, los escasos incentivos de las entidades de crédito a explicar al cliente de sus préstamos que las compañías aseguradoras no relacionadas con ella pueden ofrecerle también seguros, la falta de interés por parte de las aseguradoras no vinculadas a las entidades de crédito para conceder seguros asociados a los préstamos, etc..»¹¹⁴⁵.

Por su parte, la CNC declaró, fundamentación compartida posteriormente por la Audiencia Nacional¹¹⁴⁶, que: «en ausencia de efecto exclusionario, consecuencia de la práctica abusiva, la vinculación puede generar eficiencias porque contribuye a reducir costes de información para ambas partes (sobre los productos disponibles y sobre la solvencia del cliente), reduce con ello el riesgo crediticio y permite aprovechar economías de alcance que generan eficiencias tanto de oferta (menores costes de distribución) como de demanda (menores costes de gestión y adquisición)»¹¹⁴⁷. A este argumento se añade el hecho de que la vinculación pueda

¹¹⁴⁴ No obstante, como refiere en cuanto a los efectos lesivos de la competencia producidos por prácticas de vinculación, HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados...*, op. cit., pg. 527: «Examen que, si algo pone de manifiesto, en una primerísima conclusión, es la dificultad de valoración de la conducta. Los efectos sobre la competencia de la vinculación son ambiguos y el juicio de valoración de la misma, desde la perspectiva del Derecho antimonopolio, necesariamente complejo. Desafortunadamente, ninguno de los intentos de búsqueda de reglas generales de validez universal, es decir, aplicables a todos las posibles modalidades y casos de vinculación, ya se basen en la anticompetitividad intrínseca de las conductas, ya en su bondad natural, han resultado, a nuestro juicio, exitosos -o, al menos, suficiente convincentes-. Consideramos que, frente a estas conductas, no cabe ni la demonización ni la reverencia».

¹¹⁴⁵ Resolución de la CNC de 29 de mayo de 2009 (Expte. 2789, *Entidades de crédito*), FJ 1º.

¹¹⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de marzo de 2011 (nº. de recurso 489/2009), FJ 4º.

¹¹⁴⁷ En contra, Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. R 467/01, *Cajamadrid/Ausbanc*), punto 1.c) del Voto particular, pgs. 18 y 19: «Podría alegarse que un oferente que no ostente posición de dominio es libre de ofrecer sus productos en las condiciones que desee y de agrupar productos de la forma que estime conveniente ya que, de resultar esa oferta agrupada poco atractiva para el consumidor, éste siempre dispondría de libertad para concertar el servicio con

venir justificada, en casos concretos, como una «medida lógica de gestión de riesgos de la cartera crediticia (por ejemplo, en casos de crédito hipotecario en edad cercana a la jubilación)»¹¹⁴⁸.

Resulta innegable que las entidades de crédito reducen al consumidor todo gasto o coste que pudiera surgir de la contratación y que, aunque resultare éste superfluo, asumirían necesariamente si tuviesen que localizar una aseguradora separada con la que celebrar el seguro exigido¹¹⁴⁹. Mediante la oferta de seguros producidos por aseguradoras propias o asociadas los clientes pueden hacer uso directo del servicio de mediación de seguros de la entidad de crédito sin que ello, en principio, suponga ningún perjuicio tanto a la estructura de la competencia como a los derechos de los consumidores¹¹⁵⁰.

Precisamente, el art. 25.1 LMSRP recoge el ejercicio de la mediación de seguros por los OBS (agentes de seguros) a través de las redes de distribución de las entidades de crédito¹¹⁵¹. Esta habilitación contenida en la norma de mediación conlleva que el personal de las entidades de crédito pueda comercializar seguros producidos por sus filiales aseguradoras, actividad no prohibida por ninguna disposición, en las condiciones plasmadas tanto en el contrato de agencia (entidad de crédito-entidad aseguradora) como el de prestación de servicios (entidad de

otro oferente. Sin embargo, es aquí donde entra en juego la segunda peculiaridad del producto que ofrece Caja Madrid. Según el recurrente, el carácter sorpresivo de la agrupación de productos que sólo se pone en conocimiento del suscriptor de la hipoteca cuando éste, tras una serie considerable de trámites, se dispone a firmar el contrato crediticio. De ser cierta esa alegación, la conducta de Caja Madrid podría incorporar elementos contrarios a la LDC».

¹¹⁴⁸ Resolución de la CNC de 29 de mayo de 2009 (Expte. 2789, *Entidades de crédito*), FJ 8º.

¹¹⁴⁹ Por supuesto, esta fundamentación tendría muy poca incidencia al considerar el acceso inmediato de venta directa que dispone el consumidor para acceder a otras ofertas de seguros, acceso más sencillo y directo propiciado por la difusión de los comparadores de seguros vía internet.

¹¹⁵⁰ Hay que recordar que el servicio de mediación de seguros, habitualmente, es gestionado por el propio personal de la oficina o sucursal de la entidad de crédito, lo que incrementa el grado de eficiencia en la distribución, y, por otro lado, la posible falta de transparencia e información en los seguros comercializados. No obstante, parece recomendable que los consumidores, aun a pesar de tener que abonar cantidades en concepto de asesoramiento, puedan ser informados debidamente en relación a las coberturas de la póliza que exige la entidad, especialmente sobre aquellos seguros que cubren importes significativos.

¹¹⁵¹ Art. 25.1 párr. 3º LMSRP: «[...] A los efectos de lo previsto en esta Ley se entenderá por red de distribución de la entidad de crédito y del establecimiento financiero de crédito el conjunto de toda su estructura de la organización de medios personales, oficinas operativas y agentes, de acuerdo con lo previsto en su normativa de creación y régimen jurídico. Una vez cedida a un operador de banca-seguros, la red de la entidad de crédito o del establecimiento financiero de crédito no podrá fragmentarse para que parte de ella participe en la mediación de los seguros como red de otro operador de banca-seguros o como auxiliar externo de otro mediador de seguros».

crédito-sociedad mercantil constituida como OBS, cuando la entidad de crédito no actúe por sí misma como agente de seguros)¹¹⁵².

La mediación del seguro se realiza, cliente a cliente, por el personal de las entidades de crédito, que intermedian en la comercialización del seguro con el cliente o usuario bancario junto con la operación financiera principal. Si bien la Orden EHA/2899/2011 exige la adaptación y el control de la operación, incluso de la venta del seguro vinculado, a través de la cumplimentación de una serie de modelos (FIPRE y FIPER), la tarea del legislador de limitar el poder de negociación de las entidades de crédito resulta, en la práctica comercial, muy limitada¹¹⁵³. Por este motivo, el legislador comunitario, *ex* DCCC, con respecto a los créditos hipotecarios para la obtención de bienes inmuebles de uso residencial, prohibía, ya de forma determinante, las ventas vinculadas aunque, si bien, permitía que los prestamistas pudieran exigir al consumidor una póliza, obligándole a aceptar pólizas producidas por otras entidades aseguradoras con el mismo nivel de garantía que la inicialmente propuesta, y sin que el cliente mantuviera las bonificaciones.

Sobre esta cuestión, el epígrafe acerca de las eficiencias de la vinculación contenido en las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, señala que la Comisión podrá valorar positivamente las alegaciones realizadas por empresas dominantes que determinen que la práctica de vinculación reduce los costes de transacción para los clientes, «que de otro modo estarían obligados a comprar los componentes por separado». De lo que se deduce que sobre aquellas prácticas de vinculación en las que el producto principal deba

¹¹⁵² No cabe duda de que la regulación de los OBS, nuevo modelo organizativo más sencillo y transparente que el anterior invocado en la LMSP de 1992, ha llevado a una mayor eficiencia en la distribución de seguros por las entidades de crédito, en detrimento del resto de operadores de dicho mercado. En igual sentido, FUNA, D.B., “Bancassurance strategy”, *Business Mirror*, 2015, que soslaya, con similares términos a lo acontecido en nuestro país con la liberalización de la banca-seguros, que los intermediarios de seguros tradicionales se habían opuesto inicialmente a la banca-seguros. De hecho, la tendencia de este sistema ha conducido a una disminución de la productividad de los agentes. Hoy en día, señala el autor, los bancos han demostrado tener una mayor productividad que los agentes tradicionales. De esta manera, la banca-seguros compite directamente contra agentes y corredores por dichos clientes.

¹¹⁵³ A este respecto, puede sumarse el hecho de las entidades de crédito no tienen el deber de recoger en sus ofertas que los seguros ofertados no son legalmente obligatorios, lo que produce cierta confusión en los consumidores, favoreciendo la distribución masiva e irresponsable.

suministrarse necesariamente junto con el producto vinculado, las eficiencias en los costes de transacción o de distribución quedarían absolutamente justificadas¹¹⁵⁴.

No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo no existe ninguna disposición que obligue al cliente a suscribir un seguro, del tipo o ramo al que pertenezca, junto con un producto financiero como lo es un préstamo, ya sea aquél personal o hipotecario, sino que el art. 18.4 de la Orden EHA/2899/2011 establece que «en el caso de suscripción de seguros de amortización de créditos o préstamos, tal suscripción no podrá sustituir, en ningún caso, la necesaria y completa evaluación de la solvencia del cliente y de su capacidad para cumplir con sus obligaciones de pago por sus propios medios». El seguro, por tanto, se configura como un elemento más de garantía y no como un producto meramente accesorio, con condiciones contrarias a los consumidores, que deba transarse junto con la operación financiera¹¹⁵⁵.

¹¹⁵⁴ Esta ha sido la postura de la autoridad nacional de competencia en los asuntos antes referidos, quedando sometida, conforme se expresa en las Resoluciones, a los términos de la doctrina comunitaria sobre vinculación de productos. Por otro lado, para interesar el archivo de la denuncia que dio origen a la Resolución *Cajamadrid/Ausbanc* (2001), el TDC se apoyó en la falta de tipicidad de los acuerdos entre matriz y filial, cuya prohibición no puede encuadrarse en el art. 1 LDC al no haberse constituido entre empresas con cierto grado de independencia: «Como no podía ser de otra forma, este Tribunal se ha manifestado en numerosas ocasiones respecto a estas cuestiones. Así, por ejemplo, ya en la Resolución del expediente r 203/97, *SEPLA/IBERIA*, de 22 de mayo de 1997, haciendo referencia a la jurisprudencia comunitaria, se sostiene que los supuestos acuerdos denunciados entonces de fijación de precios y reparto de mercados entre *IBERIA* y *AVIACO* no pueden encuadrarse entre los incursos en las prohibiciones del art. 1 LDC ni en las del entonces art. 85 del Tratado de Roma por no existir independencia en la gestión entre filial y matriz» (FJ 2º).

¹¹⁵⁵ Art. 3 LCS: «Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas». En este punto debe realizarse, oportunamente, la distinción entre las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y las cláusulas delimitadoras del riesgo. De acuerdo a la STS (Sala de lo Civil) de 22 de abril de 2016 (nº. de recurso 63/2014), FJ 6º: «desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas es sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido. No obstante, como expresa la sentencia de esta Sala núm. 715/2013, de 25 de noviembre, en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Las fronteras entre ambas no son claras, e incluso hay

El problema se circunscribe, más allá de la valoración final que englobe el ahorro de gastos de transacción para el consumidor, en las condiciones en las que se le ofrece el seguro exigido por la entidad de crédito. En un mercado abierto y competitivo como lo es el mercado asegurador español¹¹⁵⁶, los costes asociados a la transacción que tienen que repercutir obligatoriamente los consumidores son, verdaderamente, muy reducidos, dado que podrían acceder a la información suministrada por multitud de entidades aseguradoras en tiempo reducido, pudiendo hacer uso de diferentes aplicaciones y vías para comparar el precio y condiciones de cada póliza de seguro ofertada. De esta forma, cuando la entidad de crédito se sirve de este contacto inmediato con el cliente para, mediante el ejercicio de un abuso de posición dominante, imponerle un contrato de seguro que sustituye el obligado análisis de la solvencia del cliente, y que, además, le reporta importantes

supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado. La sentencia 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de esta Sala 1.ª, (verbigracia sentencias núm. 1051/2007, de 17 de octubre; y 598/2011, de 20 de julio), según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal. [...] Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias 268/2011, de 20 de abril; y 516/2009, de 15 de julio). La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares». En esencia, teniendo en cuenta la dificultad de examinar aquellas cláusulas delimitadoras del riesgo que pueden convertirse, en la práctica, en cláusulas limitativas de los derechos del asegurado (cuestión muy debatida por la doctrina), hay que partir de los requisitos que la jurisprudencia exige para la existencia de una cláusula delimitadora del riesgo, debiendo delimitar ésta, en coherencia con el objeto de contrato: 1º los riesgos que son objeto de cobertura por la póliza de seguro; 2º en qué cuantía; 3º durante qué plazo; y 4º en qué ámbito temporal. Así, en cuanto a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, éstas deben destacarse especialmente y han de ser expresamente aceptadas por escrito. No obstante, esta interpretación dependerá, como indica, LA CASA, GARCÍA, R., “Delimitación del riesgo y extensión personal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil”, *Ponencia pronunciada en el II Congreso Nacional de Responsabilidad y Seguro*, 2001, de «factores tales como la índole usual u ordinaria de las exclusiones de la cobertura o la misma redacción de la póliza en lo tocante a la precisión del riesgo».

¹¹⁵⁶ De acuerdo a Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *El movimiento estratégico del sector asegurador...*, op. cit., pg. 63, «el sector asegurador español, en comparación con otros países europeos, se ha caracterizado por la concurrencia de un elevado número de compañías de seguros de reducida dimensión. En efecto, nuestro sector asegurador se ha singularizado, tradicionalmente, por una fuerte atomización».

comisiones por venta, resulta posible apreciar una alteración significativa de las condiciones normales del mercado¹¹⁵⁷.

2. Costes en el seguro vinculado

El apdo. 185 de las Directrices de Horizontales refiere que las mejoras de eficiencia alcanzadas mediante restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en forma de precios menores o de mejor calidad o variedad del producto en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. En este sentido, se señala por la Comisión que «las mejoras de eficiencia que solamente benefician a las partes o el ahorro de costes causados por la reducción de la producción o por el reparto del mercado no constituyen una base suficiente para el cumplimiento de los criterios del artículo 101, apartado 3».

La práctica habitual de las entidades de crédito en la comercialización de sus créditos y préstamos hipotecarios no es la de reducir el precio del producto vinculado, ni la aminoración del precio conjunto de la venta vinculada, sino la aplicación de un descuento por cada producto accesorio contratado por el cliente de los ofrecidos por la entidad para captar más primas. El precio del producto asegurador, ya sea exigido *ab initio* por la entidad o desde la oferta de la venta combinada, no altera su precio ni su calidad en comparación con los ofertados por otros operadores aseguradores¹¹⁵⁸, sino todo lo contrario; posiblemente los precios

¹¹⁵⁷ Estas condiciones se aseveran en el mercado del producto vinculado, y no del mercado del producto bancario cuyos proveedores han alcanzado el consenso de distribuir sus productos junto con seguros, con el fin de rentabilizar la operación sin asumir ningún tipo de perjuicio y quedando al margen del resto de competidores que no pueden acceder al negocio de banca-seguros.

¹¹⁵⁸ En relación a la posibilidad de que los clientes puedan comparar los seguros propuestos por la entidad de crédito y los ofertados por la competencia, DIAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 2.1.2.b).5, cap. 8, manifiesta, cuestionándose que las entidades puedan proponer sus propios seguros con otros producidos por otros proveedores de seguros, que: «sin duda, por encima de cualquier otro objetivo, ha de garantizarse la comparabilidad de los productos en el mercado y la plena libertad de los consumidores a la hora de suscribir la correspondiente póliza de seguro con la compañía que estimen conveniente, pero esto no significa que deba bloquearse por ley toda posibilidad de que una entidad de crédito, en su doble condición de banco y mediador de seguros, pueda ofrecer a sus clientes mejores condiciones económicas para el caso de adquisición conjunta de varios productos o servicios. No se trata de limitar la competencia entre los distintos operadores en el mercado –cada uno con sus singulares características–, sino de garantizar tal competencia mediante la rigurosa aplicación de las normas destinadas a su salvaguarda. El exceso de regulación no siempre supone una mayor garantía de los derechos tutelados y así, quizás algunas de las previsiones incorporadas en los últimos años en ciertos ordenamientos de nuestro entorno puedan resultar excesivas e, incluso, poco efectivas, como la exigencia de ofrecimiento de dos opciones de aseguramiento distintas a la propia por parte de las entidades de crédito italianas. Al margen de que el grado de cumplimiento de esta previsión haya

podrían resultar superiores atendiendo a la inmediatez con la que se vincula el producto financiero¹¹⁵⁹.

De la misma manera, las condiciones generales de las pólizas de seguros asociadas a la comercialización usualmente, en la práctica, no se ajustarían a las ofrecidas en el mercado por otros proveedores. Al respecto, se suscitan los supuestos de seguros de vida o de hogar con condiciones desventajosas para los clientes como pueden ser: (1) abonar la misma prima hasta el vencimiento (e incluso después de vencido) de la operación sin tener en cuenta la reducción del importe del préstamo; (2) la designación por cesión irrevocable a favor de la entidad de crédito de la indemnización que pudiera corresponder al titular del préstamo o a sus herederos; (3) la contratación del seguro a prima única financiada, sumando su importe al capital prestado cuya devolución, incluido dicha cantidad, genera intereses a favor de la entidad de crédito; (4) la alteración unilateral de la prima del seguro en función de factores poco razonables, so pena de penalizar al prestatario con la retirada del descuento en el tipo de interés si decide cancelar el seguro o decide sustituir la póliza por otra producida por su proveedor de seguros de su elección; (5) la contratación de seguros de protección de pagos junto con el préstamo para cubrir situaciones que lo desaconsejan; o (6) en los seguros de daños,

sido muy bajo hasta el momento, la presentación de dos opciones alternativas por parte de una entidad que cuenta con sus propios productos puede suponer sólo mayor confusión para el cliente pues, sin duda, la entidad oferente presentará propuestas menos ventajosas que la propia. Sí resulta fundamental garantizar la posibilidad de adquisición del seguro a una compañía ajena a la entidad, en los términos que hemos expuesto más arriba. Por su parte, también la prohibición de ofrecimiento de toda ventaja económica en caso de adquisición conjunta de varios productos –prevista también en Italia y Francia en los últimos años– opera, en realidad, en perjuicio del consumidor. Siempre que se trate de una ventaja real de mercado y de que se haya logrado con respeto a las normas de competencia, el ofrecimiento de mejores condiciones para el caso de adquisición de varias prestaciones conectadas ha de considerarse lícito y es un recurso empleado frecuentemente en la práctica mercantil, como ocurre, en el propio ámbito del seguro, con las ofertas económicamente favorables ligadas a la reagrupación de seguros emitidas por corredurías o por las mismas compañías de seguros».

¹¹⁵⁹ La doctrina extranjera señala todo lo contrario de la práctica habitual, esto es, la banca-seguros debería ofrecer productos de seguros estandarizados y competitivos que permitirían al canal alcanzar un crecimiento sostenible. Sin embargo, esta situación no se presenta en el modelo español por la forma y precio de los contratos de seguros que se comercializan y que resultan muy poco competitivos y eficientes en relación a los ofertados por la competencia, trasladando el sentido del negocio a la distribución masiva de seguros y no a la calidad del asesoramiento del cliente. Vid. BERGENDAHL, G., “The profitability of bancassurance for European banks”, *The International Journal of Bank Marketing*, Vol. 13, issue. 1, 1995, pg. 28, indica que, consecuentemente, cabría esperar que la banca-seguros se amplíe aún más en el futuro. Su mayor rentabilidad se deriva de aquellos bancos que tienen una gran base de clientes y un número moderado de sucursales. Será importante ofrecer productos estandarizados y, por tanto, de bajo coste. Cuando se cumplan estas condiciones, la *bancassurance* obtendrá una alta competitividad tanto en seguros de vida como en seguros generales.

la suma asegurada que supere con creces el valor real del inmueble, constituyéndose una situación de sobreseguro.

En todos estos supuestos, la contratación del seguro ofertado por la entidad de crédito podría suponer para el consumidor un mayor coste que el ahorro derivado del descuento ofrecido en los tipos de interés en los préstamos de tipo variable o mixto. El producto asegurador comercializado por las entidades de crédito, por tanto, no pretende competir en precio y calidad con los ofertados por la competencia, por cuanto el interés de su suscripción recae en la mayoría de ocasiones sobre la entidad. En este sentido, su finalidad comercial puede ser otra, la de incrementar el volumen de primas en el canal de banca-seguros a través de seguros no demandados producidos por importantes entidades aseguradoras, filiales o no, cuya imagen y prestigio otorgan al cliente la suficiente confianza para conceder su aceptación.

Desde el art. 101 y 102 TFUE, ya sea para reservar al mismo tiempo a los clientes una participación equitativa en el beneficio resultante, o para ofrecer a éstos productos u ofertas mejores de forma más rentable, las políticas de vinculación con seguros llevadas a cabo por entidades de crédito, a nuestro juicio, podrían aproximarse más a la explotación de su poder de mercado que a la lógica gestión de la cartera crediticia¹¹⁶⁰. Esta intencionalidad se comprende mejor teniendo en cuenta el hecho de que la mayor parte de las pólizas comercializadas junto con productos financieros han sido producidas por filiales aseguradoras de las entidades de crédito o mediante la constitución de sociedades *joint-ventures* con entidades aseguradoras separadas, entre otros tipos de acuerdos, constando la entidad de crédito como propietaria o con una participación significativa en la aseguradora que producía el seguro.

Este argumento podría corroborarse en el *Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor. Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas* (pg. 9), que refiere que «la mayoría de los mercados bancarios y de seguros al por menor de los Estados

¹¹⁶⁰ Tanto en la doctrina comunitaria como en la estadounidense no se duda de la capacidad que ostenta el *bundling* de producir, igualmente, efectos procompetitivos. Al respecto, DE LA MANO, M., “Vertical and Conglomerate Effects”, *Fordham Competition Law Institute*, 2006, pgs. 25 y ss., señala que tanto las ventas vinculadas como combinadas pueden conducir a un ahorro de costes que se derivan, de alguna forma, de economías de alcance, así como a una mejor compatibilidad y garantía de calidad de los productos complementarios. En referencia a los efectos anticompetitivos, el autor indica el cierre del mercado a través de estas prácticas. Sin embargo, señala que no es posible determinar si, en general, agrupar o vincular por razones de discriminación de precios, perjudica o beneficia a los consumidores.

miembros están sumamente concentrados y muestran indicios de no ser plenamente competitivos, lo que limita las posibilidades de elección de los consumidores, así como el valor y calidad de los productos que estos reciben».

Concurriendo en el mercado de banca minorista una creciente concentración, las entidades de crédito pueden evaluar y decidir, independientemente de sus competidores en el mercado asegurador, elevar el precio del producto financiero para forzar a los clientes a reducirlo a través de la suscripción de productos o servicios accesorios. Del mismo modo, debido a la desproporción en las cuantías entre la operación financiera y el coste del seguro, de forma ventajosa, las entidades de crédito pueden mantener un precio más elevado en sus seguros asociados que el de sus competidores aseguradores sin que ello provoque una mayor competencia en la comercialización del producto vinculado¹¹⁶¹.

3. Costes del producto bancario: vinculación y descuentos

Las entidades de crédito suelen aplicar un descuento condicional al cliente si éste, igualmente, acepta otras condiciones, en este caso accesorias a la operación en forma de productos vinculados, por ejemplo, a las de un préstamo hipotecario a tipo de interés fijo. La consecuencia de no cumplir por el cliente con las condiciones de vinculación exigidas, una vez aceptada por la entidad la concesión del préstamo, es un mayor precio del producto principal muy superior al precio del producto asegurador, lo que reduce la movilidad de los clientes para seleccionar otros proveedores de seguros.

Esta estrategia, seguida unilateralmente por la mayoría de entidades de crédito españolas, obliga al cliente a ceder ante la suscripción de uno o varios seguros, aumentando el precio del producto principal en caso de incumplimiento,

¹¹⁶¹ Por supuesto esta práctica de vinculación (aumento del precio del producto principal para luego reducirlo a través de la suscripción del producto vinculado) poco tiene que ver, por falta absoluta de competencia, con el efecto *Cournot* de las ventas vinculadas, definido en la Sentencia del TPI (Sala Segunda ampliada) de 14 de diciembre de 2005 (As. T-201/01, *General Electric Company c. Comisión*), consid. 450 como una teoría económica que describe, en esencia, las ventajas que obtiene una empresa que vende una amplia gama de productos, en comparación con sus competidores cuya gama es más limitada, como consecuencia del hecho de que, si propone reducciones en todos los productos de la gama, reduciendo así su margen de beneficios sobre cada uno, se beneficia, no obstante, de esta práctica de manera global debido a que vende una mayor cantidad de todos los productos de su gama. Esta Sentencia así como los modelos económicos utilizados para analizar la competitividad de las ventas vinculadas y combinadas han sido examinados en NEVEN, D.J., “The analysis of conglomerate effects in EU merger control”, *Handbook of antitrust Economics*, 2008.

teniendo en cuenta que: (1) usualmente el coste de no suscribir los seguros que se promocionan en la oferta es la subida de un punto porcentual en el tipo de interés¹¹⁶²; (2) la gran mayoría de entidades de crédito promocionan la operación financiera (también préstamos personales)¹¹⁶³ con la venta del seguro, lo que reduce las posibilidades del cliente de acceder al mismo producto financiero sin vinculaciones a un coste reducido; y (3) en la información del descuento promocional bajo contratación de seguros vinculados se hace constar la necesidad del cliente de acogerse a dicha suscripción para la concesión de la oferta que se promociona, por lo que el cliente se dirige, antes de comenzar la negociación con la entidad, con la idea preestablecida de suscribir dichos seguros si desea alcanzar el tipo de interés propuesto.

Al respecto, en el apartado relativo a las eficiencias de las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, la Comisión establece que las justificaciones presentadas por empresas dominantes pueden fundamentarse demostrando que su conducta es objetivamente necesaria o que produce eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo para los consumidores, por lo que se evaluará considerando si la misma es imprescindible y proporcional al presunto objeto de la empresa dominante¹¹⁶⁴.

En el caso de la vinculación de seguros (el aumento del precio del producto financiero y restricciones en el mercado de seguros de los asociados a productos y servicios bancarios), esta cuestión podría dilucidarse, objetivamente, por razones de insolvencia del cliente garantizando, por ejemplo, el inmueble que sirve de garantía en caso de incumplimiento en el abono del crédito o préstamo. Entonces,

¹¹⁶² En el caso de suscripción de seguros de vida (seguros de amortización de préstamos) o seguros de protección de pagos, la suma total de las primas podría superar los beneficios potenciales de haberse producido el siniestro cubierto. Estos problemas acerca de la necesidad en la suscripción de los seguros no son nuevos, tampoco, en el resto de países de nuestro entorno. Al respecto, el primer caso en el Reino Unido sobre la necesidad y sobre coste de estos seguros se remonta a los años 1992 y 1993 por petición del Sr. L.W. Price frente a TSB Bank Plc. (*Bristol CC 93/10771*), cuya parte dispositiva admitía la solicitud declarando que el coste total del seguro era casi tan alto como los beneficios potenciales que se podían reclamar.

¹¹⁶³ En este sentido, el Banco Sabadell acaba de lanzar una nueva campaña publicitaria de préstamos personales llamada «préstamo expansión», en la que, si bien el prestatario puede calcular la cuota del préstamo (importe y tiempo de devolución), se obliga al consumidor a suscribir una póliza de seguro de vida y otra de protección de pagos (Protección Total Vida y Protección Total Pagos) con BanSabadell Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, todo ello de forma automática y sin que la entidad examine la solvencia del prestatario para imponerle dichas pólizas.

¹¹⁶⁴ Apdo. 28.

pues, la cuestión se ciñe en que, una vez aportadas por la empresa dominante las pruebas con las que intente demostrar la justificación objetivamente de la vinculación, sea la autoridad de competencia quien determine, en última instancia, si aquella resulta objetivamente necesaria para, una vez analizados los efectos anticompetitivos producidos, determinar si es probable que dé lugar a un perjuicio para los consumidores¹¹⁶⁵.

A nuestro juicio, en relación a seguros vinculados a préstamos hipotecarios, sostenemos que, como así se hizo constar en el Voto Particular emitido frente a la Resolución *CajaMadrid/Ausbanc* (2001)¹¹⁶⁶, «no sería, en principio, sostenible en un mercado en libre competencia que las empresas impusieran simultáneamente una misma carga innecesaria a sus clientes, ya que la no imposición de tal carga supondría una ventaja competitiva que, sin concertación, utilizarían y pregonarían algunos de los competidores para obtener mayor cuota de mercado. En un régimen de competencia no falseada la carga innecesaria terminaría desapareciendo precisamente por la fuerza de la acción competitiva».

En efecto, a través del cauce de la vinculación de productos, las entidades de crédito pueden elevar unilateralmente el precio del producto principal, ya sea denegando el suministro del producto principal en las condiciones ofertadas, o, discrecionalmente, no concediendo el producto financiero al no cumplir el consumidor con el criterio de solvencia que pudiera alcanzarse con la suscripción de los seguros propuestos. Es un hecho relevante que, en ninguna de las ofertas de préstamos hipotecarios consultadas, se traslade al consumidor la finalidad del seguro exigido así como las circunstancias por las que resultaría obligatorio exigirlo junto con el producto financiero para acceder a las condiciones que se promocionan. En este sentido, si la vinculación no tuviere exclusivamente un interés comercial por las entidades de crédito por cobrar primas y comisiones de venta, aplicarían los mismos descuentos condicionales en los tipos de interés sobre aquellos clientes que aportasen pólizas de seguro de otros proveedores que no tuviere relación económica o vínculos estrechos con la entidad que concede el préstamo.

Conforme a este contexto, el coste del seguro supondría otra carga económica añadida al abono del crédito o préstamo, que podría sumarse a la domiciliación de la nómina o la prestación por desempleo o pensión de forma ininterrumpida durante

¹¹⁶⁵ *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, apdo. 31.

¹¹⁶⁶ Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. R 467/01, *Cajamadrid/Ausbanc*), 2º punto del Voto particular, pg. 20.

un término temporal; a un plan de pensiones usualmente con la aseguradora perteneciente a la entidad de crédito y con la exigencia de un saldo mínimo; o a la utilización de la tarjeta de crédito o de débito emitida por la entidad por un mínimo de veces determinado. No obstante, cuando el precio del producto financiero, contrato de larga duración (ya sea un préstamo hipotecario o personal)¹¹⁶⁷, está vinculado con la suscripción o mantenimiento del seguro, de modo que contenga una cláusula penal desproporcionada, esta situación puede provocar tanto el cierre anticompetitivo de la competencia como otros perjuicios evidentes para los consumidores¹¹⁶⁸.

Las vinculaciones con préstamos y créditos pueden resultar beneficiosas cuando éstas no supongan para el consumidor un coste adicional directo, como, por ejemplo, la domiciliación de la nómina o pensión, el uso de tarjetas de crédito que normalmente incluyen seguros gratuitos, o domiciliar y pagar una serie de recibos a través de la cuenta de la que sea titular el prestatario. En el supuesto de los seguros, el prestatario, de forma favorable, puede ver deducido su tipo de interés gracias a la suscripción de un producto asegurador cuya contratación ha sido demandada voluntariamente por aquél. Sin embargo, cabe cuestionarse si el descuento producido en el producto principal resultaría favorable para el consumidor cuando aquél no desea suscribir los seguros que promocionan la operación. Al respecto, para determinar la existencia de un ahorro (exclusivamente económico y no de derechos) por la compra conjunta de ambos productos, sería necesario comparar la prima de la póliza de seguro y sus coberturas con ofertas similares proporcionadas por otros proveedores de seguros, para, posteriormente, calcular si entre dicho importe y la cuantía descontada por la bonificación existe una ganancia a favor del consumidor.

¹¹⁶⁷ De acuerdo a la Comunicación titulada: «*Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*», DOUE núm. C45/7, de 24 de febrero de 2009, apdo. 53: «The risk of anti-competitive foreclosure is expected to be greater where the dominant undertaking makes its tying or bundling strategy a lasting one, for example through technical tying which is costly to reverse. Technical tying also reduces the opportunities for resale of individual components» [Se espera que el riesgo de exclusión sea mayor cuando la empresa dominante hace que su estrategia de vinculación o agrupamiento sea duradera, por ejemplo mediante la vinculación técnica, que es costosa de revertir. La vinculación técnica también reduce las oportunidades de reventa de componentes individuales].

¹¹⁶⁸ Vid. MARÍN GARCÍA, I. y RUIZ GARCÍA, C.A., “Cláusulas penales en contratos de exclusiva y abuso de posición dominante. Comentario a Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, Expte. 646/08, caso Axion/Abertis”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2009, 2009.

Desde la información precontractual que debe proporcionar la entidad de crédito (Sección 5ª del modelo FIPRE), el coste del seguro viene incluido en la TAE del contrato de crédito o préstamo hipotecario, sin que resulte obligatorio que se detalle el coste individualizado aproximado del seguro que se vincula para la concesión de la operación en las condiciones ofrecidas. No obstante, aunque se concrete el coste del seguro atendiendo a criterios orientativos (edad, suma asegurada...), las condiciones y precio del mismo suelen variar habitualmente atendiendo a las circunstancias reales del prestatario. El seguro, por tanto, se comercializa generalizadamente bajo una potente inducción contractual que se traduce en una posible imposición o coerción sobre el cliente (art. 5.2 e) LMSRP), y cuya distribución se realiza sin cumplir las obligaciones de información oportunas requeridas por la norma de mediación (art. 6.1 LMSRP), ya partan éstas para la mediación de un seguro para un préstamo o crédito hipotecario, para un préstamo personal, o para cualquier producto bancario¹¹⁶⁹.

En cualquier caso, hay que matizar que el Derecho de Defensa de la Competencia no se ocupa de actos (conductas cometidas también por empresas dominantes) cuyo objeto sea la discriminación de precios contra los consumidores (prácticas agresivas, inducción a la infracción contractual...)¹¹⁷⁰, cuestión que atañe por disposición legal al art. 16.1 LCD («el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada»)¹¹⁷¹. Ahora bien, de acuerdo al art. 3 LDC¹¹⁷² resultaría sancionable, en méritos de proteger una competencia efectiva en el sector

¹¹⁶⁹ En relación a los créditos al consumo la Orden EHA/2899/2011, remite en su art. 33 relativo a la normativa de transparencia de los créditos al consumo a lo dispuesto en la LCCC. Hay que recordar que la DCC no limita las ventas vinculadas y combinadas tal y como lo hace la DCCC.

¹¹⁷⁰ Al respecto, puede consultarse MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “Misleading and aggressive commercial practices and the defects of transactional consent”, en SCHULZE, R. y PERALES VISCASILLAS, P. (Dirs.), *The Formation of Contract: New Features and Developments in Contracting*, Baden-Baden (Alemania), Editorial Nomos, 2016, pgs. 89-99.

¹¹⁷¹ Vid. ARMENGOL GASULL, O., “La discriminación de precios como abuso de posición dominante”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A., (Dirs.), *El abuso de posición de dominio*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, pg. 305: «No debe olvidarse que los arts. 82.c) TCE y 6.2.d) LDC no tutelan el interés particular de los clientes de la empresa dominante a los que la discriminación sitúa en posición económicamente desventajosa (de lo que en España se ocupa el art. 16.1 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal cuando los clientes son consumidores), sino el interés público en que la competencia en el mercado en el que operan sea efectiva».

¹¹⁷² Art. 3 LDC: «La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público».

del seguro, que las entidades de crédito, afectando a todos los competidores del mercado asegurador así como a la masiva demanda de productos financieros, se aprovechasen de situaciones de dependencia económica frente a sus clientes para cometer actos de naturaleza desleal, en particular, promover una comercialización abusiva de seguros¹¹⁷³.

Tanto el aumento del precio del seguro con respecto a las pólizas ofertadas por la competencia, el número de vinculaciones que se repiten en multitud de ofertas de préstamos hipotecarios y entre las que se incluyen los seguros de hogar y de vida o de amortización de préstamos o créditos, los similares descuentos por vinculación concedidos en la mayoría de entidades de crédito, así como los ofertas de préstamos personales en los que imponen seguros, permitirían afirmar que estas conductas pueden constituir prueba de la existencia de una posición dominante conjunta o de una práctica conscientemente paralela entre aquéllas. De otro modo, como indica el TPI en la Sentencia *Hilti* (1991)¹¹⁷⁴, si bien una empresa que no ostente posición dominante puede comportarse de la misma manera, resultaría en la práctica muy improbable que lo haga, dado que la existencia de una auténtica competencia garantiza que, por regla general, las consecuencias desfavorables del comportamiento superarán cualquier posible beneficio.

Actualmente las entidades de crédito, en relación, exclusivamente, a los créditos y préstamos hipotecarios para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial¹¹⁷⁵, parecen haber adelantado, de forma más o menos uniforme, sus

¹¹⁷³ El art. 15.2 LCD considera desleal la «simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial». De este modo, el art. 5.2 e) LMSRP prohíbe imponer directa o indirectamente la celebración de un contrato de seguro, su letra f) prohíbe «celebrar en nombre de su cliente un contrato de seguro sin el consentimiento de éste»; y el art. 18.4 Orden EHA/2899/2011 la sustitución de una necesaria y completa evaluación de solvencia de cliente y de su capacidad para abonar las cuotas por sus propios medios por un seguro de amortización de créditos o préstamos. En este sentido, conforme se refiere en la Resolución del TDC de 26 de febrero de 2004 (Expte. 560/03, *Grupo Freixenet*), FJ 3º, «según doctrina consolidada del TDC, esto significaba que, para poder aplicar el artículo 7 LDC, resultaba necesario el concurso de los tres siguientes elementos en la conducta probada: 1) Que constituya competencia desleal; 2) Que pueda producir falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional; y 3) Que afecte al interés público. El esclarecimiento acerca de si concurren -y cómo- estos tres elementos en el hecho probado exige un análisis separado de cada uno de ellos».

¹¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1991 (As. T-30/89, *Hilti AG vs. Comisión*), consid. 87.

¹¹⁷⁵ Debemos recordar que en la LCCC los únicos requisitos que obligan a los prestamistas en relación a los seguros vinculados a créditos al consumo son: (1) incorporar el coste de las primas de seguro en el coste total del crédito (art. 6 letra a); (2) indicar en la información básica que deberá figurar en la publicidad que la concesión del crédito estará supeditada a la celebración de un contrato de seguro (art. 9.3); (3) recoger en la información previa al contrato de crédito que su concesión está

políticas de vinculación a la futura transposición en nuestro ordenamiento jurídico de la DCCC, cuyo art. 12.4 dispone que: «los Estados miembros podrán permitir a los prestamistas que exijan al consumidor suscribir una póliza de seguro pertinente en relación con el contrato de crédito. En estos casos, los Estados miembros velarán por que el prestamista acepte la póliza de seguros de un proveedor distinto de su proveedor favorito cuando dicha póliza posea un nivel de garantía equivalente al nivel que haya propuesto el prestamista». En este sentido, los descuentos condicionales en el producto financiero por compra exclusiva de los seguros propuestos por entidades de crédito podrían actuar como un instrumento de palanca para alcanzar los mismos fines, sin que la citada Directiva prohíba que la venta vinculada se realice en uso de esta política de descuentos¹¹⁷⁶.

Los compromisos de abastecimiento exclusivo y los sistemas de descuentos fueron definidos y calificados como una práctica contraria a los arts. 101 y 102 TFUE en la conocida Sentencia *Hoffmann-La Roche* (1979)¹¹⁷⁷, que declara que, «en efecto, los compromisos de abastecimiento exclusivo de este tipo, con o sin contrapartida de reducciones de precios o la concesión de descuentos por fidelidad para estimular al comprador a abastecerse exclusivamente en la empresa en posición dominante, son incompatibles con el objetivo de una competencia no falseada en el mercado común porque no se basan -salvo circunstancias excepcionales que pudiesen hacer admisible un acuerdo entre empresas en el marco del artículo 85, y en particular del apartado 3 de esta disposición- en una prestación económica que justifique esa carga o esa ventaja, sino que pretenden quitar al comprador, o limitarle, la posibilidad de elección en lo que respecta a sus fuentes de abastecimiento e impedir a otros productores el acceso al mercado».

Al respecto, en el considerando 25º de la DCCC se manifiesta que, como regla general, no deben permitirse las ventas vinculadas a no ser que el servicio o

condicionada a la suscripción del seguro, así como las condiciones que alternativamente se aplicarían en caso de no contratarlo (arts. 10.3 letra k y 12.10); y (4) hacer constar en el contrato los seguros a los que se condicione la concesión del crédito, así como el derecho a la devolución de la prima no consumida en caso de reembolso anticipado (arts. 16.2 letras o y r). En consecuencia, por el legislador no se prohíben las ventas vinculadas en los contratos de crédito al consumo, ni se obliga a los prestamistas a aceptar pólizas de seguro producidas por otros proveedores de seguros distintos de su proveedor favorito en aquellos supuestos en los que el contrato se supedita a la suscripción de un seguro.

¹¹⁷⁶ Hay que destacar la facilidad que supone para las entidades de crédito obligar al cliente a la suscripción de un seguro cuyo coste total no supera el 5% de un préstamo hipotecario con un importe medio de 150.000 euros.

¹¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979 (As. 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*), consids. 89 a 91.

producto financiero ofrecido junto con el contrato de crédito hipotecario no pudiera ofrecerse por separado al constituir una parte del crédito plenamente integrada en el mismo. En el mismo sentido, en su considerando inmediatamente anterior, se indica que «aunque la combinación en paquetes de un contrato de crédito con uno o más servicios o productos financieros puede beneficiar a los consumidores, sin embargo puede ir en detrimento de su movilidad y de su capacidad para elegir con conocimiento de causa, salvo si los componentes del paquete pueden comprarse separadamente».

En el actual mercado hipotecario, las entidades de crédito no pretenden competir con los demás agentes del mercado asegurador a través de una mediación de seguros de mayor de calidad, personalizados, o con productos aseguradores menos costosos y con mejores coberturas, sino, exclusivamente, mediante la promoción de la reducción del tipo de interés aplicable a la operación, sin atender, además, a ningún criterio de solvencia que aconseje la suscripción del seguro¹¹⁷⁸. Dentro de estas políticas de descuentos, destaca aquella en la que la entidad ofrece un menor tipo de interés pero con un mayor índice de vinculaciones¹¹⁷⁹. Esta

¹¹⁷⁸ Al respecto de la posibilidad de transmitir el poder de mercado de las entidades de crédito al mercado de seguros (*leverage power*), Vid. *Background Note on Payment Protection Insurance*, European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), Frankfurt (Alemania), 2013, pg. 8: «Market power is the economic concept of the ability of a firm to profitably raise the market price of a good or service over marginal cost and thus has a great effect on consumer choice. The most obvious distribution channel for underwriters is through loan providers and this is likely to result in considerable market power (economic strength) for loan providers. This market power is likely to be further strengthened with the application of tying or bundling practices. In PPI markets consumers are often mainly engaging with the loan product offered and not with the accompanying PPI product or its cost. This can lead to loan providers having a potentially captive audience who do not shop around for alternative insurance cover and thus do not drive down costs through competition. Loan providers are thus potentially able to exert market power and charge excessive prices for PPI and make supernormal profits from it» [El poder de mercado es el concepto económico de la capacidad de una empresa para elevar de forma rentable el precio de mercado de un bien o servicio sobre el coste marginal y, por tanto, tiene un gran efecto en la elección del consumidor. El canal de distribución más evidente para los contratantes surge a través de los proveedores de préstamos y es probable que esto genere un poder de mercado (fortaleza económica) considerable para los proveedores de préstamos. Es posible que este poder de mercado se fortalezca aún más con la aplicación de prácticas de vinculación o agrupamiento. En los mercados de PPI, los consumidores a menudo se relacionan principalmente con el préstamo ofrecido y no con el PPI que lo acompaña o su coste. Esto puede llevar a que los proveedores de préstamos tengan un público potencialmente cautivo que no busque una cobertura de seguro alternativa y, por tanto, no reduzca los costes a través de la competencia. Los proveedores de préstamos son potencialmente capaces de ejercer poder de mercado y cobran precios excesivos por PPI y obtienen beneficios supernormales a partir de él].

¹¹⁷⁹ De acuerdo a HUERTA DE SOTO BALLESTER, J., *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Madrid, Unión Editorial, 2011, pg. 228: «[...] el tipo de interés puede interpretarse de dos formas distintas. O bien como una ratio de precios de hoy (uno correspondiente al bien disponible hoy y el otro al mismo bien disponible mañana); o bien como el precio de los bienes presentes en función de los futuros. «El propio ímpetu y perspicacia de la función empresarial lleva

conducta impide que los consumidores puedan acceder al mercado de seguros privados para obtener pólizas que mejor se adapten a sus necesidades si éstas son demandadas voluntariamente, así como un obstáculo insalvable para los operadores del mercado que no pueden ofrecer al espacio banco-asegurador productos innovadores y de una calidad superior.

IV. Existencia de economías de escala y/o de alcance

La autoridad de competencia, a la hora de valorar los efectos procompetitivos de la conducta, prestó especial atención a la generación de economías de alcance generadas a través de la vinculación de productos a favor de los consumidores y de las entidades de crédito¹¹⁸⁰. Estas economías se alcanzan «cuando el coste de la producción conjunta de un grupo de productos o servicios es menor que la suma del coste de producción de dichos outputs por separado en distintas empresas especializadas»¹¹⁸¹, es decir, «cuando el coste total puede ser reducido en una empresa de producción simple al pasar a una producción multiproducto»¹¹⁸². Por otro lado, mediante las economías de escala, «el incremento en la cantidad de *inputs* empleados en una producción dan lugar a un incremento más que proporcional en

a que en la sociedad tienda a determinarse un precio de mercado de los bienes presentes en relación con los bienes futuros. Pues bien, denominaremos tasa o tipo de interés al precio de mercado de los bienes presentes en función de los bienes futuros».

¹¹⁸⁰ En el mismo sentido, OKEAHALAM, C.C., “Does Bancassurance Reduce the Price of Financial Service Products?”, *Journal of Financial Services Research*, nº. 33.3, 2008, pg. 161, que indica una reducción en los precios de los servicios a través de la banca-seguros, si bien el efecto será más acusado sobre empresas que no tienen relaciones previas existentes. La viabilidad de la banca-seguros depende de una evaluación cuidadosa de la constancia y la complejidad de los paquetes de productos. En este estudio se indica que la agrupación de productos de banca-seguros reduce los honorarios por servicios. El mayor efecto de precio de la banca-seguros será entre las empresas que no tienen relaciones preexistentes. Por lo tanto, los beneficios de los precios de banca-seguros son específicos del producto y de las transacciones, y también dependen de la naturaleza de las relaciones entre empresas. En conclusión, asevera el autor, la reducción de precios disminuye si ambas estrategias se combinan (pg. 147).

¹¹⁸¹ Vid. SORIA BRAVO, C., *Influencias de las estrategias de Downsizing sobre la estructura formal de la empresa: Análisis caso de Telefónica*, Tesis Doctoral dirigida por los Profesores D. Alfonso Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros y D. Santiago Garrido Buj, UNED, Madrid, 2008, pg. 18, citando a PANZAR, J.C. y WILLIG, R.D., “Economies of Scale in Multi-Output Production”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 3, Issue 3, 1977.

¹¹⁸² Vid. ARBERLO ÁLVAREZ, A. y PÉREZ GÓMEZ, P., “Producción multiproducto y economías de escala y alcance”, *Anales de estudios económicos y empresariales*, nº. 8, 1993, pg. 71.

el total de *outputs* producidos»¹¹⁸³. Por lo tanto el aumento en la escala de producción provoca una reducción de los costes unitarios de los productos¹¹⁸⁴.

Es indiscutible que la vinculación de seguros presenta para el consumidor un ahorro de información y de transacción, así como una reducción en los costes de la distribución y producción por entidades de crédito¹¹⁸⁵. Estas últimas gestionan la naturaleza multiproducto de sus servicios de manera que alcanzan la máxima eficacia en las transacciones realizadas a través de sus redes de distribución. La asociación de operaciones de activo y seguros cumple con una estudiada intensificación en la diversificación de la producción del carácter multiproducto de sus bienes y servicios, desarrollada, especialmente, desde la liberalización de la banca-seguros *ex* LMSP. El aprovechamiento de las economías de alcance y de distribución ha sido posible gracias a un cierto relajamiento y permisividad legislativa¹¹⁸⁶, que nunca prohibió, expresamente, las ventas vinculadas y combinadas sino hasta que se haga efectiva la futura transposición de la DCCC,

¹¹⁸³ Sobre la relación positiva entre la generación de economías de escala y alcance con la prestación de servicios integrados, LOECHEL, H. BROST, H. y HELENA, L., “Benefits and Costs of Integrated Financial Services Providers (IFSP)”, *EU-China BMT Working Paper Series*, nº. 6, 2008, pg. 20, señalan que las economías de escala y alcance permiten al IFSP la capacidad de proporcionar mejores servicios financieros a costes más reducidos. Las relaciones estrechas entre una entidad financiera y el cliente, así como la participación de las entidades en servicios financieros integrados, mejoran el crecimiento de las empresas y suministran productos aseguradores en situaciones de dificultad económica. De esta manera, apuntan los autores, el efecto de diversificación del riesgo a través de la combinación de varias líneas de este servicio integral contribuye la estabilidad del sistema.

¹¹⁸⁴ Vid. SORIA BRAVO, C. *Influencias de las estrategias de Downsizing...*, op. cit., pg. 18.

¹¹⁸⁵ Además de la transmisión de eficiencias que se trasladan desde el ámbito bancario a la distribución de pólizas de seguro. En este sentido, Vid. MONTIJANO GUARDIA, F. y RUIZ FUENTES, N., *La naturaleza competitiva de la empresa banco-aseguradora...*, op. cit., pg. 8: «[...] La disposición de capital tecnológico para el área aseguradora permite un apoyo eficaz en su desarrollo operativo y comercial. En este sentido, la plataforma tecnológica debe ser consistente en ambas áreas, de forma que cuando se diseñe la estrategia referida a dicha plataforma se contemplen las problemáticas específicas tanto en el área aseguradora como bancaria (Pino, M.: 1998). Por ejemplo, en la gestión de tareas se puede sustancialmente mejorar la calidad de las nuevas pólizas “... usando una tecnología similar al procesamiento de cheques realizando por los bancos [...]. No solo la gestión, también los sistemas informáticos pueden aportar una diferenciación en la distribución, mejorando la efectividad de los canales de venta y la calidad del servicio. En definitiva, supone adecuar la tecnología como activo específico bancario al proceso asegurador con la idea de lograr ventajas en su posición competitiva, La actividad aseguradora incorporada en la entidad bancaria tiene como incentivo el de aprovechar el capital comercial y sus posibles efectos sinérgicos».

¹¹⁸⁶ En dicho parecer, LOZANO VIVAS, A., “Un estudio de la eficiencia y economías de diversificación del sistema bancario español”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. 22, nº. 73, 1992, pg. 874.

exclusivamente, para el caso de los créditos o préstamos hipotecarios para la adquisición de bienes residenciales¹¹⁸⁷.

La existencia de economías de escala y/o de alcance tiene un significado importante a la hora de evaluar si la conducta, presuntamente abusiva, daría lugar a un cierre anticompetitivo del mercado. Para ello, la Comisión considera pertinente, atendiendo al examen de las condiciones del mercado de referencia, analizar la existencia de economías de escala puesto que éstas «implican que es menos probable que los competidores entren o se mantengan en el mercado si la empresa dominante cierra una parte significativa del mercado de referencia»¹¹⁸⁸.

No obstante, el sistema bancario actual, tras la reestructuración financiera que ha llevado a la absorción y desaparición de casi la totalidad de cajas de ahorro, se ha pasado de modelos de economías de escala, asociadas a un ingente número de oficinas y sucursales caracterizado por el crecimiento desorbitado del mercado hipotecario y concentración en los productos, a la existencia de economías de alcance cuya explotación se desarrolla a través de estrategias de ventas cruzadas y de una mayor personalización e información de los productos¹¹⁸⁹. Este nuevo modelo podría volverse en contra de los consumidores si las entidades de crédito, de manera generalizada, endurecen las condiciones de acceso al mercado hipotecario, subiendo tanto los tipos de interés como el coste y exigencia de vinculaciones accesorias. En este sentido, cabría esperar que la transposición en nuestro ordenamiento jurídico de la DCCC pudiera encarecer las condiciones de acceso al crédito hipotecario, (1) como una forma de aminorar las consecuencias de

¹¹⁸⁷ No obstante, en relación a otros productos bancarios como pueden ser préstamos personales, en la DDS, a día de hoy no transpuesta a nuestro Derecho interno, se establece en su art. 24.3 que: «Cuando un producto de seguro sea auxiliar a un bien o servicio que no sea de seguros, como parte de un paquete o del mismo acuerdo, el distribuidor de seguros ofrecerá al cliente la posibilidad de adquirir el bien o servicio por separado. El presente apartado no se aplicará cuando el producto de seguro sea complementario de un servicio o actividad de inversión en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2014/65/UE, un contrato de crédito en el sentido del artículo 4, punto 3, de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, o una cuenta de pago en el sentido del artículo 2, punto 3, de la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo». Nos parece confusa la redacción de dicho artículo dado que, en términos de subordinación de productos, si el seguro es el producto auxiliar de otro producto que no es de seguros no tiene sentido obligar al proveedor de seguros a ofrecerlo de forma separada, simplemente podría obligar al proveedor a negar su distribución en el sentido de la DCCC, lo que hubiera sido más efectivo.

¹¹⁸⁸ *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, apdo. 20.

¹¹⁸⁹ Vid. FERNÁNDEZ DE LIS, S. y GARCÍA MORA, A., “Algunas implicaciones de la crisis financiera sobre la banca minorista española”, *Estabilidad Financiera*, n.º. 15, 2008, pg. 57.

quedar obligadas a aceptar pólizas de otros proveedores de seguros; y (2) elevando los tipos de interés para forzar a los prestatarios a suscribir los productos vinculados.

En relación a la vinculación de seguros, las prácticas de ventas vinculadas pueden proporcionar al consumidor ofertas más beneficiosas, reduciendo los riesgos de ambas partes, y protegiendo la operación financiera de imprevistos como el fallecimiento, el desempleo o la enfermedad¹¹⁹⁰. Además, las ventas cruzadas pueden suponer para el consumidor: (1) la reducción en los tiempos de búsqueda; (2) la aceleración del proceso de concesión del producto financiero por cuanto los consumidores no tienen por qué buscar pólizas de otros proveedores de seguros compatibles con las exigencias de la entidad de crédito; (3) costes de transacción reducidos en el sentido de que el cliente no soportaría otros gastos de asesoramiento o gestión que hubiere de abonar por la gestión y asesoramiento de la póliza; y (4) el acceso a una gama más amplia de productos, dado que el cliente puede encontrar en su entidad de crédito otros productos que no estarían disponibles por separado o no serían asequibles¹¹⁹¹.

Por otra parte, resultan, al menos, cuestionadas de forma indiciaria, la generación de economías de alcance a favor del consumidor cuando otros competidores del mercado adyacente de seguros no disfrutan de igualdad de oportunidades frente a las entidades de crédito para acceder a mayores carteras de tomadores. Esta situación propia del mercado cautivo, a diferencia de la inactividad

¹¹⁹⁰ En el mismo sentido se manifiesta la Federación Europea de Asociaciones de Entidades Financieras (EUROFINAS) en el documento titulado: «*Eurofinas reply to the Joint Committee of the European Supervisory Authorities' (ESAs) Consultation Paper on guidelines for cross-selling practices*», 2015, pg. 2, que refiere que, en el campo de las transacciones de crédito, se observa que una de las ofertas más beneficiosas es la combinación de seguros vinculados a un préstamo. Este paquete permite a las empresas ofrecer a los consumidores mejores ofertas, y, al mismo tiempo, reduce los riesgos para todas las partes interesadas. En el caso del seguro de préstamos, señala la Federación, permite a los consumidores protegerse contra la posible responsabilidad financiera en supuestos de imprevistos como el desempleo o enfermedad. Ello, a su vez, permite a los proveedores ofrecer tarifas más reducidas.

¹¹⁹¹ Al respecto, The Joint Committee of the three European Supervisory Authorities (EBA, EIOPA and ESMA), «*Consultation on draft Guidelines for cross-selling practices*», JC/CP/2014/05, pg. 11, refiere que la venta cruzada puede ofrecer una "ventanilla única" para los clientes con varios beneficios potenciales: reducción de los costes de búsqueda; racionalización de las «negociaciones» para la compra de los productos; acelerar o facilitar el proceso administrativo (por ejemplo, los clientes no necesitan asegurarse de que los productos adquiridos de varios proveedores son compatibles); costes de transacción reducidos (por ejemplo, el cliente incurre en una sola vez el abono de los honorarios a los asesores en lugar de abonar separadamente los mismos si compró el producto o servicio por separado); así como el acceso a una gama más amplia de productos: La venta cruzada, indica el documento, permite a los clientes acceder a productos que de otro modo no estarían disponibles por separado o por separado a un precio asequible.

del legislador español, ha sido combatida desde las legislaciones de otros Estados miembros¹¹⁹². Este el caso de la legislación francesa¹¹⁹³, cuyo art. L312-29 del *Code de la Consommation* obliga al prestamista, en el supuesto de seguros requeridos para la concesión de la operación financiera, a plasmar en la información del crédito

¹¹⁹² Debemos recomendar en relación a la disparidad de criterios mantenidos por las autoridades de competencia de todo el mundo relativas a la justificación y defensa de las ventas combinadas y combinadas la lectura de texto AA.VV., *Report on Tying and Bundled Discounting*, Zúrich (Suiza), International Competition Network, The Unilateral Conduct Working Group, 8th Annual Conference of the ICN, 2009, pgs. 20 y ss., que, en relación a un cuestionario que trasladaron a numerosas autoridades de competencia, se concluyó que en la mayoría de éstas se aceptan justificaciones y defensas relacionadas con la vinculación de productos y las ventas combinadas con descuento implícito. Sin embargo, existen muchas diferencias en el tipo de justificaciones que identifican estos organismos de competencia y las condiciones en que estas defensas pueden aceptarse. Así, varias autoridades de competencia no distinguen entre justificaciones que se aplican a las ventas vinculadas y a las combinadas. Otras autoridades abogan por exigir que dichas justificaciones deban estar asociadas a consideraciones de eficiencia económica (Fiscalía Nacional Económica de Chile), a justificaciones comerciales razonables (Canadian Competition Bureau), o a prácticas comerciales aceptadas (Israel Antitrust Authority). En algunas jurisdicciones, señala el documento, las justificaciones y defensas se han codificado (Canadá o México), mientras que en otras están basadas en las políticas de las autoridades de competencia o han sido establecidas por la jurisprudencia (EE.UU.). Por otro lado, existe consenso entre las autoridades de que dichas prácticas de vinculación pueden generar eficiencias de costes tanto a proveedores como a consumidores (especialmente, Francia, Croacia, Dinamarca, EE.UU. y la Comisión Europea), gracias al aprovechamiento de economías de escala y de alcance. En este sentido el U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission apuntan a una reducción de costes para los consumidores al negociar los términos de venta, los costes de transporte y los costes de integración. Además de las ventajas relacionadas con los costes, las agencias de competencia también identifican justificaciones, no relacionadas con el ahorro de costes, que considerarían aceptables. Algunas autoridades de competencia entienden que las ventas vinculadas y las combinadas con descuento pueden garantizar la calidad del producto y los niveles del servicio, especialmente en los mercados adyacentes (v.gr. Canadian Competition Bureau), mientras que otras se refieren a una mayor variedad de productos que mediante la práctica estarán disponibles para los consumidores (v.gr. Croacia), así como la instrumentalización de nuevas tecnologías y nuevos productos que pueden estimular la innovación. No obstante, varias autoridades de competencia han aseverado que la justificación únicamente puede aceptarse si no hay, al menos, otra alternativa menos restrictiva de la competencia (v.gr. Singapur, Rusia, y la Comisión Europea). En el mismo sentido, hay autoridades de competencia que exigen que la justificación sólo puede ser aceptada si los beneficios superan los efectos anticompetitivos producidos por la práctica (v.gr. Comisión Europea, Bélgica, Alemania, Corea y Reino Unido), tengan igualmente una tesis objetiva (v.gr. Dinamarca, Alemania y Suiza) y si cumplen una serie de requisitos acumulativos (v.gr. Serbia). En la mayoría de todas ellas corresponde a la autoridad de competencia constatar la existencia de un ilícito anticompetitivo, pero corresponde, a su vez, a las empresas justificar y probar las posibles eficiencias derivadas de la práctica (v.gr. Bélgica, Croacia, República Checa, Dinamarca, Alemania, Países Bajos, Singapur, Suiza, Comisión Europea y Estados Unidos).

¹¹⁹³ Para más información acerca de la regulación de la vinculación de seguros asociados a operaciones financieras Vid. TIRADO SUÁREZ, F.J. *¿Hacia la desaparición de la tácita renovación en el contrato de seguro?*, en MORILLAS JARILLO, M.J., y otros (Dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, Universidad Carlos III, 2015, pgs. 1867-1884.

la posibilidad de que el prestatario pueda suscribir una póliza de seguro equivalente con la aseguradora de su elección¹¹⁹⁴.

En el mismo sentido, el art. 21 de la *LOI n° 2010-737 de 1 de julio de 2010 portant réforme du crédit à la consommation* (denominada «*Ley Lagarde*»)¹¹⁹⁵, que modifica los apartados 8 y 9 del art. L312 del *Code de la consommation*, requiere a las entidades para que mencionen en la oferta del seguro que el prestatario puede suscribir el seguro exigido con una aseguradora de libre elección; y en el caso de que el prestamista ofrezca al cliente la suscripción de un seguro producido por su grupo, estaría obligado a: (1) adjuntar al contrato de préstamo un documento que recoja una lista de los riesgos asegurados, especificando los términos de cobertura del seguro; (2) el prestamista no puede negarse a aceptar el contrato de seguro si éste tiene un nivel equivalente de garantía, estando obligado a justificar, de forma motivada, cualquier negativa al respecto; y (3) queda prohibido que el prestamista pueda alterar las condiciones del préstamo, ya sea éste a interés fijo o variable, a consecuencia de la aceptación de un seguro producido por una entidad aseguradora, elegida por el cliente, distinta de la ofrecida¹¹⁹⁶.

En este contexto, puede afirmarse que la creación de economías de escala en la distribución de seguros por entidades de crédito (reducción de costes de producción tanto del producto bancario como del seguro gracias a la progresiva

¹¹⁹⁴ «Lorsque l'offre de contrat de crédit est assortie d'une proposition d'assurance, une notice est remise à l'emprunteur, qui comporte les extraits des conditions générales de l'assurance le concernant, notamment les nom et adresse de l'assureur, la durée, les risques couverts et ceux qui sont exclus. Si l'assurance est exigée par le prêteur pour obtenir le financement, la fiche d'informations mentionnée à l'article L. 312-12 et l'offre de contrat de crédit rappellent que l'emprunteur peut souscrire une assurance équivalente auprès de l'assureur de son choix. Si l'assurance est facultative, l'offre de contrat de crédit rappelle les modalités suivant lesquelles l'emprunteur peut ne pas y adhérer» [Cuando la oferta de un contrato de crédito está sujeta a una propuesta de seguro, se le debe entregar un aviso al prestatario, que contiene extractos de las condiciones generales de los seguros que incluye el nombre y dirección del asegurador, la duración, los riesgos cubiertos y los excluidos. Si el seguro es requerido por el prestamista para obtener financiación, la hoja de información que se refiere el artículo L. 312-12 debe proporcionar un recordatorio de que el prestatario puede contratar un seguro equivalente con la aseguradora de su elección].

¹¹⁹⁵ JORF núm. 0151, de 2 de julio de 2010.

¹¹⁹⁶ Article L312-8: «4° bis Mentionne que l'emprunteur peut souscrire auprès de l'assureur de son choix une assurance dans les conditions fixées à l'article L. 312-9» [Deberá hacerse mención a la posibilidad de que el prestatario pueda suscribir el seguro con una aseguradora de su elección conforme a lo dispuesto en el artículo L. 312-9]. Al respecto, indica TIRADO SUÁREZ, F.J., *¿Hacia la desaparición de la tácita renovación...*, op. cit., pg. 1878: «se trata del reconocimiento de la denominada delegación de seguro, que permite hacer frente a la política de incremento de costes de la banca, buscando bajar el precio del seguro de crédito como elemento importante del precio total para el cliente del crédito contratado».

expansión del sector bancario español), y, particularmente, desde el nacimiento de la banca-seguros en los años ochenta, se ha producido en base a los siguientes factores¹¹⁹⁷: (1) las relaciones tradicionales existentes entre entidades de crédito y aseguradoras, ya sean propias o separadas del grupo bancario; (2) la liberalización del canal banca-seguros, que permitió a las entidades de crédito instrumentalizar sus redes bancarias para la distribución de seguros, particularmente de seguros producidos por sus filiales aseguradoras; (3) el aumento de las operaciones de activo, especialmente de créditos hipotecarios, cuya vinculación a seguros de daños y de vida ha propiciado que la banca-seguros, en los años 2007 y 2008, alcanzase el 77,10% y el 63,91% de volumen de negocio de vida, respectivamente¹¹⁹⁸; y (4) la falta de limitaciones legales tanto en la distribución de seguros en las redes bancarias como en las condiciones de subordinación de operaciones de activo a la suscripción de seguros, que se han dirigido, fundamentalmente, a la mera información y transparencia del producto financiero (TAE, vinculaciones...).

Por otro lado, los beneficios de las economías de alcance (cuando «resulta más barato producir conjuntamente dos o más productos que hacerlo separadamente en empresas de producción simple»)¹¹⁹⁹, parecen haberse trasladado exclusivamente a las entidades de crédito (reducción más significativa cuando los seguros son producidos por filiales) y no así, como infiere la autoridad nacional de competencia, a los consumidores y usuarios bancarios, que pueden estar suscribiendo seguros más costosos y de peor calidad que los producidos por otros proveedores de seguros¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁷ De forma más resumida, Vid. BERGENDAHL, G., *The profitability of bancassurance...*, op. cit., pg. 28, indica, en primer lugar, que la venta cruzada a través de una red de sucursales existente de un banco reducirá los costes; en segundo lugar, las ventas de productos de seguros a los clientes del banco los protegerá de las fuerzas de la competencia; y, en tercer lugar, los productos producidos por una filial a un banco serán tratados como productos internos, por lo que, mediante este sistema, se estimularán las ventas.

¹¹⁹⁸ Véanse Informes de mediación de los años 2007 y 2009 publicados por la DGSFP. Acceso disponible en WEB (27/11/2017): <http://portal.dgsfp.mineco.es/sector/Memoriasinformesanteriores.asp>

¹¹⁹⁹ Vid. ARBERLO ÁLVAREZ, A. y PÉREZ GÓMEZ, P., *Producción multiproducto...*, op. cit., pg. 68. Indican los autores en la pg. 71, que: «estaremos en presencia de economías de alcance si el coste de producir dos o más productos conjuntamente es menor que el coste total de producirlos separadamente. En otras palabras, cuando el coste total puede ser reducido en una empresa de producción simple al pasar a una producción multiproducto».

¹²⁰⁰ En este sentido, Vid. GREENLEE, P., REITMAN, D. y SIBLEY D.S., “An antitrust analysis of bundled loyalty discounts”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 26, Issue 5, 2008, pg. 22 que defienden que los descuentos derivados del agrupamiento (*bundled rebates*) se analizan mejor como ventas vinculadas que como una forma de precios predatoria. Al respecto, no todos los

Al respecto, la CNC en su Resolución *Banca-Seguros* (2010)¹²⁰¹, en relación a una denuncia formulada por dos asociaciones de corredores de seguros frente a diversas entidades de crédito, «por ofertar bonificaciones en los contratos de préstamos, especialmente hipotecarios, si el prestatario contrata seguros con empresas del mismo grupo o con la intermediación de mediadores de seguro integrados en dichas entidades de crédito», sostuvo, confirmando lo manifestado por la DI, que dicha práctica produce una generación de eficiencias y economías derivadas de la vinculación de dichos productos (seguro de hogar/vida junto a préstamo hipotecario), por cuanto, además, su no suscripción no supone la negativa de concesión del préstamo sino de la pérdida de la vinculación.

A nuestro juicio, para que los clientes puedan beneficiarse de estas economías de escala y de alcance producidas por las entidades de crédito (estrategias de diversificación de productos en políticas multiproducto), reduciendo el falseamiento de la competencia en el mercado de productos de seguros (debe recordarse que los ahorros de costes debidos al mero ejercicio del poder de mercado o conductas anticompetitivas no pueden aceptarse)¹²⁰², aquéllos deberían poder mantener las bonificaciones aplicadas al tipo de interés aportando pólizas de seguro suministradas por proveedores de seguros de su elección. De esta forma, las entidades de crédito ofertarían (opción menos restrictiva), también, sus seguros, no sólo en igualdad de oportunidades que las aseguradoras del sector, sino que podrían suministrar al cliente pólizas de seguro competitivas con un alto grado de personalización al conocer, de primera mano, el objeto del aseguramiento y la solvencia del prestatario¹²⁰³.

precios suelen exceder el coste marginal, pero los efectos anticompetitivos no requieren de un sacrificio de ganancias a corto plazo. Indican los autores que los descuentos pueden generar efectos anticompetitivos, pero lo hacen confrontando a los consumidores con la opción entre un conjunto de precios de descuento vinculados y precios independientes muy poco atractivos. Los descuentos aumentan los costes de los rivales en el mercado B porque un competidor igualmente eficiente en el mercado B debe compensar a los consumidores por los descuentos perdidos en el mercado A, además de cubrir sus propios costes. Sin embargo, los descuentos también pueden ser formas eficientes de discriminación de precios de tercer grado.

¹²⁰¹ Resolución de la CNC de 16 de febrero de 2010 (Expte. S/0194/09, *Banca-Seguros*), FJ 3º.

¹²⁰² Directrices de Verticales, apdo. 136.

¹²⁰³ Las entidades pueden conceder un descuento si el prestatario acepta suscribir junto con el producto bancario el seguro previamente designado. Esta estrategia comercial, extendida en otros países, se promociona usualmente: (1) sin que el prestatario conozca el beneficio supuestamente aplicado al producto bancario descontando el precio del seguro; (2) se oferte el préstamo en las condiciones de vinculación que se fijan no plasmando en dicha oferta el coste del producto bancario sin vinculaciones; (3) no se exprese en las ofertas de préstamos hipotecarios que los seguros asociados no son legalmente obligatorios, salvo en el supuesto de que la entidad de crédito pretenda

V. Intensidad de la competencia a favor de los competidores del mercado asegurador

Si bien las economías de alcance incrementan la innovación de los productos y pueden producir un ahorro de costes tanto para las empresas como para los consumidores, los modelos de vinculación de productos tomados en consideración por entidades de crédito operarían en el sentido de aumentar el volumen de distribución de seguros para rentabilizar la operación financiera o compensar la pérdida de la demanda de productos típicamente bancarios. Los demás canales de distribución, constituidos tanto por empresas importantes que también suscriben acuerdos de banca-seguros con entidades de crédito, como por empresas de seguros relativamente reducidas, no pueden acceder, directamente, al canal de banca-seguros, no por motivos técnicos o por ineficiencia de sus productos, sino por motivos de limitación comerciales y jurídicos¹²⁰⁴. Al respecto, parece evidente que las entidades de crédito hacen uso de su poder de negociación, no sólo para imponer directa o indirectamente el contrato de seguro, sino para acrecentar su cuota de mercado en el mercado de seguros adyacente, fundamentalmente en el sector vida¹²⁰⁵.

titularizar la hipoteca; y (4) sin facilitar información precisa al cliente sobre las coberturas del seguro.

¹²⁰⁴ Conforme indica DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., apdo. 3, cap. 2: «a día de hoy Francia constituye, junto con España, Italia, Bélgica o Portugal, uno de los países en los que la banca-seguros ha experimentado un desarrollo más notable, como lo demuestran las altas cuotas de mercado que este canal ostenta tanto en el ramo de vida, como en el de no vida). El modelo más comúnmente adoptado para el desarrollo de las labores de mediación en el ámbito de los seguros de vida es el de constitución de filiales de seguros íntegramente participadas por el propio grupo bancario). Para la comercialización de seguros de no vida se observa, sin embargo, la preferencia por los acuerdos de simple distribución (esta última tendencia, común a los Estados vecinos, se fundamenta en la menor afinidad de los productos con la actividad bancaria y el menor margen de beneficio ligado a su distribución)».

¹²⁰⁵ El ejercicio de este poder de negociación y crecimiento del sector no sólo es una cuestión española, sino, prácticamente, del resto de países del mundo, salvo en aquéllos donde la banca-seguros está prohibida (desde el año 1999 con motivo de la *Gramm-Leach-Bliley Act* la banca-seguros en Estados Unidos está permitida; en Chile está prohibida la venta directa de seguros a través de entidades de crédito, salvo que el seguro se acompañe de una transacción bancaria...). Vid. ARTIKIS, P.G., MUTENGA, S. y STAIKOURAS, S.K., “A practical approach to blend insurance in the banking network”, *The Journal of Risk Finance*, JRF nº. 9.2, 2008, pgs. 110 y 111, conforme a los autores, la *Segunda Directiva Bancaria* (1989) en Europa abrió el camino para la banca-seguros, cuyas empresas ahora controlan en promedio el 35 por ciento de las ventas de seguros de vida. La banca-seguros es el canal de distribución dominante en países como Bélgica, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, España y Portugal, donde controla más del 50 por ciento de las ventas. En Francia, el fenómeno ha experimentado un marcado progreso, con las ventas de seguros de vida aumentando del 40% en 1990 al 66% en 2001. En España y Portugal, el seguro bancario controla 77 y 80 por ciento de las primas de seguros de vida, respectivamente. Del mismo modo, el modelo

En un sistema de libre mercado, la presión competitiva de las demás entidades aseguradoras (sin olvidar todos los demás operadores de dicho mercado, incluidos corredores y agentes de seguros) produciría el efecto de reducir las condiciones de vinculación, aminorar el precio del seguro hasta ajustarlo a los ofertados por la competencia, obligándolas a ofertar nuevos productos aseguradores lo más rápidamente posible. Como indica la Comisión en las Directrices de Verticales (apdo. 136): «en general, la transmisión de los beneficios a los consumidores dependerá de la intensidad de la competencia en el mercado correspondiente».

Esta cuestión acerca de la intensidad de la competencia conduce a debatir si el sistema de banca-seguros español, conforme está estructurado desde los acuerdos de banca-seguros suscritos y actividades de distribución por aseguradoras de grupo, permite mantener una competencia suficiente en el mercado de la que se derivan beneficios para los consumidores, o, por el contrario, sostiene una situación de mercado cautivo, inmóvil e inerte, ante las presiones del sector del seguro. En este sentido, las aseguradoras que acceden al canal banco-asegurador están obligadas a competir desde el modelo bancario, y se benefician de las sinergias existentes entre las entidades de crédito y la distribución de seguros¹²⁰⁶. Estas aseguradoras, ya sea mediante alianzas estratégicas y *joint-ventures* (integración de ambos sectores o

italiano ha experimentado una notable expansión siguiendo la Ley Amato (1990), y representa el 58 por ciento del mercado de seguros de vida. Volviendo al ámbito no-vida, la relación entre banqueros y aseguradores no ha establecido un buen precedente. Cabe destacar que los mercados de seguros no-vida están principalmente dominados por agentes de seguros. Contrariamente a lo anterior, en países como Alemania, Grecia, Países Bajos y el Reino Unido, las redes de distribución tradicionales siguen liderando el mercado. En el Reino Unido, la Ley de Servicios Financieros (1986) ha limitado la capacidad de las sucursales bancarias para vender productos de seguros. Sin embargo, los bancos en el Reino Unido están pasando gradualmente de los fabricantes a los distribuidores. El ámbito de la competencia entre los bancos y las aseguradoras es probable que se amplíe después de las reformas propuestas en CP121 y las conclusiones de los informes de Sandler y Pickering. Del mismo modo, el modelo de seguro bancario en Alemania todavía no ha obtenido todo su potencial, representando sólo el 23% de las primas generadas. El modelo griego es bastante interesante, ya que pasó de su modo de facto a su implementación y disfruta de un solo 15%, con oportunidades de crecimiento sustancial. Por último, Suiza ha mantenido su propio enfoque distintivo en relación con las prestaciones de servicios financieros.

¹²⁰⁶ Al respecto MONTIJANO GUARDIA, F., *El movimiento estratégico del sector asegurador...*, op. cit., pg. 619 refiere que: «respecto a los objetivos hemos constatado, empíricamente, que la *bancassurance* tiene como orientación corporativa los productos de vida y se dirige hacia los segmentos de mercados pertenecientes al ámbito doméstico. En cuanto a su modo de competidor está determinado por la posibilidad de actuar bajo las dimensiones competitivas de un banco o caja de ahorros. Confirmándose que la interrelación banca-seguros dota de eficacia al proceso de producción y distribución del seguro. El grupo de aseguradora que opera bajo las dimensiones de un banco o caja de ahorros se beneficia de las sinergias comerciales y operativas que producen entre el banco y la actividad aseguradora [...] Asimismo hemos comprobado que las aseguradoras dependientes de entidades financieras que más tiempo llevan realizando seguros son las que muestran un mayor grado de eficiencia en la producción y en la comercialización».

constitución de una aseguradora compartida), o desde grupos financieros con otras entidades aseguradoras (*assurfinance*), ponen en marcha planes de negocio con entidades de crédito que ostentan altas cuotas en el mercado de banca minorista cuyo aprovechamiento les resultaría muy beneficioso, dado que, con dichos acuerdos, pueden extender y fortalecer su cuota o poder en el mercado asegurador (volumen de negocio) hacia un espectro mayor de tomadores¹²⁰⁷.

Así las cosas, mientras que en otros ramos como en los seguros de automóviles, cuyo proceso competitivo entre aseguradoras ha reducido sustancialmente los precios de los seguros, ofreciendo a los consumidores mejores y más competitivas condiciones de aseguramiento, el objeto de los citados acuerdos de banca-seguros se circunscriben, casi exclusivamente, a la distribución masiva de seguros y a la percepción de primas¹²⁰⁸. Por su parte, las entidades de crédito rentabilizan un nuevo negocio complementario al tradicional como es la captación y capitalización de primas que, por otra parte, pertenecería únicamente a las entidades aseguradoras¹²⁰⁹. Además, no sólo surgen acuerdos de banca-seguros con otras aseguradoras, sino que pretenden formar parte de las estructuras y organización en la producción del seguro, situando sus filiales aseguradoras a la cabeza de número de pólizas de seguro suscritas y, por ello, de la captación de primas, especialmente en el negocio vida¹²¹⁰, ya sea mediante la vinculación o por venta separada.

Ahora bien, en el marco de esta distribución masiva de seguros, las entidades aseguradoras, hayan suscrito acuerdos o no con grupos financieros, podrían haberse

¹²⁰⁷ Conforme a EMBID HERRANZ, I., *Canales de distribución...*, op. cit., pg. 61: «para los bancos supone la posibilidad de vender productos con márgenes elevados en un mercado con posibilidades de crecimiento (con un mercado propio con altos niveles de saturación), rentabilizando de esta manera los costes fijos producidos por su estructura de sucursales a través de ingresos que por otra parte, no consumen recursos propios, incorporando además otros objetivos como la vinculación de clientes y presentándose antes éstos como un proveedor global de soluciones financieras y de protección. Para las compañías de seguros supone el acceso a canales de distribución complementarios para sus productos y la posibilidad de buscar a través de acciones de venta masiva por este canal más cercano a los clientes, un conocimiento e impulso masivo de sus productos en la imagen del consumidor».

¹²⁰⁸ En AA.VV., *MULTI-CHANNEL DISTRIBUTION: Insurance industry must evolve*, Dublín (Irlanda), Financial Services Distribution, 2007, sobre las ventas vinculadas en el sector asegurador, se añade que para que las aseguradoras tengan éxito en la venta cruzada, tendrán que superar varias dificultades. Cuando el cliente está contento con una entidad aseguradora es muy frecuente comercializarle otros productos relacionados.

¹²⁰⁹ Vid. MONTIJANO GUARDIA, F., *La actividad de bancaseguros...*, op. cit., pg. 19.

¹²¹⁰ *Ibidem. cit.*, pg. 20.

beneficiado del canal banca-seguros de forma evidente¹²¹¹. En primer lugar, porque las pólizas de seguro (vida, daños...), así como los fondos de pensiones, comercializados a clientes bancarios, al margen de toda vinculación, sí resultan productos competitivos, fundamentalmente por el ahorro de costes de información y de transacción que supone contratar dichos productos en la red bancaria¹²¹²; en segundo lugar, los clientes pueden tener acceso a productos con mayores eficiencias técnicas producidos por entidades aseguradoras de reconocida solvencia, profesionalidad y de larga trayectoria en el sector; en tercer lugar, las entidades de crédito ejerciendo una labor parabancaria, diversifican sus productos e intensifican, particularmente, la contratación de seguros, generando una actividad que de otra forma no sería posible en el mercado asegurador, incluyéndose las prácticas vinculadas; y, en cuarto lugar, por haber implantado en el mercado una alta demanda de seguros apropiados para comercializarse junto con productos bancarios de la que se ha beneficiado, directa o indirectamente, sus competidores en el mercado asegurador¹²¹³.

Por un lado, en cuanto a la aplicación del art. 102 TFUE (art. 2 LDC), que persigue la explotación abusiva de una posición dominante, las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (apdos.

¹²¹¹ Conforme a MONTIJANO GUARDIA, F., “Un análisis del grado de concentración y la demanda de seguros en la década de los noventa”, *Boletín ICE Económico: Información Comercial Española*, nº. 2694, 2001, pg. 42: «en el mercado de vida, la entrada de aseguradoras ha resultado relativamente sencilla. El proceso de desregulación y desintermediación financiera opera empujando a bancos y a compañías de seguros a buscar canales y negocios alternativos al tradicional. Esta situación ha generado, en la práctica, que las entidades bancarias comercialicen a través de su propia red de oficinas, fondos de pensiones y seguros, para lo cual crean entidades aseguradoras. Una de las características de nuestro país ha sido que una mayoría de los nuevos participantes son compañías de banca-seguros».

¹²¹² Y en el sentido contrario, los productos asociados cuya ventaja competitiva permite a las entidades de crédito fijar el precio del seguro y sus condiciones sin tener en cuenta la participación del resto de competidores. Vid. ARTIKIS, P.G., MUTENGA, S. y STAIKOURAS, S.K., *A practical approach to blend insurance in the banking network...*, op. cit., pg. 117, que soslayan que la agrupación de productos bancarios con seguros del ramo no vida reduce el coste de originar negocios y de selección adversa, ya que el avance de la hipoteca está condicionada a la compra de estos seguros.

¹²¹³ Vid. GÓMEZ LÓPEZ, R. y LARA RUBIO, J., *Una nueva manera de entender las finanzas: La simbiosis financiera banca-seguros*, Granada, El Papel de las Administraciones Públicas y del Sistema Financiero. Asociación Andaluza de Ciencia Regional, 2006, pg. 18. Cabe recordar que el apartado 62 de las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* señala que la combinación de dos productos independientes en un producto único podría aumentar la capacidad de introducir dicho producto en beneficio de los consumidores.

28 a 31), refieren que la Comisión examinará, igualmente¹²¹⁴, las alegaciones presentadas por una empresa dominante para justificar su conducta. Estas justificaciones deberán estar dirigidas a fundamentar «que su conducta es objetivamente necesaria o que genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo para los consumidores». Debiendo la Comisión evaluar si la conducta en cuestión es imprescindible y proporcional al presunto objetivo de la empresa dominante, basándose en factores ajenos a la misma.

Señala la Comisión que la conducta excluyente podría justificarse siempre que las eficiencias resulten suficientes «para garantizar que es probable que los consumidores no sufran ningún perjuicio neto», esto es: (1) que se hayan obtenido o sea probable la existencia de eficiencias a consecuencia de la conducta; (2) que la conducta sea imprescindible para obtener dichas eficiencias, siempre que no concurren alternativas menos restrictivas y, además, capaces de producir las mismas eficiencias¹²¹⁵; (3) que las eficiencias superen cualquier efecto lesivo para la competencia así como para el bienestar de los consumidores; y (4) que la conducta no elimine la competencia efectiva en el mercado.

Y por otro, con ocasión de la aplicación del art. 101.1 TFUE (art. 1.1 LDC), prohibición general de las conductas colusorias (acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas y prácticas concertadas), la Comisión desarrolla en sus Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado la excepción por eficiencias plasmada en el apartado 3 de dicha disposición, y que se asemejan, en su mayoría, a lo referido para las justificaciones por eficiencias en el marco del art. 102 TFUE (art. 2 LDC), aunque con matices: (1) examinar si el acuerdo tiene o no por objeto restringir la competencia; (2) los efectos de la conducta deben ser sensibles o significativos; (3) si la conducta favorece la competencia incitando a las empresas a ofrecer a los consumidores productos

¹²¹⁴ En el mismo sentido, Vid. apdo. 62 relativo a las eficiencias de la vinculación de productos de dicho texto orientativo de la Comisión.

¹²¹⁵ Esta fue la posición adoptada por la CNC en su Resolución de 22 de abril de 2013 (Expte. S/0341/11, *CORREOS*), en relación a supuestas conductas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 2 LDC, consistentes en interrumpir y obstaculizar a operadores postales privados (representados en el expediente por la Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulación) el acceso a la red postal pública de las notificaciones administrativas. El Consejo considera que la conducta es contraria al art. 2 LDC por cuanto *Correos*, operador con posición de dominio, es quien debe evitar incurrir en prácticas que puedan suponer la exclusión de sus competidores, y, por tanto, debería haber ofrecido a sus competidores alternativas que permitiesen a los operadores postales privados continuar prestando el servicio de notificaciones administrativas, sobre todo las que deben entregarse a través de su red postal por exigencia de la administración contratante». Resolución igualmente citada en GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 208.

menos costosos y de mejor calidad, resultaría posible compensar los mismos frente a los efectos adversos de las restricciones de la competencia; o (4) es muy improbable que las restricciones graves de la competencia puedan cumplir con la excepción de la prohibición del apartado 3.

VI. Cierre anticompetitivo del mercado Vs. transmisión de eficiencias

Conforme indica la Comisión, es posible que las eficiencias de costes lleven aparejadas una mayor producción y precios más reducidos para los consumidores, de manera que, gracias a dichas eficiencias, las empresas pueden aumentar su producción e incrementar sus beneficios¹²¹⁶, trasladándose los mismos, en consecuencia, a sus clientes¹²¹⁷. En este sentido, advierte la autoridad comunitaria que, para evaluar la existencia de una compensación por las restricciones y el falseamiento de la competencia producida por la conducta, se debe atender: (1) a las características y estructura del mercado; (2) a la naturaleza y magnitud de las mejoras de eficiencia; (3) a la elasticidad de la demanda; y (4) a la magnitud de la restricción de la competencia.

¹²¹⁶ De acuerdo a DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 116: «cabe señalar que se ha autorizado la vinculación de productos cuando de ella se derivan beneficios claros para los consumidores (por ejemplo, al contratar conjuntamente productos bancarios y de seguros)». Los autores se refieren a la Resolución del TDC de 16 de septiembre de 2002 (Expte. A295/01, *Mapfre-CajaMadrid*), por el que se concedía una autorización singular (de cinco años) solicitada por CajaMadrid y Mapfre para un Acuerdo Marco regulador de la alianza empresarial estratégica entre ambas entidades consistente en modificaciones estructurales (integración de las actividades aseguradoras de Vida Seguros Generales y Salud de ambos grupos en una empresa conjunta y adquisición de Banco Mapfre por CajaMadrid), así como de coordinación de conductas a través de la colaboración de las redes comerciales de ambos grupos. Entre las supuestas cláusulas restrictivas y limitativas de la libertad de cada una de las entidades de los grupos y restrictivas de la competencia, advertidas por el TDC, figuran la autolimitación con respecto a inversiones y productos de otros competidores, no competencia en clientes protegidos y en captación de personal. De esta forma, en cuanto a la vinculación de productos, el FJ 5º de la Resolución manifiesta que: «Cabe señalar, no obstante, que si bien es previsible que el consumidor pueda participar de las ventajas del Acuerdo Marco al obtener productos mejores, más adaptados a sus necesidades y más baratos, el hecho de que un usuario de los servicios de CAJA MADRID no pueda acceder más que a los seguros de MAPFRE puede ser perjudicial si, por ejemplo, se vincula el crédito al seguro, sobre todo si tal vinculación se generalizase de forma que cada entidad bancaria condicionase sus servicios a los de un determinado asegurador, limitando la elección del consumidor y resultando, así, distorsionada la competencia». Por ello, los beneficios alegados por los autores se circunscriben, en relación a la Resolución, al derecho del consumidor a la elección de la entidad aseguradora con la que suscribir el seguro cuando éste sea exigido junto con el crédito por el prestamista.

¹²¹⁷ Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, apdo. 96.

Atendiendo a la naturaleza de la operación financiera, en el sentido de su importancia en términos económicos, no cabría esperar diferencias destacables en las ofertas de productos bancarios, como créditos al consumo o préstamos hipotecarios. Existiría, por ello, cierta colusión tácita entre entidades de crédito sobre el precio de sus productos en razón del escenario o ciclo económico, ratios de morosidad, inflación, estabilidad del sistema financiero, y, fundamentalmente, en relación a la progresión de los tipos de referencia que se aplican junto con el diferencial¹²¹⁸.

La consecuencia de una probable fijación de precios en los tipos de interés (acuerdos que pueden englobar encubiertamente bonificaciones con seguros), especialmente desde un ámbito bancario cada vez más concentrado, podría deducirse de distintos indicios racionales de comisión de un acuerdo colusorio o de una práctica concertada o conscientemente paralela del art. 101 TFUE y del 1 LDC, tales como: (1) la oferta de una similar o idéntica bonificación en caso de suscripción de seguros o de un paquete de seguros; (2) la aplicación un diferencial sin vinculaciones igualmente idéntico o prácticamente parejo al ofertado por varias entidades de crédito; o (3) la comercialización de seguros vinculados a la oferta bancaria con un mismo coste o condiciones similares de cobertura.

Existe, pues, el riesgo de que varias entidades de crédito, en el contexto de tipos bajos como el actual, mediante acuerdos pretendan falsear la competencia en el mercado de banca minorista para eliminar la competencia y mantener sus cuotas de poder, afectando al canal banca-seguros. No hay duda, como indica la Comisión, que «la transmisión de beneficios también será probablemente más lenta si la estructura del mercado se presta a colusiones tácitas»¹²¹⁹.

En este sentido, siguiendo la opción menos restrictiva para la competencia, las entidades de crédito hubieran concedido al prestatario la facultad de aportar pólizas de seguro de otros proveedores sin que, por ello, tuvieran que soportar mayores tipos de interés que los ofertados inicialmente. Sin embargo, teniendo en cuenta la estructura del mercado hipotecario, los incentivos a favor de los consumidores están seriamente limitados en atención a la realización de una política

¹²¹⁸ Conforme a PAPANDEPOULOS, P., *Article 82: Tying and bundling...*, op. cit., pg. 5, en el *Discussion Paper* de la Comisión se ignora el hecho de que el agrupamiento de productos puede generar eficiencias en los precios, especialmente en el caso de los productos complementarios. No obstante, a nuestro juicio, estos beneficios en los precios están seriamente cuestionados en el agrupamiento de productos realizado en el sector banca-seguros.

¹²¹⁹ Comunicación ut supra cit., apdo. 97.

común de tipos de interés (seguros bonificados incluidos) adoptada por la mayoría de entidades de crédito. Estas conductas son propias de los mercados oligopolísticos, dado que pueden coordinar sus actividades sin que sea imprescindible recurrir a un acuerdo de cártel explícito¹²²⁰.

Ante la falta de regulación que pondere los supuestos de suscripción de productos vinculados¹²²¹, que no son obligatorios y que incluso pueden participar en la operación sustituyendo la aplicación imprescindible de criterios de solvencia en el sentido del art. 18.4 de la Orden EHA/2899/2011, el sistema bancario, en su conjunto, puede aprovechar una ventaja competitiva uniforme frente al resto de competidores del mercado asegurador. Se deja, pues, al arbitrio de las entidades requerir al cliente multitud de productos parabancarios (especialmente los producidos por sus filiales aseguradoras) para cumplir con la oferta de sus productos bancarios. Esta situación, a nuestro juicio, no puede conducir a mejoras en la eficiencia de los contratos de seguros que puedan trasladarse, directamente, en forma de productos de mejor calidad y más competitivos, a los consumidores que demandan el producto financiero, ni tampoco, por otra parte, a una reducción real del precio de dicho producto deduciendo el coste del seguro a la bonificación. No existe, por tanto, una compensación verdaderamente esclarecedora que pudiera justificar la vinculación o el mantenimiento de las ofertas emitidas bajo supeditación de suscripción de seguros de su mismo grupo o aseguradora designada¹²²².

¹²²⁰ *Ibidem.* cit., apdo. 97.

¹²²¹ En cuanto a los beneficios (eficiencia en el sector financiero o amplio acceso a los servicios financieros, desarrollo de servicios financieros no bancarios como fondos de pensiones y seguros) y riesgos que comportan los servicios financieros integrados (en inglés, *Integrated Financial Services Provision -IFSP-*) tanto para la competencia, autoridades y consumidores, CLAESSENS, S., “Benefits and costs of integrated financial services provision in developing countries”, *University of Amsterdam and CEPR*, 2002, pg. 48, refiere que el sistema de servicios financieros integrados puede conducir a ganancias para el sector financiero, para las empresas, así como la economía en general a razón de una mayor oferta de servicios financieros de mejor calidad, y que presentan una reducción en los costes de intermediación financiera, para las empresas, y para la sociedad en un contexto más amplio. No obstante, este sistema de servicios integrados (IFSP) también puede conducir a riesgos, esto es, pueden aumentar la oportunidad de que se originen conflictos de intereses. Además, puede conllevar que las instituciones financieras sean demasiado complejas para ser monitorizadas por los mercados y los consumidores. Igualmente, puede reducir la competencia, dado que aumenta la concentración en el sector financiero. De acuerdo al autor, los requisitos clave para maximizar las ganancias se traducen en la existencia de una competencia efectiva.

¹²²² Según DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito...*, op. cit., 5.2.2, cap. 1: «la estructura de seguro de grupo sigue siendo frecuente hoy en España, donde este tipo de pólizas se emplea no sólo para instrumentar compromisos empresariales por pensiones, sino también como herramienta para la comercialización general de productos tanto de vida como de no vida, sin

La justificación de dichas eficiencias debe realizarse en el sentido de demostrar por qué resultarían objetivamente menos eficaces sin el acuerdo o la práctica concertada, alternativas aparentemente realistas y bastante menos restrictivas¹²²³. En suma, conforme precisa la Comisión tanto en las Directrices de Verticales¹²²⁴ (apdo. 126), como en las relativas a la aplicación de apartado 3 del artículo 81 del Tratado (apdo. 85), «los aumentos de eficiencia deben compensar plenamente el probable impacto negativo del acuerdo sobre los precios y la producción y otros factores pertinentes causados por el acuerdo». En el mismo sentido se posiciona la Comisión con respecto a la prohibición del abuso de posición dominante en sus *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, cuyo apdo. 62 refiere que las ventas vinculadas deben suponer un claro beneficio para los consumidores en relación a un ahorro en la producción o distribución.

que ello excluya, no obstante, la necesidad de que en la mediación del producto de seguro intervenga un operador de banca-seguros. Los seguros colectivos son comunes también en países como Italia, o como Polonia, mercado este último en el que se ha desarrollado en los últimos años un interesante entramado de disposiciones de soft law generadas por las propias asociaciones representativas de la banca y los seguros en el país y que han incidido, tanto en la actividad de banca-seguros en general (así, la Segunda Recomendación en relación a seguros financieros vinculados a productos bancarios garantizados con hipoteca, o la Tercera Recomendación en relación a la distribución de productos de seguro con elementos de inversión, que entró en vigor el 1 de enero de 2013), como en la particular distribución de pólizas colectivas por parte de las entidades de crédito, a la que se refiere la Recomendación sobre buenas prácticas en el mercado polaco de banca-seguros en relación a seguros de protección conectados con productos bancarios, de 3 de abril de 2009 (única que, hasta el momento, es posible consultar en inglés en las páginas WEB de Asociación Polaca de Banca - Związek Banków Polskich)».

¹²²³ Directrices de Verticales, apdo. 125.

¹²²⁴ Conforme a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Acuerdos restrictivos de la competencia (art. 81 TCE)”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Derecho de la competencia y propiedad industrial en la Unión Europea*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2007, pgs. 42 y 43: «la restricción es vertical cuando están implicadas en ella empresas que son competidoras directas por ofrecer en el mercado el mismo tipo de productos o servicios. Piénsese, por ejemplo, en una restricción de la competencia entre empresas productoras de cemento, o entre empresas de transporte de mercancías por carretera. Los acuerdos o entendimientos entre empresas que se dedican a la misma actividad, y cuyo objeto es restringir la competencia entre ellas se denomina cártel. [...] Pero también hay restricciones verticales de la competencia, cuando en el entendimiento que restringe la competencia están implicadas empresas que no se dedican a la misma actividad, sino que realizan actividades en escalones distintos del proceso de producción y distribución de los mismos bienes o servicios para el mercado. Entre las restricciones verticales de la competencia tienen la mayor importancia los pactos contractuales de exclusiva, en virtud de los cuales una o ambas partes del contrato se obligan a no aceptar terceras personas o a no realizar para ellas las prestaciones que son objeto de relación contractual. Estas cláusulas de exclusiva son habituales en contratos de suministro, compraventa, distribución, agencia o licencia».

Al respecto, hay que atender lo que manifiesta la jurisprudencia del TJUE sobre las restricciones por objeto, manifiestamente lesivas. Por un lado, la Sentencia *Ing Pensii* (2015)¹²²⁵ declara que, en cuanto a la restricción por objeto, «procede señalar que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan, por su propia naturaleza, un grado de nocividad para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos»; y por otro, la Sentencia *Groupement des cartes bancaires* (2014)¹²²⁶ en la que el TJUE precisa que «ese concepto sólo puede aplicarse a los acuerdos que intrínsecamente persiguen un objetivo cuya misma naturaleza tiene una gravedad o un grado de nocividad tal que su impacto negativo en el funcionamiento de la competencia se pone de manifiesto sin duda posible alguna y por tanto sin necesidad de medir los efectos potenciales».

En consecuencia, el grado de nocividad que conllevarían las políticas de vinculación de seguros, especialmente con préstamos personales e hipotecarios, créditos al consumo y tarjetas de crédito, en relación a la jurisprudencia antes citada, podría evaluarse en función de los siguientes factores: (1) el poder de negociación de las entidades de crédito (presión en el proceso comercial y dependencia del prestatario) para colocar otros productos, no obligatorios¹²²⁷, a sus clientes como

¹²²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de julio de 2015 (As. C-172/14, *ING Pensii, Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA c. Consiliul Concurenței*), consid. 31. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de enero de 2016 (As. C-373/14 P, *Toshiba Corporation c. Comisión*), consid. 26 y 27.

¹²²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2014 (As. C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c. Comisión*), consid. 25.

¹²²⁷ En contra, si bien con matices, en relación al seguro de daños suscrito junto a un préstamo hipotecario, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de diciembre de 2015 (n.º de recurso 2658/2013), que resuelve Recurso de Casación interpuesto por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) contra las entidades BBVA y Banco Popular suplicando, entre otros elementos del *petitum*, que se declarara abusiva y, en consecuencia la nulidad, la obligación de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía [«Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª») en concreto, en lo que respecta a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños. El Tribunal declaró que dicha obligación no resultaba desproporcionada ni abusiva, dado que se derivaba de una previsión legal (art. 8 LMH) y que, igualmente, previene de cualquier merma que incide directamente en la disminución de la garantía. Por ello, indica el Alto Tribunal, «no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del

condición para la concesión del producto bancario; (2) la comercialización de productos de seguros de poca calidad y poco competitivos en relación a los ofertados por la competencia, pudiendo resultar necesario obligar a las entidades a entregar al prestatario unas tablas, supervisadas por la autoridad, en las que se recojan precios medios del seguro y coberturas habituales del sector; (3) la abusividad en su distribución, ya sea colocándolos haciendo creer a los clientes de su obligatoriedad, o seguros en ningún momento demandados por aquéllos y que no satisfacen sus necesidades de aseguramiento, si existiere dicha demanda; (4) la percepción de intereses en los supuestos de seguros a prima única financiada cuyo importe se añade al capital prestado; (5) la falta de información acerca del alcance de la aplicación de la bonificación y de su deducción real una vez descontado el coste y mantenimiento del seguro; (6) la comercialización de dichos seguros vinculados sin atender a ningún criterio de solvencia, suscripción masiva mediante contratos estandarizados producida con anterioridad a la crisis económica en el

seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro»]. En el mismo sentido, Vid. AGÜERO RUIZ, A., “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº. 20, 2016, pgs. 14 y 15: «Consecuentemente, las cláusulas que impongan al prestatario la contratación de un seguro de daños no deberían ser consideradas abusivas, salvo que (i) impongan que la suma asegurada habrá de ser superior al valor de tasación del inmueble; (ii) impongan la contratación de otras coberturas distintas a aquéllas derivadas del incendio y otros daños (excluido el robo); (iii) permitan la recepción directa de la indemnización por parte del acreedor y su libertad de imputación del importe; o (iv) permitan al acreedor reservarse el derecho de aceptar la compañía con la que el consumidor contrata el seguro de daños y el tipo de póliza –siempre que ésta cubra al menos daños por incendio y otros daños, excluido el robo-». Sin embargo, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 16 de diciembre de 2009 (nº. recurso 2114/2005), declara abusiva la cláusula que estipula el vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias, puesto que, «de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio» (FJ 2º). Asimismo, fue la misma DGSPFP quien manifestó en su Criterio titulado: «*Seguros de daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios*» que no existe ninguna obligación para el prestatario en suscribir el seguro de daños, sino para la entidad de crédito si pretende titularizar la hipoteca: «Ahora bien, estas disposiciones son de aplicación, tal como dispone el artículo 1 de la Ley 2/1981 a “todos los títulos que en ella se regulan y que se emitan en territorio español”, lo que significa que únicamente se aplica a los títulos hipotecarios que se hayan emitido de conformidad con la normativa del mercado hipotecario. Con base en lo expuesto, cabe concluir que la legislación vigente no impone con carácter general y de forma directa al deudor de un préstamo hipotecario la obligación de contratar seguros sobre el inmueble hipotecado. La normativa reguladora del mercado hipotecario establece determinados requisitos para que las entidades financieras puedan emitir títulos en el citado mercado. Por tanto, si una entidad de crédito desea emitir cédulas o bonos hipotecarios con base en los préstamos con garantía hipotecaria concedidos a propietarios de inmuebles hipotecados puede condicionar la concesión del préstamo a que el deudor se comprometa a suscribir un seguro de daños para el citado inmueble, pero, en todo caso, la obligación para el deudor tendrá siempre carácter contractual y no legal».

contexto de una concesión irresponsable de crédito¹²²⁸; (7) la distribución de seguros de protección de pagos en los supuestos de trabajadores con contratos temporales o eventuales, y en el caso de seguros de vida, la aportación a las pólizas de declaraciones de salud inexactas elaboradas por el personal de la entidad; (8) la negativa a aceptar pólizas de otros proveedores de seguros (seguros de daños, de vida...) cuando el aseguramiento esté justificado, o de no respetar las bonificaciones concedidas en los tipos de interés cuando se pretenda aportar pólizas de mayor eficiencia técnica-contractual que las inicialmente propuestas por las entidades de crédito; y (9) la aplicación por parte de las entidades de crédito de políticas comerciales que tienden al cerramiento del mercado de seguros y al perjuicio, en definitiva, de los consumidores, valiéndose de una legislación permisiva para la prácticas de las ventas vinculadas (legales *per se* de acuerdo a los pronunciamientos de la autoridad española de la competencia)¹²²⁹, pero que pueden constituir un cierre del mercado asegurador, así como una producción de perjuicios insostenibles para los consumidores y usuarios bancarios, existiendo otras opciones menos restrictivas de la competencia.

Resultaría altamente improbable que, por un lado, los demás proveedores y profesionales del sector del seguro pudieran beneficiarse de la vinculación de seguros en los términos y condiciones que hasta el momento han venido comercializando por las entidades de crédito, todo ello debido a la falta de competitividad del sector de banca minorista (y, particularmente del mercado de

¹²²⁸ Vid. HUERTA DE SOTO BALLESTER, J., *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos...*, op. cit., pgs. 358 y 359: «La aparición en forma recurrente de crisis económicas producidas por la expansión crediticia tiene, a su vez, otras consecuencias no por más sutiles menos perjudiciales para la cooperación armoniosa entre los seres humanos y el desarrollo económico y social de los mismos. En concreto, es preciso resaltar cómo el actual sistema monetario basado en la expansión crediticia ha hecho habitual que el desarrollo económico se produzca a golpes de *boom* y de crisis. [...] En efecto, los empresarios, periodistas, políticos, sindicalistas y agentes económicos en general se han acostumbrado a considerar que la etapa de expansión artificial propia del *boom* es la etapa normal de prosperidad, que ha buscarse y mantenerse por todos los medios. Por el contrario, se considera que las inevitables consecuencias de la expansión, es decir, la crisis y la recesión, constituyen una etapa muy negativa que hay que evitar a toda costa. No se dan cuenta de que la recesión es la consecuencia inevitable de la expansión artificial, y que tiene la virtud de poner de manifiesto los errores cometidos y de hacer posible la recuperación y reajuste de la estructura productiva»

¹²²⁹ Al respecto, indica GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia...*, op. cit., pg. 205, que: «desde una perspectiva general, la compatibilidad de una conducta comercial con una norma jurídica ajena a la LDC no garantiza en modo alguno la consecución de los objetivos concretos de orden público que persigue la propia LDC (y su artículo 2 en particular). Y desde una óptica más concreta, la especial responsabilidad que incumbe a la empresa dominante le obligaría, según la CNC, a comportarse siempre de forma competitiva incluso aunque otro tipo de comportamiento no resultara contrario (o incluso fuera conforme) al marco regulatorio aplicable».

seguros asociados a productos bancarios), y, por otro lado, los consumidores han venido aceptando pólizas de seguros no demandadas, impuestas para la concesión del préstamo hipotecario o personal o para el mantenimiento de los descuentos ofrecidos, con un coste muy superior a las distribuidas por otros proveedores de seguros.

VII. Eficiencias en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

Atendiendo a los trámites realizados para la transposición de la DCCC a nuestro Derecho interno¹²³⁰, sólo en relación a los préstamos hipotecarios [la vinculación de seguros junto con créditos al consumo queda a la discrecionalidad de la entidad de crédito vía art. 10.3 k) LCC], cabe destacar cierto desconcierto en los términos utilizados en el art. 15 del Proyecto de Ley para prohibir las ventas vinculadas¹²³¹.

En primer lugar, si lo que se pretende es establecer una prohibición o limitación de los abusos cometidos por las entidades de crédito derivados de la suscripción de seguros producidos por filiales aseguradoras, el proyecto debería haber declarado dicha conducta como práctica desleal y contraria a los derechos de los consumidores en el sentido del art. 21.3 bis del Codice de Consumo italiano, así

¹²³⁰ Disponible en WEB (02/01/2018): http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-1.PDF

¹²³¹ De acuerdo a AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, *La Ley Mercantil*, n.º. 42, 2017, pg. 15, haciendo mención a las ventas vinculadas y combinadas en el Proyecto de Ley, señala que: «[...] en caso de que la venta vinculada refiera a un seguro, el prestamista deberá aceptar pólizas alternativas que ofrezcan unas condiciones y nivel de protección equivalente a la exigida, tanto en la suscripción inicial como en las renovaciones, sin que ello pueda comportar un empeoramiento de las condiciones del préstamo. Dicho de otro modo, el prestamista no podrá imponer el proveedor del seguro al prestatario. Tampoco podrá cobrar comisión alguna por el análisis de las pólizas alternativas presentadas por el prestatario (art. 15.4 PLCCI). Asimismo, cuando se realicen prácticas vinculadas, el prestamista informará al prestatario de que está contratando un producto vinculado; del beneficio que le reporta; y de los efectos que la cancelación anticipada del préstamo o de los productos vinculados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y del resto de productos o servicios vinculados (art. 15.5 PLCCI). Por lo que respecta a las ventas combinadas, podrán realizarse sin restricciones siempre que el prestamista ofrezca los productos de forma combinada y por separado, de forma que el prestatario pueda observar las diferencias entre ambas ofertas (art. 15.2 PLCCI ven relación con el art. 15.6 PLCCI). Adicionalmente, el prestamista deberá informar al prestatario de que está contratando un producto combinado; el beneficio que le reporta; la parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios; los efectos de la no contratación individual o de la cancelación anticipada del préstamo o cualquiera de los productos combinados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y del resto de productos y servicios combinados; y las diferencias entre la oferta combinada y la oferta por separado de cada producto o servicio (art. 15.6 PLCCI)».

como en virtud del art. 82.4 d) LGDCU, que considera abusivas aquellas cláusulas que «impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba».

En segundo lugar, se permite expresamente que las entidades de crédito puedan requerir pólizas de seguros a sus clientes para la concesión de un crédito o préstamo hipotecario. Esta posibilidad de condicionar la concesión del préstamo hipotecario a la suscripción no sólo del seguro de daños (cuya obligatoriedad recae legalmente sobre la entidad de crédito) sino de otro seguro que no se especifica, ya sean los propuestos o no por la entidad de crédito, supone que la entidad, al margen de la evaluación de la solvencia del prestatario y del inmueble gravado con carga real hipotecaria, puede forzar a los consumidores a asegurar la operación debiendo costear exclusivamente éstos la prima del seguro.

En tercer lugar, si bien en el art. 15.4 párr. 2º del Proyecto de Ley se establece que «en ningún caso la aceptación por el prestamista de una póliza alternativa distinta de la propuesta por su parte podrá suponer empeoramiento en las condiciones de cualquier naturaleza del préstamo», cuestión no recogida en el art. 12.4 DCCC, las entidades de crédito pueden acogerse a la naturaleza de la venta combinada de la oferta para condicionar la concesión del préstamo hipotecario en las condiciones ofrecidas a la suscripción de sus seguros. Asimismo, el ámbito de aplicación de la DCCC como del Proyecto de Ley se ciñe a los contratos que tengan por objeto la concesión del crédito o préstamo hipotecario, recogándose en la Disposición transitoria primera relativa a los contratos preexistentes que «esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor».

A nuestro parecer, las entidades de crédito podrían seguir comercializando sus préstamos hipotecarios bonificados por la suscripción de productos accesorios, incluidos sus seguros, atendiendo a que a la exigencia de la suscripción de los seguros en la venta combinada no se dirige, como refiere tanto el art. 15.4 del Proyecto de Ley como el art. 12.3 DCCC, a la imposición de dos o más seguros que se adquieren junto con el préstamo hipotecario y que condicionan su concesión por razones de aseguramiento (venta vinculada), sino a la comercialización de productos que pueden adquirirse por separado (venta combinada), cuyo paquete resultaría más atractivo para el consumidor.

Igualmente, extendiendo esta interpretación, las entidades de crédito podrían mantener intactas las bonificaciones ofrecidas en sus préstamos hipotecarios dado que, por un lado, las condiciones de vinculación de los préstamos hipotecarios

suscritos con anterioridad a la norma no se verían modificados, y, por otro, en cualquier caso, podrían considerarse como ventas combinadas y no vinculadas, de manera que podrían no aceptar pólizas de seguro producidas por otros proveedores de seguros cuando el prestatario tuviere intención de resolver el seguro propuesto por la entidad, aportar una nueva póliza, y seguir beneficiándose de dichas bonificaciones.

De acuerdo a la investigación realizada a lo largo de este estudio, dudamos, por tanto, de que la incorporación a nuestro Derecho interno de la DCCC, en los términos recogidos en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, suponga un claro beneficio para los consumidores. Al respecto, soslayando el grave perjuicio ocasionado a la estructura de la competencia en el mercado de seguros privados, hubiera sido más coherente no permitir, en consonancia con lo dispuesto en el art. 12.4 DCCC («Los Estados miembros podrán permitir a los prestamistas que exijan al consumidor una póliza de seguros [...]), (1) que las entidades de crédito pudieran requerir al prestatario una o varias pólizas de seguros en ejercicio del principio de libertad contractual; y (2) que aquéllas no rechazasen nuevas pólizas en el caso de que el prestatario quisiera mantener las bonificaciones concedidas en su momento.

CONCLUSIONES

I. La vinculación histórica entre entidades de crédito y aseguradoras, siempre marcada por el dominio de las primeras sobre las segundas, se ha distinguido por la intensa participación del sector financiero en el ámbito asegurador español. Desafortunadamente, si bien las entidades de crédito deseaban explotar sus amplias redes de distribución para la comercialización de seguros, el marco legislativo prohibía la interrelación de actividades, manteniéndolas en un segundo plano. Esta extensión de la separación legal de actividades hacia la mediación de seguros imposibilitaba que el acceso de las entidades de crédito al mercado asegurador fuera completo.

II. En el año 1992, con motivo de un importante cambio legislativo de la norma de mediación de seguros inspirado por la Comisión, el legislador español liberalizó la red agencial de las entidades de crédito, eliminando los requisitos que exigía la normativa para acceder a la actividad de agente de seguros. Por primera vez se permitió que cualesquiera personas jurídicas con capacidad legal para el ejercicio del comercio pudieran realizar la actividad de mediación. Si bien no se efectuó un reconocimiento expreso a la mediación a través de las redes bancarias, se instauraron las bases para su posterior inclusión en la vigente norma de mediación de seguros privados.

III. La participación de las entidades de crédito en la distribución de seguros privados, a través de sus numerosas redes de oficinas y sucursales ubicadas en todo el territorio nacional, ha sido muy productiva. Partiendo de esta nueva situación, en la legislación en materia de mediación no se estableció medida alguna que limitase o prohibiese la vinculación de los seguros que mediaban junto con los productos y servicios que eran demandados por la clientela. Más bien, acaeció lo contrario, con ocasión de otro cambio legislativo en el año 2006, el legislador simplificó los entramados societarios que venían constituyendo las entidades para ejercer la mediación a través de la creación de la figura de los operadores de banca-seguros.

IV. Paralelamente, las espectaculares tasas de crecimiento del volumen de negocio del canal, especialmente en relación a los seguros de vida, implicaron el nacimiento de diferentes modelos de negocio para explotar las redes bancarias. La constitución de cada modelo se ajustaría a los objetivos pretendidos por las entidades de banca-seguros, alcanzándose mayores niveles de integración y cooperación, lo que, sin duda alguna, ayudaría a la venta masiva de productos cruzados.

V. La mediación de seguros asociados a operaciones de activo en el ámbito de la banca-seguros se ha venido realizando en nuestro país de forma discrecional, generalizada y sin atender a ninguna limitación legal. Este éxito comercial se ha obtenido gracias a decisiones estratégicas que aprovechan la demanda de productos y servicios financieros para vincular éstos con seguros nunca solicitados por los consumidores, incluso celebrados sin el consentimiento de aquéllos.

VI. La imposición y la falta de transparencia en la contratación han demostrado ser instrumentos útiles para comercializar seguros en las redes bancarias, en muchas ocasiones, innecesarios, desproporcionados y abusivos. Frente a estas malas prácticas bancarias, el legislador ha sido incapaz de proteger los derechos de los consumidores, permitiendo y reconociendo la vinculación de productos, especialmente de seguros producidos por filiales aseguradoras para este fin, sin más límites que los establecidos en las normas de ordenación y regulación. Hubiera sido más efectivo fijar criterios estandarizados en relación a la evaluación de la solvencia de los clientes para determinar la necesidad de exigir otro producto, distinto e inicialmente no demandado, que garantizase el cumplimiento de la operación bancaria.

VII. Amparándose ampliamente la mediación de seguros vinculados por motivos de gestión de la cartera de clientes, las entidades de crédito también están operando a través de la concesión de bonificaciones o descuentos en sus productos principales condicionada a la suscripción de uno o varios seguros previamente designados. Ante esta estrategia comercial no serviría de nada respetar el derecho del cliente a aportar una póliza de seguro con el mismo nivel de garantía equivalente, puesto que éste elegiría, preferentemente, el contrato de seguro que bonifica el precio del producto bancario.

VIII. Teniendo en cuenta que la existencia de una competencia efectiva en el mercado de seguros asociados a productos bancarios obligaría a las entidades de crédito, como respuesta a esta fuerza competitiva, a eliminar las vinculaciones de sus productos, la actividad de banca-seguros podría estar restringiendo de forma significativa la libre competencia. Consecuentemente, se ha constituido en el mercado banco-asegurador un sistema general de vinculación que se nutre de la comercialización de contratos de seguros específicamente diseñados para que su suscripción por el cliente sea automática e inmediata.

IX. Siendo el Derecho de la Competencia directamente aplicable a la actividad aseguradora, desde el año 1991 en el ámbito de la prohibición del 101 TFUE la Comisión ha decidido eximir ciertas conductas de cooperación entre entidades que podrían resultar beneficiosas para la solvencia del sistema así como para los intereses de los consumidores. Sin embargo, en ningún Reglamento de exención aplicable al sector de los seguros figura la inaplicación del art. 101 TFUE a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas concertadas relativas a la vinculación de productos que se adopten entre entidades aseguradoras o entre éstas y terceros.

X. Entendiendo que tanto el producto bancario como el asegurador que forman parte del paquete son productos separados y provienen de mercados plenamente diferenciados, las prácticas de vinculación pueden constituir, *prima facie*, infracciones en materia de competencia. Si la práctica pudiera considerarse usual en la actividad de banca-seguros ha sido debido a la continuada inobservancia del legislador en limitar la vinculación de productos, estrategia impulsada oportunamente en épocas de mayor actividad hipotecaria y de expansión del crédito.

XI. Estos contratos vinculados pueden resultar especialmente lesivos para la libre competencia cuando las entidades de crédito que los comercializan ostentan altas cuotas en el mercado de banca minorista. Para obtener una ventaja competitiva frente al resto de operadores del sector del seguro, las entidades de crédito aprovechan la demanda de sus productos y servicios bancarios para reducir la autonomía de los consumidores, restringiendo la competencia en el mercado del producto asegurador. Ahora bien, la aplicación tanto de los arts. 101 y 102 TFUE

(arts. 1 y 2 LDC) no es absoluta. No se aplicará la prohibición a los acuerdos de vinculación que cumplan con los requisitos del apartado 3 del art. 101 TFUE, o, en sede del abuso de explotación dominante, cuando las eficiencias y beneficios superen significativamente los perjuicios ocasionados a la libre competencia.

XII. Existen importantes problemas para perseguir conductas de vinculación de productos supuestamente contrarias a la competencia en sede del art. 1.1 LDC (art. 101.1 TFUE). Este es el supuesto de acuerdos o decisiones relativas a la vinculación adoptados por empresas del mismo grupo bancario (entidad de crédito y filial aseguradora), al concurrir, entre ambas entidades, una misma unidad de comportamiento coordinada y dirigida por la dirección de la entidad de crédito.

XIII. Estas limitaciones derivadas de la aplicación del denominado «privilegio de grupo» no operan cuando los acuerdos de vinculación se adopten entre entidades de crédito y aseguradoras separadas ya sea mediante un acuerdo expreso o tácito y resulten, además, significativos en términos de su afectación a la competencia. Las prácticas concertadas o conscientemente paralelas, más difíciles de detectar, están estrechamente relacionadas con la imposición de determinados seguros o la bonificación de productos financieros por la suscripción de seguros mediados por la entidad de crédito. La Autoridad de Competencia, por su parte, ha examinado, exclusivamente, prácticas generalizadas entre entidades del mismo grupo y no así prácticas realizadas entre entidades de crédito y aseguradoras separadas.

XIV. El paralelismo existente entre las ofertas de vinculación de las entidades de crédito puede surgir de la propia posición preponderante de las mismas, impidiendo, de forma conjunta y deliberadamente, que su cartera de clientes pudiera acceder, no sólo a la adquisición separada de ambos productos, sino al resto de proveedores de seguros. Este comportamiento paralelo, por otro lado, podría considerarse como una consecuencia natural dada la cercanía de la actividad comercial bancaria con la mediación de seguros, así como por la facilidad de vinculación contractual entre productos. En definitiva, mediante la alineación de sus políticas de vinculación las entidades de crédito evitan, por completo, los riesgos individuales de que una entidad ofrezca sus productos sin vinculaciones, y, además, impide que se desarrolle una competencia efectiva en el sector banca-seguros.

XV. La existencia de una mayor concentración en el mercado de banca minorista y, por tanto, un menor número de competidores, posibilita a las entidades de crédito, mediante un poder de mercado continuado y persistente en el tiempo, constituir una posición dominante. Si bien, la constitución de la misma no implica, en sí misma, ningún reproche, las entidades de crédito deben velar por no impedir, mediante la vinculación de productos, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado de seguros privados.

XVI. Las prácticas de ventas vinculadas y combinadas realizadas por entidades de crédito podrían considerarse como abusos de explotación de una posición dominante colectiva prohibidos por el art. 2 LDC (art. 102 TFUE). Las entidades de crédito son capaces de prever perfectamente los comportamientos recíprocos de sus competidores, de modo que una actuación altamente competitiva de una de ellas mediante la supresión de vinculaciones, fácilmente detectable, provocaría una decisión idéntica por parte de las demás, reduciéndose significativamente los beneficios derivados de la actividad de banca-seguros. Puede existir, por tanto, una estrategia o comportamiento común identificable muy favorable para las entidades que disfrutan de importantes cuotas de mercado, sin que sus resultados puedan ponerse en riesgo por las posibles reacciones generadas tanto por sus competidores en el mercado de seguros como por la clientela.

XVII. Esta actuación unánime de las entidades de crédito, que se ha sostenido en el tiempo desde la liberalización de las redes agenciales de las entidades aseguradoras, también se extiende a las ventas combinadas. De este modo, entidades financieras dominantes en el mercado de préstamos hipotecarios, unidas por una elevada concentración en el mercado, pueden estar alineando sus comportamientos reduciendo o aumentando la bonificación del tipo de interés en función del número de productos vinculados suscritos por los clientes, entre ellos uno o varios de sus seguros mediados (empaquetamiento excluyente).

XVIII. Los efectos anticompetitivos producidos tanto en el mercado de banca minorista como en el mercado de seguros privados pueden resultar significativos atendiendo a su intensidad así como a la larga duración de estas prácticas. La creación de barreras artificiales supone un quebranto a la estructura de la

competencia, especialmente para los operadores del sector del seguro que les resulta imposible explotar el negocio de banca-seguros (abusos de exclusión), y también para los consumidores que ven reducidos sus derechos (abusos explotativos).

XIX. A través de las ventas vinculadas y combinadas las entidades de crédito pueden aprovechar su poder de mercado y extenderlo al mercado de seguros conexo, al mismo tiempo que refuerzan y consolidan su posición en el mercado dominado. Este apalancamiento conduce a la creación de fuertes barreras de entrada a causa de elevados costes de cambio de proveedor así como a una progresiva reducción de transparencia en los precios.

XX. Las ventas combinadas, amparadas por la legislación comunitaria, producen los mismos efectos que las vinculadas, sirviéndose de los descuentos condicionales para generar una discriminación de precios en el mercado. A las entidades únicamente les basta con subir el precio de sus productos y servicios financieros para obligar a los consumidores a suscribir pólizas de seguros previamente propuestas, todo ello sin riesgo a perder su poder en el mercado del producto principal. La vinculación de productos genera a favor de las entidades de crédito, de forma automática, una situación de ventaja y de libertad de actuación respecto a sus competidores sin necesidad de ostentar una posición dominante en el mercado del producto vinculado. Así, el efecto más importante de esta extensión de poder al mercado de seguros privados es la exclusión de competidores más eficientes, lo que perjudica, en última instancia, al bienestar de los consumidores.

XXI. El examen de las posibles justificaciones de las prácticas de vinculación, cuya carga de la prueba corresponde a las empresas, supone para las autoridades nacionales de competencia una labor imprescindible en aplicación del sistema de defensa de la competencia. En relación a los contratos vinculados, estas defensas pueden consistir en un ahorro de los costes de producción, de transacción y/o de distribución a favor del proceso productivo y de los consumidores. La mayoría de estos ahorros derivan de la explotación, por parte de las empresas, de economías de escala y de alcance que pueden presentarse gracias a la vinculación, de manera que, para reconocer estas eficiencias, los beneficios de la práctica deben superar sus posibles efectos anticompetitivos.

XXII. Partiendo del actual sistema de vinculación de productos empleado por las entidades de crédito, no parece que los consumidores puedan beneficiarse de esas eficiencias, particularmente de las surgidas a raíz de las economías de alcance que, tradicionalmente, se han asignado a las ventas por paquetes. Si bien el éxito del canal banca-seguros ha propiciado la venta masiva de seguros asociados a productos bancarios, la mayoría de entidades aseguradoras e intermediarios de seguros que han quedado fuera de los acuerdos de banca-seguros no han podido beneficiarse de una significativa cartera de pólizas de seguros. Por ello, los clientes han tenido que soportar pólizas más costosas así como menos opciones de elección de las que hubieran podido obtener en condiciones normales de competencia.

XXIII. Quedarían en cuestión, por tanto, todas y cada una de las posibles justificaciones que podrían alegarse, en última instancia, por las empresas de banca-seguros. De este modo, atendiendo tanto a la inmovilización del canal como a la magnitud de las restricciones de la competencia, que repercuten negativamente a los consumidores, resultaría muy improbable, de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria, la aceptación de estas alegaciones. La distribución de seguros, en los términos explicados anteriormente, no resultaría, tanto para el mercado de seguros privados como para los consumidores, una actividad mínimamente eficiente, sino todo lo contrario, a través de la vinculación se han constituido importantes barreras de entrada que han provocado abusos de exclusión y de explotación, alterando significativamente las condiciones del mercado.

BIBLIOGRAFÍA

- [1] AA.VV., *Código de Derecho de la Competencia*, CREUS CARRERAS, A. (Dir.), Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 2006
- [2] AA.VV., *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (Dir.), Pamplona, Thomson Reuters-Civitas, 2007
- [3] AA.VV., *Estudios y comentarios sobre la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Madrid, Fundación Mapfre Estudios, 1997
- [4] AA.VV., *Malas Prácticas Bancarias*, LUNAS DÍAZ, M.J. (Dir.), Madrid, Formación Ausbanc, 2002
- [5] ABBOT, A.F. y WRIGHT, J.D., “Antitrust analysis of tying arrangements and exclusive dealing”, en AA.VV., *Antitrust Law and Economics*, Fairxfax (EE.UU.), George Mason University and Economics Research Paper Series, nº. 9-32, 2009, pgs. 3-33
- [6] ACEDO PENCO, A., “Fundamentos constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y en la Unión Europea”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, nº. 29, 2012, pgs. 7-29
- [7] ACOSTA MÉRIDA, M.P., *Seguro de vida y Derecho de sucesiones*, Madrid, Editorial Dykinson, 2006
- [8] ADAMS, W.J. y YELLEN, J.L., “Commodity Bundling and the Burden of Monopoly”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 90, nº. 3, 1976, pgs. 475-498
- [9] AFFELDT, P.L., *Tying and Bundling in Two-Sided Markets*, Tillburg University Master Thesis, Department of Economics, 2011

- [10] AGHION, P. y BOLTON, P., “Contracts as a Barrier to Entry”, *The American Economic Review*, Vol. 77, 1987, pgs. 388-401
- [11] AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, *La Ley Mercantil*, n.º. 42, 2017, pgs. 2-24
- [12] AGÜERO RUIZ, A., “Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º. 20, 2016, pgs. 8-36
- [13] AHLBORN, C., EVANS, D.S. y PADILLA, A.J., “Prácticas unilaterales, normas de competencia, y revisión judicial: una primera mirada desde la EU”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Dir.), *El Derecho de la Competencia y los jueces*, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2007, pgs. 157-178
- [14] AHLBORN C., EVANS, D.S. y PADILLA, A.J., “The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality”, *The Antitrust Bulletin*, 2004, pgs. 287-341
- [15] ALBARRÁN LOZANO, I., “Mercado de seguros: oferta y demanda ¿Cómo operan y se caracterizan?”, *Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º. 21, 2000, pgs. 1-42
- [16] ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º. 17/2016, 2016, pgs. 159-168
- [17] ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio”, en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ JUAN, A., (Dir.), *El abuso de posición de dominio*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, pgs. 193-226
- [18] ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y VALLINA HOSET, R., “Artículo 2 de la LDC: el abuso de posición dominante”, en BACHES OPI, S. (Coord.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Madrid, Editorial La Ley, 2010, pgs. 165-211

- [19] ALONSO ESPINOSA, F.J. y LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “El nuevo derecho de marcas (Ley 17/2001, de 7 de diciembre)”, *Anales de Derecho, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia*, nº. 20, 2002, pgs. 165-206
- [20] ALONSO SOTO, R., “Acuerdos, decisiones y otras conductas explícitas”, *Espacio Investiga*, 2009, pgs. 65-85
- [21] ALONSO SOTO, R., “Distribución comercial y Derecho de la Competencia”, *Distribución y consumo*, nº. 12, 1993, pgs. 30-37
- [22] ALONSO SOTO, R., “La aplicación de la normativa de la competencia al seguro”, *RES: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, nº. 136, 2008, pgs. 579-602
- [23] ALONSO SOTO, R., “La nueva Regulación de los mediadores de seguros”, *ICADE: Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº. 71, 2007, pgs. 35-57.
- [24] ALONSO SOTO, R., “¿Puede una compañía de seguros comercializar productos de ahorro-inversión asociados a un seguro de vida?”, *Despacho Gómez-Acebo & Pompo*, 2015, pgs. 1-5
- [25] ARBERLO ÁLVAREZ, A. y PÉREZ GÓMEZ, P., “Producción multiproducto y economías de escala y alcance”, *Anales de estudios económicos y empresariales*, nº. 8, 1993
- [26] ARMENGOL GASULL, O., “La discriminación de precios como abuso de posición dominante”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A., (Dirs.), *El abuso de posición de dominio*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, pgs. 299-312
- [27] ARRANZ PUMAR, G., *La problemática del préstamo hipotecario responsable en la Unión Europea*, Madrid, Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos, Instituto Español de Analistas Financieros, Fundación de Estudios Financieros, 2010

- [28] ARRIBAS ÁLVAREZ, J.F., “La Estrella. El origen murciano de la filial española de Generali”, *Revista Murgetana*, año LXVII, nº. 134, 2016, pgs. 13-24
- [29] ARTIKIS, P.G., MUTENGA, S. y STAIKOURAS, S.K., “A practical approach to blend insurance in the banking network”, *The Journal of Risk Finance*, JRF nº. 9.2, 2008, pgs. 106-124
- [30] AVANZETTI, A. y DI CATALDO, V., *Manuale di Diritto Industriale*, Milán (Italia), Guifré Editore, 1993
- [31] BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia: El reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2014
- [32] BAHAMONDE DELGADO, R., “El poder de mercado y su referencia en el Derecho de la competencia europea”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº. 17, 2013, pgs. 487-499
- [33] BARRUTIA LEGARRETA, J.M. y ETXEBARRIA MIGUEL, C., “La paquetización hipotecaria en España: Análisis de una estrategia de marketing”, *Asociación Española de Dirección y Economía de la Empresa (AEDEM)*, 2007, pgs. 23-34
- [34] BASTANTE GRANELL, V., “La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 750, 2015, pgs. 2420-2454
- [35] BELLAMU, C. y CHILD, G., *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Madrid, Editorial Civitas, 1992
- [36] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Acuerdos restrictivos de la competencia (art. 81 TCE)”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), *Derecho de la competencia y propiedad industrial en la Unión Europea*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2007, pgs. 21-57
- [37] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2005

- [38] BERGENDAHL, G., “The profitability of bancassurance for European banks”, *The International Journal of Bank Marketing*, Vol. 13, issue. 1, 1995, pgs. 17-28
- [39] BERROCAL LANZAROT, A.N., “La protección del deudor hipotecario en el actual contexto de crisis económica”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº. 58, 2012, pgs. 13-210
- [40] BLANCO GARCÍA, S., *La titulización de activos en España*, Tesis Doctoral dirigida por la Profesora D^a. María José Baquero López, Universidad Complutense de Madrid, 1999
- [41] BLANCO-MORALES LIMONES, P. y CARBONELL PUIG, J., “Actividad en régimen de establecimiento y libre prestación de servicios”, en AA.VV., *Estudios y comentarios sobre la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Madrid, Fundación Mapfre, 1997, pgs. 291-332
- [42] BOLDÓ RODA, C., “El seguro de amortización de préstamos”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año nº. 17, nº. 71, 1998, pgs. 695-746
- [43] BROKELMANN, H., “Prácticas concertadas y conscientemente paralelas”, *Espacio Investiga*, 2015, pgs. 87-114
- [44] BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Editorial Tecnos, Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial. Derecho de Sociedades, Vol. 1, 2015
- [45] BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución comercial, restricciones verticales de la competencia y regla de razón: delimitación conceptual y tratamiento en el Derecho comunitario europeo*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Manuel Ángel López Sánchez, Universidad de Zaragoza, 1999
- [46] BUSTOS ROMERO, M.F., “El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español”, *Revista CES Derecho*, Vol. 6, nº. 1, 2015, pgs. 111-122

- [47] CABEZAS BONO, M.A., *La gestión del cliente en el sector seguros: El caso de BancaSeguros*, Madrid, Fundación Mapfre, Tesis del Máster en Dirección de Entidades Aseguradoras y Financieras, 2012
- [48] CACHAFEIRO GARCÍA, F., *Los acuerdos de precios de la banca*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Manuel Areán Lalín, Universidad de La Coruña, 2002
- [49] CALVO BERNANDINO, A. y MARTÍN DE VIDALES CARRASCO, R., “Crisis financiera y reestructuración de las cajas de ahorro en España (2003-2013)”, *Revista Galega de Economía*, Vol. 26-1, 2017, pgs. 5-18
- [50] CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., “Acceso y ejercicio de la actividad aseguradora en la Unión Europea. La licencia única”, en AA.VV., *Estudios y comentarios sobre la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Madrid, Fundación Mapfre, 1997, pgs. 333-348
- [51] CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., *Armonización del derecho de seguro de daños en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Civitas, 1996
- [52] CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., “Las sociedades de seguros. Su régimen de acceso al mercado español”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, Editorial McGraw-Hill, Vol. 4, 2002, pgs. 3941-3962
- [53] CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Seguro de Caución y fianza solidaria. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1994”, *Editorial La Ley*, Tomo 3, La Ley nº. 12415/2001, 1994, pgs. 1060-1065
- [54] CANEDO ARRILLAGA, M.P. y CALVO CARAVACA, A.L., “Casos escogidos del Derecho antitrust europeo”, *Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 54, nº. 1, 2006, pgs. 285-373
- [55] CARBÓ VALVERDE, S., “Presente y futuro del modelo de cajas de ahorro en España”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº. 68, 2010, pgs. 167-182
- [56] CARTER, R.L. y FALUSH, P., “The British Insurance Industry Since 1900: The Era of Transformation”, *Palgrave Macmillan*, 2009, pgs. 149-167

- [57] CASADO ALONSO, H., “El mercado internacional de seguros de Burgos en el siglo XVI”, *Boletín de la Institución Fernán González*, nº. 219, 1978, pgs. 277-306
- [58] CASADO GARCÍA, R., *Análisis de la Ley 26/2006 de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, Madrid, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 2007
- [59] CHIOVEANU I., “Is bundling anticompetitive?”, *Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, S.A.*, 2008, pgs. 1-33
- [60] CHOI, J.P. y JEON, D.S., “A leverage Theory of Tying in Two-Side Markets”, *CESfp Working Paper Series*, Vol. 6073, 2016, pgs. 2-55
- [61] CHRISTOFILOU, A., “Cross selling practices in insurance products and the IMD2 Proposal”, *Journal of Insurance Law*, nº. 4/2014, 2014, pgs. 66-69
- [62] CLAESSENS, S., “Benefits and costs of integrated financial services provision in developing countries”, *University of Amsterdam and CEPR*, 2002, pgs. 85-139
- [63] CORONAS GONZÁLEZ, S.M., “La ordenanza de seguros marítimos de la nación de España en Brujas”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Libro IV, 1984, pgs. 385-408
- [64] CORTÉS CONTRERAS, I. y RUIZ ECHAURI, J., “Los seguros de protección de pagos: impacto en nuestro sistema jurídico de la problemática surgida en el Reino Unido respecto a los PPI”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº. 39, 2011, pgs. 31-44
- [65] COSCELLI, A. y EDWARDS, G., “Efficiency and Anticompetitive Effects of Tying”, *12 Annual Competition Law and Policy Workshop*, 2007, pgs. 2-30

- [66] COSTAS COMESAÑA, J., “Prohibición del falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal”, en BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (Coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Madrid, Editorial Civitas, 2009, pgs. 212-232
- [67] CRANE, D.A., “Tying and Consumer Harm”, *Competition Policy International*, Vol. 8, nº. 2, 2012, pgs. 27-33
- [68] CRESPO GONZÁLEZ, M., *Política de descuentos y Derecho de la Competencia*, Máster en Integración Europea, trabajo elaborado bajo la dirección de la Profesora D^a. Carmen Herrero Suárez, Universidad de Valladolid, 2013
- [69] CUENA CASAS, M., “Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 3, 2017, pgs. 2-67
- [70] CURTO POLO, M., “Hacia una noción ampliada del abuso de posición dominante (comentario a la Sentencia del TJCE de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak International c. Comisión, As. C-333/94 P)”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 18, 1997, pgs. 347-370
- [71] DE CASTRO VITORES, G., “Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 750, 2015, pgs. 2827-2862
- [72] DE LA MANO, M., “Vertical and Conglomerate Effects”, *Fordham Competition Law Institute*, 2006
- [73] DEL ESTAL SASTRE, R., “Vinculación entre contrato de préstamo hipotecario y seguro de amortización”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº. 5, 2013, pgs. 56-93
- [74] DELMAS-MARTY M., *Modelos actuales de Política Criminal*, Madrid, Centro de publicaciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Colección Temas Penales, serie nº. 4, 1986

- [75] DERDENGER, T. y KUMAR, V., “The Dynamic Effects of Bundling as a Product Strategy”, *Harvard Business School Working Paper*, 2012, pgs. 827-859
- [76] DÍAZ DE DIEGO, P., *La mediación de seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio*. Madrid, Instituto de Ciencia del Seguro, Fundación Mapfre, 2008
- [77] DÍAZ LLAVONA, C., “Borrador de la futura ley de distribución de seguros: más allá de la mera transposición de la directiva. Algunas valoraciones jurídicas iniciales”, *Diario La Ley*, nº. 8951, 2017, pgs. 21-28
- [78] DÍAZ LLAVONA, C., *Distribución de seguros por entidades de crédito: los Operadores de Banca-Seguros*, Pamplona, Editorial Civitas-Thomson Reuters [ProView], 2015
- [79] DÍAZ LLAVONA, C., “La venta cruzada de productos financieros a la luz de la última normativa europea y comparada en la materia”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año nº. 36, nº. 145, 2017, pgs. 307-340
- [80] DÍAZ LLAVONA, C., “Los Operadores de Bancaseguros en España”, *RES: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, nº. 148, 2011, pgs. 735-755
- [81] DÍEZ ESTELLA, F., “El artículo 3 LDC: Falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Noticias de la Unión Europea*, nº. 330, 2012, pgs. 83-94
- [82] DÍEZ ESTELLA, F., “El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE?”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº. 242, 2006, pgs. 3-25
- [83] DÍEZ ESTELLA, F., *La discriminación de precios en el derecho de la competencia*, Madrid, Editorial Civitas, 2003

- [84] DÍEZ ESTELLA, F., “La doctrina del abuso en mercados “vecinos” o “conexos” y el Monopoly leveraging”, *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Vol. 10, 2002, pgs. 555-604
- [85] DÍEZ ESTELLA, F., “Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, Expte. 412/97, BT/TELFÓNICA)”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, n.º. 208, 2000, pgs. 69-74
- [86] DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el derecho español” en AA.VV., *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, Editorial McGraw-Hill, Vol. 5, 2002, pgs. 5303-5322
- [87] ECONOMIDES, N., “Mixed Bundling in Duopoly”, *Discussion Paper*, EC-93-29, 1993, pgs. 3-17
- [88] EDELMAN, B., “Leveraging market power through tying and bundling: does Google behave anti-competitively?”, *Harvard Business School Working Paper*, 2012, pgs. 365-400
- [89] ELFTORP, K., *Abuse of a dominant position. The legal position of tying practices within European Competition Law*, Jönköping (Suecia), Bachelor’s Thesis, Jönköping University, 2010
- [90] ELGUERO MERINO, J.M., *El contrato de agencia de seguros*, Madrid, Fundación Mapfre, 2000
- [91] ELHAUGE, E., “Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory”, *The Harvard Law Review Association*, 2009, pgs. 399-448
- [92] EMBID HERRANZ, I., *Canales de distribución en seguros: efectividad comercial y eficiencia operativa*, Tesis Doctoral dirigida por los Profesores D. Miguel Martín Dávila y D. Víctor Zorrilla Fernández, Universidad Rey Juan Carlos, 2011

- [93] EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Editorial Comares, 2003
- [94] EMBID IRUJO, J.M., “Los grupos de sociedades en el Derecho Comunitario y español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, pgs. 31-51
- [95] ESTEBAN DE LA ROSA, F., *El Joint Venture en el comercio internacional*, Granada, Editorial Comares, 1999
- [96] ESTEVAN DE QUESADA, C., “Prácticas facilitadoras y sistemas de intercambio de información”, en VELASCO, L.A. y otros (Dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Editorial Lexnova, 2011, pgs. 851-862
- [97] FABRA, N., “Ventas en Lote y Anudadas, Costes de Cambio y Políticas de Fidelización”, *Curso sobre Regulación, Universidad Complutense de Madrid*, 2006, pgs. 1-59
- [98] FARRANDO MIGUEL, I., “Criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en materia de prácticas bancarias”, *Estudios sobre consumo*, nº. 56, 2001, pgs. 99-164
- [99] FELDMAN, R.C., “Defensive Leveraging in Antitrust”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 87, 1999, pgs. 2079-2115
- [100] FERNÁNDEZ AYALA, M., *El futuro de la bancaseguros*, Madrid, Fundación Mapfre, Tesina del Curso de postgrado en dirección y marketing de entidades aseguradoras y financieras, 2004
- [101] FERNÁNDEZ DE LIS, S. y GARCÍA MORA, A., “Algunas implicaciones de la crisis financiera sobre la banca minorista española”, *Estabilidad Financiera*, nº. 15, 2008, pgs. 55-72
- [102] FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la Competencia*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1994

- [103] FLINT, P., *Tratado de defensa de la libre competencia: Estudio exegético de D.L. 701*, Lima (Perú), Fondo Editorial 2002, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002
- [104] FOLGUERA CRESPO, J. y MARTÍNEZ CORRAL, B., “La posición de dominio colectiva: Estado actual de una larga evolución”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, pgs. 75-95
- [105] FONT GALÁN, J.L., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1986
- [106] FORNELLS DE FRUTOS, J., “Derecho de Competencia en Estados Unidos”, *Boletín ICE Económico: Información Comercial Española*, nº. 2802, 2004, pgs. 45-57
- [107] FUNA, D.B., “Bancassurance strategy”, *Business Mirror*, 2015, pgs.1-2
- [108] GARCÍA MONTORO, L., “Seguros de protección de pagos: una garantía limitada ante situaciones de fallecimiento, desempleo o incapacidad temporal”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº. 10/2014, 2014, pgs. 38-42
- [109] GARCÍA MURCIA, J., “Un nuevo centenario para la Seguridad Social española”, en GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.A. (Dir.), *La previsión social en España: Del Instituto Nacional de Previsión al Instituto Nacional de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2008, pgs. 4-11
- [110] GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., “La compraventa con préstamo hipotecario. Normativa sectorial para la protección del consumidor”, en LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir.), *La protección del consumidor de inmuebles*, Madrid, Editorial Dykinson, 2013, pgs. 453-475
- [111] GIMÉNEZ VILLANUEVA, T., “Normas de transparencia en la contratación bancaria”, *Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, nº. 3, 1996, pgs. 339-392

- [112] GIMÉNEZ ZURIAGA, I., *Actividad bancaria, Reestructuración y Creación de Bancos Malos*, Tesis Doctoral dirigida por los Profesores D. Aurelio Martínez Estévez y D. Josep María Jordán Galduf, Universidad de Valencia, 2016
- [113] GINER BAGÜÉS, E., “Estudio de casos. Análisis de resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº. 21, 1991, pgs. 140-155
- [114] GIRGADO PERANDONES, P., *Grupo de empresas y Derecho Antitrust: La aplicación de las normas anticolusorias en las relaciones intragrupo*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007
- [115] GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y Derecho de Sociedades*, Granada, Editorial Comares, 2001
- [116] GÓMEZ LÓPEZ, R. y LARA RUBIO, J., *Una nueva manera de entender las finanzas: La simbiosis financiera banca-seguros*, Granada, El Papel de las Administraciones Públicas y del Sistema Financiero. Asociación Andaluza de Ciencia Regional, 2006
- [117] GÓMEZ LOZANO, M.R., “Contratación de seguros de vida vinculados a préstamos hipotecarios (seguros de amortización)”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 2, nº. 1, 2015, pgs. 215-219
- [118] GONZÁLEZ CASTILLA, F., “El agente de seguros y el operador de banca-seguros”, en CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, Pamplona, Editorial Thomson Reuters-Civitas, 2007, pgs. 135-194
- [119] GONZÁLEZ CERDEIRA, X., “Fundamentos jurídico-económicos de las restricciones verticales”, en VALERA CARID, F. (Coord.), *Economía y Defensa de la Competencia*, Galicia, Tribunal Galego de Defensa da Competencia, 2010, pgs. 147-172

- [120] GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C., “El sector asegurador y el Derecho de la Competencia - El nuevo Reglamento 267/2010 de exención por categorías del Sector Asegurador”, en BLANCO-MORALES LIMONES, P., GUILLÉN ESTANY, M., y DOMÍNGUEZ FABÍAN, I. (Coords.), *Estudio sobre el sector asegurador en España 2010: los aspectos cualitativos de solvencia II*, Madrid, Fundación de Estudios Financieros, 2010, pgs. 257-286
- [121] GOURVILLE, J. y SOMAN, D., “The potential downside of bundling: How packaging services can hurt consumption”, *Cornell Hotel and Restaurant Administration Quarterly*, Vol. 58, 2001, pgs. 29-37
- [122] GREENLEE, P., REITMAN, D. y SIBLEY D.S., “An antitrust analysis of bundled loyalty discounts”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 26, Issue 5, 2008, pgs. 1132-1152
- [123] GUILLEM CARRAU, J., “Política Agrícola Común y Derecho de la Competencia”, *Revista Española de la Unión Europea*, nº. 26, 2014, pgs. 17-40
- [124] GUILTINAN, J.P., “The Price Bundling of Services: A Normative Framework”, *Journal of Marketing*, Vol. 51, nº. 2, 1987, pgs. 74-85
- [125] GUPTA, A., “Concept of tying and bundling and its effect on competition: A critical study of it in various jurisdictions”, *Competition Commission of India*, 2012, pgs. 1-43
- [126] GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, M., FERNÁNDEZ TORRES, Y. y PALOMO ZURDO, R., “De la transformación a la bancarización de las cajas de ahorros españolas: Un análisis de los resultados perseguidos”, *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, 2016, Vol. 122, pgs. 86-109
- [127] GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., “Artículo 2. Abuso de posición dominante”, en MASSAGUER FUENTES, J. y otros (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Madrid, Editorial Civitas, 2015, pgs. 143-266

- [128] GWON, J.H., “Bundling competition between multi-product and single-products firms”, *Journal of Economics Development*, 2015, pgs. 27-54
- [129] HENRIO ROMAIN, M., “Tying under European competition rules Do current anti-tying rules make European consumers better-off? An analysis of the Digital case”, *Institut d'Études Politiques de Toulouse*, 2012, pgs. 3-53
- [130] HERNANDO DE LARRAMENDI, I., “La dirección estratégica de la empresa de seguros”, *Ponencia IV Seminario de Gerencia de Riegos y Solvencia de Entidades de Seguros*, 1991, pgs. 1-47
- [131] HERRADOR ALCAIDE, T.C. y HERNÁNDEZ SOLIS, M., “La solvencia de las aseguradoras: un estudio para el ramo de vida español (2008-2011)”, *Revista Atlántica de Economía*, Vol. 1, nº. 1, 2013, pgs. 216-267
- [132] HERRERO SÚAREZ, C., *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la Competencia*, Madrid, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2006
- [133] HOYOS ELIZALDE, C., *El seguro de caución*, Madrid, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 2012
- [134] HUERTA DE SOTO BALLESTER, J., *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Madrid, Unión Editorial, 2011
- [135] IBARRA GONZÁLEZ, N. y GARCÍA GALLARDO, R., “Competencia, Comisión Europea: Reglamento de Exención por Categorías para el sector de los seguros”, *La Ley Mercantil*, año nº. 21, nº. 236, 2010, pgs. 45-46
- [136] ISERN SALVAT, M.R., “La intervención de los mediadores en la contratación del seguro”, en QUINTÁNS EIRAS, M.R. (Dir.), *Estudios sobre Mediación de Seguros*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pgs. 207-229
- [137] JAFFER, S., *Islamic Insurance: Trends, Opportunities and the Future of Takaful*, Londres (Reino Unido), Euromoney, 2007

- [138] JENNY, F., “Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades”, *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, nº. 61, 2006, pgs. 40-55
- [139] JIMÉNEZ APARICIO, E., “Los contratos de venta en exclusiva en el ámbito comunitario”, *Anuario de Derecho Europeo*, 2001, pgs. 11-45
- [140] JIMÉNEZ LAIGLESIA, J. y JIMÉNEZ LAIGLESIA, J.M., “Tipología de restricciones horizontales: Limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria [Art. 1.1.b), 1.1.c), 1.1.d) y 1.1.e) de la Ley 15/2007]”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Dir.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2009, pgs. 163-190
- [141] JIMÉNEZ LATORRE, F., “Exclusión a través de precios: la depredación”, en VALERA CARID, F. (Coord.), *Economía y Defensa de la Competencia*, Galicia, Tribunal Galego de Defensa da Competencia, 2010, pgs. 103-128
- [142] JIMÉNEZ LATORRE, F., “Las prácticas comerciales excluyentes del operador dominante”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, La Ley nº. 20346/2009, nº. 12, 2009, pgs. 9-28
- [143] KUHN, K.U., STILLMAN, R. y CAFFABRA, C., “Economic Theories of Bundling and their Policy Implications in Abuse Cases: An Assessment in Light of the Microsoft”, *University of Michigan Law School Scholarship Repository*, Paper #04-019, 2004, pgs. 85-121
- [144] LA CASA, GARCÍA, R., “Delimitación del riesgo y extensión personal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil”, *Ponencia pronunciada en el II Congreso Nacional de Responsabilidad y Seguro*, 2001, pgs. 1-5
- [145] LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “Denominación de la sociedad anónima: identidad, reserva y nulidad (SAP Madrid 22 septiembre 1990 y STS 21 julio 1994)”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Dir.), *Derecho de Sociedades I: Comentarios a la jurisprudencia*, Pamplona, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, pgs. 433-448

- [146] LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “La falta de expresión estatutaria del objeto social como causa de nulidad de la sociedad anónima”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º. 14, 1994, pgs. 174-194
- [147] LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., “La publicidad (comercial) indirecta”, *La Ley Mercantil*, n.º. 16, La Ley n.º. 4678/2015, 2015, pgs. 1-24
- [148] LINDE PANIAGUA, E., “El significado del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión en la Constitución Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º. 10, 2006, pgs. 17-34
- [149] LISO, J.M., BALAGUER, T. y SOLER, M., *El sector bancario europeo: panorama y tendencias*, Barcelona, Colección Estudios e Informes, Servicio de Estudios de “La Caixa”, n.º. 6, 1996
- [150] LOECHEL, H., BROST, H. y HELENA, L., “Benefits and Costs of Integrated Financial Services Providers (IFSP)”, *EU-China BMT Working Paper Series*, n.º. 6, 2008, pgs. 1-26
- [151] LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., “La importancia del seguro y de la actualización de su regulación”, *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º. 49, 2014, pgs. 5-8
- [152] LÓPEZ MIÑO, A., “Dos abusos exclusionarios (refusal to supply tying) en un mismo caso: la sentencia Microsoft I”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 27, 2007, pgs. 845-867
- [153] LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J., *El intervencionismo público en los seguros privados*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Enrique Linde Paniagua, UNED, 2010
- [154] LOZANO ARAGÜES, R. y DUQUE SANTAMARÍA, R., “Análisis de la actividad de mediación realizada a través de operadores de bancaseguros”, *Perspectivas del sistema financiero*, n.º. 93, 2008, pgs. 1-9

- [155] LOZANO VIVAS, A., “Un estudio de la eficiencia y economías de diversificación del sistema bancario español”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. 22, n.º. 73, 1992, pgs. 855-880
- [156] MAGRO SERVET, V., “¿Es posible que las entidades bancarias anuden a una póliza de préstamo hipotecaria una póliza de seguro sobre el inmueble de forma preceptiva e inseparable al contrato?”, *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, n.º. 3 2011, pgs. 1-4
- [157] MAŁOBEŃKI, I., “Per se approach v. Rule of reason. Tying and Bundling in European. Competition Law – a legal and economic analysis”, *Committee of 3rd Polish Law and Economics Conference*, 2012, pgs. 1-16
- [158] MANZANO MARTOS, A., *Claves del Seguro Español: Una aproximación a la Historia del Seguro en España*, Madrid, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 2012
- [159] MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, Madrid, Instituto de Ciencia del Seguro, Fundación Mapfre, 2011
- [160] MARÍN GARCÍA, I. y RUIZ GARCÍA, C.A., “Cláusulas penales en contratos de exclusiva y abuso de posición dominante. Comentario a Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, Expte. 646/08, caso Axion/Abertis”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2009, 2009, pgs. 1-14
- [161] MARÍN NARROS, H.D., “Las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios y la STS de 9 de mayo de 2013”, en MARÍN NARROS, H.D. (Coord.), *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Barcelona, Ed. J.M. Bosch, 2015, pgs. 105-149

- [162] MARTÍ MIRAVALLS, J., “Acciones de daños por infracción del Derecho de la Competencia: responsabilidad conjunta y prescripción”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, año 2016-2017, Tomo 37, 2017, pgs. 29-54.
- [163] MARTÍ MIRAVALLS, J., “Contract annulment due to minimum price-fixing: The bad application of private enforcement of competition law”, en VELASCO SAN PEDRO L.A. y otros (Dir.), *Private enforcement of Competition Law*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2011, pgs. 337-348
- [164] MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho antitrust comunitario”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº. 18, 2007, pgs. 53-79
- [165] MARTÍ MIRAVALLS, J., “Hoja de ruta de la Comisión Europea para el tratamiento normativo del «shadow banking»”, en MARIMÓN DURÁ, R. (Dir.), *La regulación del «shadow banking» en el contexto de la reforma del mercado financiero*. Pamplona, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pgs. 71-104
- [166] MARTÍ MIRAVALLS, J., “Shadow banking y regulación”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº. 17, 2015, pgs. 7-32
- [167] MARTÍ MOYA, V., “Disclosure sobre programas de clemencia a la luz de la Sentencia de la English High Court de 4 de abril de 2012”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 292, 2014, pgs. 513-526
- [168] MARTÍ MOYA, V., “La represión pública de la competencia desleal”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 291, pgs. 491-520
- [169] MARTÍ MOYA, V., “Obstáculos al mercado único digital y restricciones al competencia en el mercado online de bienes”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, año 2016-2017, Tomo 37, 2017, pgs. 55-82
- [170] MARTÍNEZ QUINTERO, M.E., “El nacimiento de los seguros sociales en el contexto del reformismo y la respuesta del movimiento obrero”, *Studia histórica*, nº. 2, 1984, pgs. 61-83

- [171] MARTÍNEZ SANZ, F., PALAU RAMÍREZ, F. y MONTEAGUDO MONEDERO, M., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Madrid, Editorial Civitas, 2000
- [172] MARTÍNEZ VILCHES, R., “Mercado potencial de Banca-Seguros: naturaleza y gama de productos a comercializar”, *Cuadernos de Información Económica*, nº. 113-114, 1996, pgs. 57-66
- [173] MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M., *El Crédito por Intereses en el Concurso*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Emilio Jesús Lázaro Sánchez, Universidad de Murcia, 2014
- [174] MATILLA QUIZA, M.J., “Debates parlamentarios y leyes sobre la asociación de capitales (1810-1874)”, *Revista de Estudios Políticos*, nº. 93, 1996, pgs. 379-399
- [175] MAUDOS VILLARROYA, J., “Concentración regional del mercado bancario”, *Cuadernos de Información Económica*, nº. 251, 2006, pgs. 49-62
- [176] MAYORGA TOLEDANO, M.C., “Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente”, en FLORES DOÑA, M.S. (Dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016, pgs. 353-378
- [177] MCAFEE, R.P., MCMILLAN, J. y WHINSTON, M., “Multiproduct monopoly, commodity bundling, and correlation of values”. *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 104, nº. 2, 1989, pgs. 371-383
- [178] MCGOWAN, L., “The Antitrust Revolution in Europe: Exploring the European Commission’s Cartel Policy”, *Edward Elgar Publishing Limited*, 2010, pgs. 89-92
- [179] MIALET RIGAU, A., “El futuro del sector asegurador español: Solvencia II, los acuerdos de los bancaseguros y el entorno económico, puntos críticos para el sector”, *Informe mensual “La Caixa”*, nº. 358, 2012, pgs. 69-70
- [180] MIGUEL RODRÍGUEZ, J., *La Sociedad Conjunta (Joint Venture Corporation)*, Madrid, Editorial Civitas, 1998

- [181] MILLER, E. y MADDALA, G.S., *Microeconomía: Teoría y Aplicaciones*, México, Editorial McGraw-Hill, 1991
- [182] MIQUEL RODRIGUEZ, J., *La sociedad conjunta (Joint venture Corporation)*, Madrid, Editorial Civitas, 1998
- [183] MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La formación y ejecución del contrato electrónico: una aproximación a una realidad comercial emergente”, *Estudios sobre Consumo*, n.º. 85, 2008, pgs. 77-92
- [184] MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de contratos”, *Diario la Ley*, La Ley 355/2015, n.º. 8464, 2015, pgs. 1-7
- [185] MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J., “Misleading and aggressive commercial practices and the defects of transactional consent”, en SCHULZE, R. y PERALES VISCASILLAS, P. (Dirs.), *The Formation of Contract: New Features and Developments in Contracting*, Baden-Baden (Alemania), Editorial Nomos, 2016, pgs. 89-99
- [186] MIRANDA SERRANO, L.M. y SERRANO CAÑAS, J.M., “Relevancia comercial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales: Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º. 18, 2016, pg. 6
- [187] MIRANDA SERRANO, L.M., “Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º. 93, n.º. 761, 2017, pgs. 1151-1196
- [188] MIRANDA SERRANO, L.M., “El procedimiento de control de las operaciones de concentración de empresas en el Derecho comunitario de la competencia”, *La Ley Mercantil*, año n.º. 3, n.º. 16, Madrid, 1992, pgs. 8-18

- [189] MIRANDA SERRANO, L.M., “La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema europeo de control de concentraciones (Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998)”, *Derecho de los Negocios*, nº. 113, 2000, pgs. 19-46
- [190] MIRANDA SERRANO, L.M., “La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y negociables”, *Estudios sobre Consumo*, nº. 77, 2006, pgs. 61-76
- [191] MIRANDA SERRANO, L.M., “La «regla de mínimos» en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo”, *Derecho de los Negocios*, Ley nº. 38942/2008, nº. 16, 2008, pgs. 5-36
- [192] MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas: Derecho europeo y español*, Madrid, Editorial Wolkers Kluwer, 1994
- [193] MIRANDA SERRANO, L.M., “Prácticas colusorias: ancillary restraints y conductas de mínimos”, en RUIZ PERIS, J.I. (Dir.), *Derecho Europeo de la Competencia. Proyecto Europeo “Training of National judges in EU Competition Law”*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2017, pgs. 57-99
- [194] MONTIJANO GUARDIA, F., *El movimiento estratégico del sector asegurador: un enfoque desde las relaciones banca-seguros*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. José García Roa, Universidad de Jaén, 2001
- [195] MONTIJANO GUARDIA, F., “La actividad de bancaseguros en el mercado asegurador español: modelos y nivel de implantación”, *Boletín ICE Económico: Información Comercial Española*, 2003, pgs. 15-23
- [196] MONTIJANO GUARDIA, F., “Las relaciones banca-seguros: consideraciones históricas y actuales”, en PONS PONS, J. y PONS BRÍAS, M.A. (Coords.), *Investigaciones históricas de Seguro español*, Madrid, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 2010, pgs. 259-274
- [197] MONTIJANO GUARDIA, F., “Un análisis del grado de concentración y la demanda de seguros en la década de los noventa”, *Boletín ICE Económico: Información Comercial Española*, nº. 2694, 2001, pgs. 33-43

- [198] MONTIJANO GUARDIA, F. y RUIZ FUENTES, N., “La naturaleza competitiva de la empresa banco-aseguradora”, *Anales de Economía Aplicada*, Vol. 22, nº. 2, 2004, pgs. 377-378
- [199] MORILLAS JARILLO, M.J., “La comercialización de productos financieros complejos entre personas vulnerables”, en GARCÍA GARNICA, M.C. (Dir.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid, Editorial Dykinson, 2014, pgs. 209-226
- [200] MULHERN, F.J. y LEONE, R.P., “Implicit Price Bundling of Retail Products: A Multiproduct Approach to Maximizing Store Profitability”, *Journal of Marketing*, Vol. 55, nº. 4, 1991, pgs. 63-76
- [201] MUÑOZ PAREDES, J.M., “Principales novedades para los operadores de Banca Seguros en las propuestas de reforma de la legislación aseguradora”, *RES: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, nº. 148, 2011, pgs. 777-784
- [202] MURGUERZA GOYA, M.E., *Bancaseguros: La comercialización de seguros no vida a través de las redes bancarias*, Madrid, Fundación Mapfre, Tesina del Curso de postgrado en dirección y marketing de entidades aseguradoras y financieras, 2006
- [203] MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, Editorial Reus, 2012
- [204] NALEBUFF, B., “Bundling as an entry barrier”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 119, nº. 1, 2004
- [205] NALEBUFF, B., “Exclusionary bundling”, *Antitrust Bulletin*, Vol. 50, nº. 3, 2005, pgs. 159-187
- [206] NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 727, 2011, pgs. 2665-2737

- [207] NAVARRO VARONA, E., “Comunicaciones recientes de la Comisión europea en materia de competencia”, *Revista General de Derecho*, 1999, pgs. 2359-2360
- [208] NEVEN, D.J., “The analysis of conglomerate effects in EU merger control”, *Handbook of antitrust Economics*, 2008, pgs. 183-211
- [209] NICOLAU FRANCÉS, J.A., *El mercado de financiación español. Diagnóstico y receta para su apertura y diversificación*, Máster Universitario en Finanzas, elaborado bajo la dirección del Profesor D. Gonzalo Gómez Bengoechea, ICADE, 2015
- [210] NÓVOA ARECHAGA, A. y LÓPEZ SÚAREZ, P.A., “El mercado de la vivienda en España: una década prodigiosa (1995-2005)”, *Decisiones basadas en el conocimiento y en el papel social de la empresa: XX Congreso anual de AEDEM (Comunicaciones)*, Vol. 2, 2007, pgs. 1-17
- [211] NÚÑEZ OSORIO, M.I., *El abuso anticompetitivo bajo el artículo 82 del Tratado CE: rebajas y precios predatorios*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor. D. Ricardo Alonso Soto, Universidad Autónoma de Madrid, 2009
- [212] NURULLAH, M., *Interface of insurance and banking in European countries*, Tesis Doctoral presentada en la City, University of London, 2000
- [213] ODRIOZOLA ALÉN, M. y BARRANTES DÍAZ, B., “La vinculación de productos. Referencia al asunto Microsoft”, en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ JUAN, A., (Dirs.), *El abuso de posición de dominio*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, pgs. 368-390
- [214] OKEAHALAM, C.C., “Does Bancassurance Reduce the Price of Financial Service Products?”, *Journal of Financial Services Research*, n.º. 33.3, 2008, pgs. 147-162
- [215] OLMEDO PERALTA, E., *Atribución orgánica del deber en las sociedades de capital*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2014

- [216] OLMEDO PERALTA, E., “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (umbrella pricing): Una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº. 15, 2014, pgs. 107-130
- [217] OLMEDO PERALTA, E., *I doveri e le responsabilità contabili nella corporate governance delle società di capitali*, Tesis Doctoral presentada en la Università di Bologna, 2013
- [218] OLMEDO PERALTA, E., “La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el derecho europeo de la competencia”, en RUIZ PERIS, J.I. (Dir.), *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/ UE: Directiva y propuesta de transposición*, Pamplona, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pgs. 391-426
- [219] OLMEDO PERALTA, E., “La mala fe como causa de nulidad o denegación de registro en el Derecho Europeo de Marcas”, *Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*, Tomo 34 (2013-2014), 2014, pgs. 574-578
- [220] OLMEDO PERALTA, E., “La reclamación de daños sufridos por los consumidores como consecuencia de un cártel (Private Enforcement): Follow-on Damages vs. Stand Alone Actions”, en MIRANDA SERRANO, L.M., PAGADOR LÓPEZ, J. y PINO ABAD, M. (Coords.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Madrid, Editorial Iustel, 2015, pgs. 171-188
- [221] OLMEDO PERALTA, E., “Las licencias obligatorias de patentes para poner remedio a prácticas anticompetitivas (Análisis sistemático del art. 94 de la nueva Ley de Patentes)”, *Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*, Tomo 36 (2015-2016), 2016, pgs. 197-222

- [222] ORDOÑEZ DE HARO, J.M., *Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados*, Sevilla, Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, Consejería de Economía y Hacienda, Vol. 2, 2009
- [223] ORTEGA GIMÉNEZ, A., “El contrato de joint venture internacional”, *Economist & Jurist*, Vol. 15, nº. 112, 2007, pgs. 18-28
- [224] ORTIZ BAQUERO, I.S., “La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”, *Revista e-Mercatoria*, Vol. 8, nº. 2, 2009, pgs. 1-39
- [225] OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1994
- [226] PAGADOR LÓPEZ, J., “De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato”, *Editorial La Ley*, nº. 268, La Ley nº. 1235/2013, 2013, pgs. 7-25
- [227] PAGADOR LÓPEZ, J., “Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación”, *La Ley, Sección Doctrina*, La Ley 11151/2001, Ref. D-87, Tomo 2, 1999, pgs. 1850-1856
- [228] PAGADOR LÓPEZ, J., *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998
- [229] PAGADOR LÓPEZ, J., “Los swaps en el sistema contractual español”, *La Ley, Derecho de los Negocios, Sección Temas de Hoy*, nº. 257, La Ley nº. 315/2012, 2012, pgs. 25-32
- [230] PALACIOS, L.A. y VALERA, C., “El seguro de Incendio y Terremoto”, *Revista Fasecolda*, 2011, pgs. 452-486
- [231] PANZAR, J.C. y WILLIG, R.D., “Economies of Scale in Multi-Output Production”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 3, Issue 3, 1977, pgs. 481-493
- [232] PAPANDROPOULOS, P., “Article 82: Tying and bundling”, *Competition Law Insight*, 2006, pgs. 3-5

- [233] PASCUAL PONS, C., “El nuevo tratamiento de las Restricciones Verticales en el Derecho Comunitario de la Competencia”, *Boletín ICE Económico: Información Comercial Española*, nº. 2626, 1999, pgs. 13-20
- [234] PAULEAU, C., *El régimen jurídico de las “joint venture”*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002
- [235] PELLISÉ CAPELL, J., *La explotación abusiva de una posición dominante*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Antoni Font Ribas, Universidad de Barcelona, 2002
- [236] PÉREZ CARRILLO, E.F., “Exenciones por categorías de determinados acuerdos o prácticas horizontales entre empresas aseguradoras”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo nº. 25, 2005, pgs. 455-464
- [237] PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “¿Aplicación pública o aplicación privada del Derecho de la Competencia?”, *Documento de trabajo del Seminario Permanente de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca*, nº. 2011/11, 2011, pgs. 1-22
- [238] PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., “Las filiales comunes concentrativas en el Reglamento CEE nº 4064/89 sobre control de las operaciones de concentración entre empresas”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, nº 61, 1991, pgs. 3-7
- [239] PETIT, M.V., “Determinación de la posición de dominio (comentario a la sección 2ª del TDC, de 18 de enero de 1991, Expte. 286/90, Panava, S.L.)”, *Revista General de Derecho*, 1991, pgs. 6445-6482
- [240] PETIT, N. y NEYRINCK, N., “Collective dominance: An overview of national case law”, *e-Competitions*, nº. 72449, 2011, pgs. 1-11
- [241] PETITBÓ JUAN, A., “La relevancia del Análisis Económico en los procedimientos relacionados con el Derecho de la Competencia”, en VALERA CARID, F. (Coord.), *Economía y Defensa de la Competencia*, Galicia, Tribunal Galego de Defensa da Competencia, 2010, pgs. 7-28

- [242] PINILLOS COSTA, M.J. y MARTÍN PEÑA, M.L., “El fenómeno de la bancaseguros desde una perspectiva estratégica”, *Cuadernos de Información Económica*, n.º. 152-153, 1991, pgs. 121-130
- [243] PINKAS, F., *Tratado de defensa de la libre competencia*, Lima (Perú), Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia, Estudio Exegético del D.L. 701, Pontificia Universidad del Perú, Fondo Editorial, 2002
- [244] PINTO ÁLVAREZ, R., *El crédito de consumo en España*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. Gregorio Izquierdo Llanes, UNED, 2013
- [245] PODESTA, M., *Strategic Aspects of Bundling*, Montpellier (Francia), Centre de Recherche en Economie et Droit de l’Energie, Université de Montpellier I, Faculté des Sciences Economiques, 2008
- [246] PONSOLDT, J.F. y DAVID, C.D., “Comparison between U.S. and E.U. Antitrust treatment of tying claims against Microsoft: When should the bundling of computer software be permitted”, *Northwestern Journal of International Law of Business*, Vol. 27, Issue 2 winter, 2007, pgs. 423-424
- [247] ROBLES ELEZ-VILLARROEL, J.F., *Prácticas incorrectas y condiciones abusivas en las Operaciones Bancarias*, Madrid, Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias, S.L., 1994
- [248] ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El empleo de los reglamentos de exención por categorías como instrumento regulatorio: el cálculo de la prima de riesgo en el sector de los seguros”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A. y otros (Dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Madrid, Editorial Lex Nova, 2011, pgs. 917-923
- [249] ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Los precios abusivos en el Derecho de la Competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, año 2015-2016, Tomo 36, n.º. 36, 2016, pgs. 253-280
- [250] ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Los precios excesivos como supuesto de abuso de posición dominante”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 35, 2015, pgs. 533-536

- [251] RODILLA MARTÍ, C., “La prueba del abuso de posición de dominio”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n°. 21, 2017, pgs. 1-25
- [252] RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia”, en IGLESIAS PRADA, J.L. (Coord.), *Estudio en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, pgs. 983-1018
- [253] ROJAS, J.F., *El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional*, Perú, Universidad Católica de Perú, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2008
- [254] RUIZ CALZADO, J., “Los descuentos y su problemática”, en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, pgs. 313-340
- [255] RUIZ ECHAURI, J. y FERNANDEZ BENITO, R., “El Operador de banca-seguros en los criterios de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”, *RES: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, n°. 148, 2011, pgs. 757-774
- [256] SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital: (artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo)*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000
- [257] SÁNCHEZ RUIZ, M., “El crédito al consumo en la Ley 7/1995, 23 de marzo”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, n°. 25, 1998, pgs. 49-64
- [258] SÁNCHEZ RUIZ, M., “La regulación europea actual sobre emplazamiento de producto y la propuesta de reforma de la directiva de servicios de comunicación audiovisual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, n°. 2, 2017, pgs. 506-529
- [259] SÁNCHEZ RUIZ, M., “Los presupuestos y límites del emplazamiento publicitario”, *Revista de Derecho Mercantil*, n°. 296, Madrid, 2015, pgs. 183-223

- [260] SÁNCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 1, 2009, pgs. 1-35
- [261] SANTIAGO MERINO, J., *La Calidad de Servicio Bancario: Entre la Fidelidad y la Ruptura*, Tesis Doctoral dirigida por el Profesor D. José Ramón Sánchez Guzmán, Universidad Complutense de Madrid, 1999
- [262] SCHMALENSEE, R., “Commodity bundling: the Gaussian case”, *Working paper (Sloan School of Management)*, 1981, pgs. 1-31
- [263] SCHNEIDER, M.C., *Bancassurance in the Italian life insurance Industry*, Tesis Doctoral presentada en la Università degli Studi di Udine, 2014
- [264] SCHWARTZ GIRÓN, P., “Los límites de la política antitrust”, *Boletín ICE Económico: Información Comercial Española*, nº. 883, 2015, pgs. 97-108
- [265] SETT, R.K., “A Product and a Price Bundle in an Efficient Choice Set: How Do Choice Framing and Goal Orientation Influence Preferences?”, *Journal of Marketing Theory and Practice*, Vol. 22, 2014, pgs. 285-298
- [266] SORIA BRAVO, C., *Influencias de las estrategias de Downsizing sobre la estructura formal de la empresa: Análisis caso de Telefónica*, Tesis Doctoral dirigida por los Profesores D. Alfonso Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros y D. Santiago Garrido Buj, UNED, Madrid, 2008
- [267] STOLE, L.A., “Price Discrimination and Imperfect Competition”, *Handbook of Industrial Organization*, 2005, pgs. 2221-2299
- [268] STRADER, J.M., *The impact of neoclassical price theory on monopolization law: a transatlantic perspective*, Tesis Doctoral presentada en la University College London (University of London), 2015
- [269] STREMERSCH, S. y TELLIS, G., “Strategic Bundling of Products and Prices: A New Synthesis for Marketing”, *Journal of Marketing*, Vol. 66, 2002, pgs. 55-72

- [270] TAPIA HERMIDA, A.J., “El concepto y la clasificación de los contratos bancarios” en SEQUEIRA MARTÍN, A. y otros (Dir.), *La contratación bancaria*, Madrid, Editorial Dykinson, 2007, pgs. 131-144
- [271] TAPIA SÁNCHEZ, M.R., “Servicios vinculados a la contratación de préstamo hipotecario; en especial, el servicio de cobertura de riesgo”, en FLORES DOÑA, M.S. (Dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016, pgs. 311-352
- [272] TIRADO SUÁREZ, F.J., *Comentarios a la Ley 26/2006, de 17 de julio de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. Legislación, Doctrina y Formularios*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2007
- [273] TIRADO SUÁREZ, F.J., *¿Hacia la desaparición de la tácita renovación en el contrato de seguro?*, en MORILLAS JARILLO, M.J., y otros (Dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, Universidad Carlos III, 2015, pgs. 1867-1884
- [274] TITO AÑAMURO, J.A., *El nexu jurídico de los contratos vinculados de consumo*, Tesis Doctoral dirigida por la Profesora D^a. María Jesús Moro Almaraz, Universidad de Salamanca, 2009
- [275] TOBÍO RIVAS, A.M., *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el Derecho comunitario*, Barcelona, Editorial Bosch, 1994
- [276] TORDELLA CASARES, G., CARUANA DE LAS CAGIGAS, L., GARCÍA RUIZ, J.L., MANZANO MARTOS, A. y PONS PONS, J., *Historia del seguro en España*, Madrid, Fundación Mapfre, 2014
- [277] TORDELLA CASARES, G., MANZANO MARTOS, A. y GARCÍA RUIZ, J.L., “Breve historia del seguro en España”, *Dossier Fundación Mapfre*, nº. 37, 2015, pgs. 33-43
- [278] URBANEJA CILLÁN, J., “La reestructuración de sistema financiero español. El proceso de reforma tras la asistencia financiera de la banca española”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 32, 2014, pgs. 1-46

- [279] URÍA GONZÁLEZ, R., *El seguro marítimo*, Barcelona, Editorial Bosch, 1940
- [280] VARGAS VASSEROT, C., “El contrato de seguro en el marco de la actividad bancaria”, en GADEA SOLER, E. y SEQUEIRA MARTÍN, A.J. (Coords.), *La contratación bancaria*, Madrid, Editorial Dykinson, 2007, pgs. 1321-1396
- [281] VARGAS VASSEROT, C., “La comercialización de seguros por entidades de crédito y los seguros vinculados a operaciones de préstamos”, en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Dirs.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2017, pgs. 697-728
- [282] VARGAS VASSEROT, C., “La contratación de seguro a través de la banca”, *RES: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, n.º. 148, 2011, pgs. 711-734
- [283] VELASCO SAN PEDRO, L.A. y HERRERO SÚAREZ, C., “Vinculación y negativa a contratar. Reflexiones en torno al caso Microsoft (Sentencia del TPI de 17 de septiembre de 2007)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º. 2, 2008, pgs. 193-217
- [284] VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º, 6, 2010, pgs. 13-36
- [285] VICIANO PASTOR, J. y MARTÍ MIRAVALLS, J., “Derecho "antitrust" y contrato de agencia los riesgos significativos e insignificantes del agente en las redes distribución de carburante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º. 280, 2011, pgs. 237-255
- [286] VIDAL HÄNTSCH, H., *Modificación del año 2005 a la Ley alemana contra restricciones a la competencia y su adecuación al Derecho de la Comunidad Europea*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008

- [287] WAELBROECK, M. y FRIGNANI, A., *Derecho Europeo de la Competencia*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998
- [288] WARD, A. y 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, pgs. 37-68
- [289] ZARTA ARIZABAETA, J.F. y PINZÓN FONSECA, D.A., “La oportunidad de Bancaseguros”, *Revista Fasecolda*, 2012, pgs. 83-86
- [290] ZHOU, J., “Competitive Bundling”, *School of Management*, 2016
- [291] ZURIMENDI ISLA, A., “Acuerdos verticales y restricciones a la libre competencia”, en VELASCO SAN PEDRO, L.A., y otros (Dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid. Editorial La Ley, 2010, pgs. 747-780
- [292] ZURIMENDI ISLA, A., “El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 7, 2007, pgs. 1-19
- [293] ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2006