



Roj: **STS 2297/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2297**

Id Cendoj: **28079130032015100153**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **22/05/2015**

Nº de Recurso: **481/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5232/2012,**
STS 2297/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil quince.

VISTO el recurso de casación, registrado bajo el número **481/2013**, interpuesto por el Abogado del Estado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012, que estimó el recurso contencioso-administrativo 865/2009, formulado por la entidad mercantil Scor Global P&C SE contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, recaída en el expediente S/0037/08, que declara que ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, prohibido por el artículo 81.1, letra a) del Tratado CE, y por el artículo 1.1, letra a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que es responsable, entre otras compañías aseguradoras y reaseguradoras, la mercantil recurrente. Ha sido parte recurrida la entidad mercantil SCOR GLOBAL P&C SE, representada por la Procuradora Doña María Isabel Campillo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 865/2009, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 18 de diciembre de 2012, cuyo fallo dice literalmente:

« Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de SCOR GLOBAL P&C SE contra el Acuerdo dictado el día 12 de noviembre de 2009 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual anulamos por no ser conforme a derecho. *Sin efectuar condena al pago de las costas* . » .

La Sala de instancia fundamentó la decisión de estimar el recurso contencioso-administrativo, con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] En vía administrativa, las empresas investigadas alegaron que no existía ningún acuerdo de fijación de precios mínimos, y que únicamente tuvieron lugar intercambios de información de carácter estrictamente técnico en relación con el coste de cobertura del riesgo. Frente a esta alegación, la CNC considera que hubo un " acuerdo que tenía por objeto poner fin a la competencia generada con la implantación del SDD como un seguro de suscripción obligatoria para los promotores de viviendas " .

El relato de hechos que efectúa la resolución impugnada se centra en las reuniones y acuerdos para poner fin a la bajada de las primas de riesgo, al tiempo que reconoce que giraban sobre acuerdos técnicos y de tarificación, dado que " a partir del 1 de enero de 2002, en el que se fijan los valores definitivos de las primas mínimas por cobertura, y las tasas mínimas por renunciaciones a recurso, las tasas mínimas aplicables a riesgos

normales, así como los coeficientes correctores de la tasa de prima en función del coste por m² declarado por el tomador del seguro ."

Y tras reproducir determinadas tablas, la resolución impugnada concluye:

"Primas, tasas y coeficientes correctores mínimos que al aplicarse sobre la suma asegurada en cada póliza, da como resultado la prima comercial o precio del seguro a pagar por el tomador. En consecuencia, al fijarse una tasa mínima, lo que se acordó por las empresas señaladas fue el precio mínimo del seguro decenal de daños en España."

Frente a estas conclusiones se alza la tesis de las empresas sancionadas, según las cuales las reuniones y contactos mantenidos tenían por objeto suplir la ausencia de información estadística siniestral en la fecha de entrada en vigor de la LOE, poniendo en común sus respectivas experiencias, al objeto de calcular el coste de la cobertura del riesgo o "prima pura". Estos intercambios de información están permitidos, siempre según las empresas expedientadas, por la normativa de seguros, por los Reglamentos CE de exención para determinadas categorías de acuerdos entre empresas de seguros, o directamente por aplicación de los arts. 1.3 de la Ley 15/2007 y 81.3 del TCE .

El acuerdo, para la CNC ha afectado a la prima comercial y no a la prima pura, porque:

- . Se elaboraron guías de tarificación.
- . Los contratos de reaseguro contienen directrices de suscripción y de tarificación.
- . Los Reglamentos CE de exención de ciertas categorías de acuerdos en el sector de seguros consideran fundamental que los cálculos en común del coste medio de la cobertura de un riesgo determinado tengan carácter meramente orientativo (no vinculante), y en este expediente el objetivo de las partes era que el acuerdo fuese vinculante para ellas.

En sentido contrario, y a favor de la postura mantenida por las empresas expedientadas, la CNC reconoce que la legislación de seguros establece -para todo tipo de seguros y no sólo para el SDD- la obligación de las compañías de seguros de evitar las situaciones de infraseguro, estableciendo tarifas de primas suficientes que les permitan atender a sus obligaciones, y constituir provisiones técnicas adecuadas (art. 25.3 del RDL 6/2004).

Igualmente reconoce que:

- . No tiene " carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes" según la legislación de seguros.
- . La prima comercial según dicha legislación debería resultar de " sumar al importe de la prima pura o de riesgo (para cuyo cálculo en común se permite, bajo ciertas condiciones, el intercambio de información estadística) los recargos de seguridad, de gestión y el porcentaje de beneficios que, individualmente, debe determinar cada empresa" .

Haciendo balance de unas y otras consideraciones, la CNC concluye que aún así, la conducta enjuiciada no está amparada por la legislación de seguros ya que las empresas de seguros están sujetas a la ley de defensa de la competencia, y el acuerdo ha afectado a la prima comercial.

Igualmente razona que no está exenta por aplicación del Reglamento CE 3932/92, que permitía declarar inaplicable el art. 81.1 TCE a cuatro categorías de acuerdos de cooperación en el sector de los seguros:

- a) la fijación en común de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas colectivas o el número de siniestros;
- b) el establecimiento de condiciones tipo para los contratos de seguro;
- c) la cobertura en común de determinados tipos de riesgos; y
- d) el establecimiento en común de normas para la verificación y aceptación de equipos de seguridad.

La exención no es aplicable a los acuerdos estudiados, porque en el caso de los acuerdos señalados en la letra a) la exención protege al cálculo de las primas puras, no al de las primas comerciales, y tales cálculos deben dejar fuera los márgenes de seguridad, el producto financiero de las reservas, los gastos administrativos o comerciales, las cargas fiscales y el beneficio empresarial.

El Reglamento CE 358/2003 establece:

"De conformidad con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado y con arreglo a lo dispuesto en el presente Reglamento, el apartado 1 del artículo 81 del Tratado se declara inaplicable a los acuerdos celebrados entre dos o más empresas del sector de seguros (en adelante denominadas «las partes») en los siguientes ámbitos:

a) el establecimiento y la difusión conjuntos de:

- cálculos sobre el coste medio de la cobertura de un riesgo determinado en el pasado (en adelante denominados «cálculos»),

- tablas de mortalidad y tablas de frecuencia de enfermedades, accidentes e invalidez (en adelante denominadas «tablas») en el ámbito de los seguros que implican un elemento de capitalización;

b) la elaboración conjunta de estudios sobre el probable impacto de circunstancias generales externas a las empresas implicadas, bien sobre la frecuencia o el alcance de los siniestros futuros para un determinado riesgo o categoría de riesgos, bien sobre la rentabilidad de distintos tipos de inversión (en adelante denominados «estudios»), y la difusión de los resultados de tales estudios;

c) el establecimiento y la difusión conjuntos de condiciones tipo no vinculantes de las pólizas de seguro directo (en adelante denominadas «condiciones tipo de las pólizas»);

d) el establecimiento y la difusión conjuntos de modelos no vinculantes que ilustren los beneficios de una póliza de seguros que contenga un elemento de capitalización (en adelante denominados «modelos»);

e) la constitución y el funcionamiento de agrupaciones de empresas de seguros o de empresas de seguros y empresas de reaseguros para la cobertura conjunta de una categoría específica de riesgos en forma de coaseguro o correaseguro, y

f) el establecimiento, el reconocimiento y la difusión de:

- especificaciones técnicas, normas o directrices relativas a aquellos tipos de dispositivos de seguridad para los que no existan a escala comunitaria especificaciones técnicas, sistemas de clasificación, normas, procedimientos o directrices que hayan sido armonizados de conformidad con la legislación europea sobre el libre movimiento de mercancías, y procedimientos para evaluar y certificar la conformidad de los dispositivos de seguridad con tales especificaciones, normas o directrices,

- especificaciones técnicas, normas y directrices para la instalación y el mantenimiento de dispositivos de seguridad, y procedimientos para evaluar y certificar la conformidad de las empresas que instalen o realicen el mantenimiento de los dispositivos de seguridad con tales especificaciones, normas o directrices."

La CNC parte, como ya se señaló más arriba reproduciendo parcialmente el acuerdo impugnado, de que se ha fijado un precio mínimo (tasas mínimas, primas mínimas, recargos mínimos y valores del metro cuadrado construido mínimos) que se ha tratado de imponer a las demás empresas, "mediante su inclusión, como contenido obligatorio, de los contratos de reaseguro obligatorio proporcional o cuota parte" lo que impide reconocer a dicha conducta la exención.

En el análisis de los hechos probados, la resolución considera irrelevantes determinados hechos que, a juicio de esta Sala, si lo son y deben tenerse especialmente en cuenta:

- El SDD de la LOE es un nuevo producto que proporciona cobertura a un riesgo nuevo a los efectos del Reglamento CE 358/2003;

- Existe la obligación legal de operar en el mercado del seguro con primas suficientes

- La experiencia francesa demostró que la infratarificación en los primeros años de introducción del SDD como obligatorio había arrojado cuantiosas pérdidas.

- El Ministerio de Fomento no sólo era consciente de la necesidad de la cooperación entre las aseguradoras y las reaseguradoras para hacer viable el SDD que introdujo la LOE, sino que alentó y amparó los contactos reconocidos por las empresas.

La Sala considera igualmente relevante, la afirmación de la resolución impugnada según la cual es esencial en la situación descrita garantizar que no incurren las aseguradoras en infraseguro:

"El Consejo reconoce que es un hecho cierto que el mercado ha pivotado durante el periodo investigado fundamentalmente sobre el seguro obligatorio proporcional o cuota parte, y que normalmente las cedentes retenían un porcentaje bajo del riesgo asegurado y de la prima comercial, que con carácter general ha ido incrementándose con el paso de los años (HP 1.1 a 1.4). Esta circunstancia permite justificar el interés de las reaseguradoras en condicionar la suscripción del contrato de reaseguro a la aceptación y utilización por la aseguradora cedente de unos criterios técnicos y de tarificación mínimos en los contratos de seguro directo que

concierte con los promotores de las edificaciones, y así garantizar que no incorren en situación de infraseguro y que las primas percibidas y cedidas (en un % elevado) son suficientes en relación con el riesgo asumido."

Igualmente señala que es lícito imponer la reaseguradota a la aseguradora unos criterios de tarificación mínimos, poniendo el acento, para llegar a la conclusión de que la conducta es ilícita en el "elevado grado de homogeneidad de las guías de tarificación":

"No obstante, el Consejo considera oportuno poner de manifiesto a las partes que la DI no pone en cuestión la licitud antitrust de los contratos de reaseguro obligatorios proporcionales de SDD, ni la facultad contractual del reasegurador (único o líder del contrato de reaseguro) de imponer a la aseguradora cedente unos criterios de tarificación mínimos. Esta modalidad de reaseguro puede justificar la identidad u homogeneidad de las guías de tarificación (en lo que respecta a precios mínimos) de una determinada reaseguradora en los contratos de reaseguro que tenga suscritos con distintas aseguradoras cedentes, pero no aporta una explicación convincente al elevado grado de homogeneidad existente en cuanto a precios mínimos entre las guías de tarificación de las tres reaseguradoras investigadas, las tres primeras del mercado de reaseguro del SDD en España. El Consejo considera oportuno reiterar de nuevo que la imputación se refiere a un acuerdo entre empresas competidoras a dos bandas, entre las tres principales aseguradoras por un lado y las tres principales reaseguradoras del SDD por otro, para fijar precios mínimos a todo el mercado del seguro directo, aplicables al mejor riesgo, pues en ocasiones se añaden a esa tasa mínima una tasa suplementaria si las características técnicas de los edificios determinan un mayor riesgo (número de sótanos, número de plantas sobre rasante etc.), tasa suplementaria a la que no se habría extendido el acuerdo, como tampoco a los recargos o descuentos en función del tipo de suelo, pendiente, nivel freático, cimentación, tipo de estructura, etc., que aplican algunas compañías (HP 27). (subrayado añadido).

En definitiva, el funcionamiento natural del mercado; esto es, sobre la base de contratos de reaseguro obligatorio proporcional, no permite explicar cómo las mismas tarifas, primas y recargos mínimos y otros criterios de tarificación mínimos que se contienen en el documento "Medidas Correctoras SDD-2002" circulado el 5 dediciembre de 2001 entre ASEFA, MAPFRE EMPRESAS, MRSEP, SUIZA y SCOR pueden aparecer reproducidos, entre otros documentos contractuales que constan en el expediente:..".

Por último, resulta relevante para el enjuiciamiento de este recurso, la afirmación contenida en el fundamento de derecho séptimo, según la cual:

" resulta oportuno considerar que el mercado del reaseguro de SDD funcionó en el período examinado (2002-2007) mayoritariamente con contratos obligatorios proporcionales, en los que la reaseguradora asumía (en los primeros años) un importante porcentaje del riesgo asumido por la aseguradora cedente durante el año de vigencia del contrato de reaseguro".

[...] Con esta base, y sobre las propias afirmaciones de la CNC, retomando el análisis de los hechos que se encuentran en la base de este recurso, es preciso recordar la definición que la resolución impugnada hace del mercado del seguro de daños a la edificación y su reaseguro en España, en el hecho probado 2 y que es aceptado como una "descripción somera- si bien correcta en lo fundamental" por la parte actora (folio 39 de la demanda):

"2.1. El seguro de daños a la edificación

De acuerdo con el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación (LOE), el seguro de daños a la edificación es el que garantiza el resarcimiento de los daños materiales ocasionados en los edificios por vicios o defectos en su construcción. Las garantías que contempla la LOE son de tres tipos: a un año, a tres años y a diez años.

El seguro de daños materiales a diez años garantiza los daños causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen en elementos estructurales cimentación, soportes, vigas, forjados, muros de carga, etc.) y que comprometan su resistencia o estabilidad, siendo de suscripción obligatoria para todos los edificios nuevos destinados a viviendas.

No obstante, también puede contratarse de forma voluntaria para edificios con otros usos (oficinas, hospitales, centros comerciales, etc.).

El seguro de daños materiales a tres años garantiza los daños causados por defectos constructivos o de instalaciones que afecten a la habitabilidad del edificio (estanqueidad, aislamiento térmico, protección contra el ruido, etc.). A efectos de este expediente, algunas compañías aseguran a tres años y excepcionalmente a diez, los daños causados por defectos constructivos que afecten a la estabilidad de fachadas no portantes y a la impermeabilización de fachadas y cubiertas. Su suscripción es opcional.



Por ello, hay que precisar que en la documentación que obra en el expediente y en los hechos que se relatan a continuación, con frecuencia se emplea la denominación "seguro decenal" para ambos seguros: el que garantiza a diez años los riesgos estructurales y el que garantiza a tres años los riesgos de habitabilidad.

2.2. Características del seguro decenal obligatorio de daños a la edificación

El seguro decenal de daños a la edificación es obligatorio en España para los nuevos edificios destinados a viviendas desde el 6 de mayo de 2000, fecha en que entró en vigor la LOE (disposición adicional 2ª).

Está obligado a contratar este seguro el promotor (artículo 9). No obstante, el promotor puede pactar con el constructor que este último sea el tomador del seguro por cuenta del promotor. El asegurado es el promotor y los sucesivos adquirientes del inmueble (artículo 19).

La prima debe estar pagada en el momento de la recepción de obra.

El capital asegurado es el 100% del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales (proyecto, dirección, ingenierías, organismo de control, etc.) y las licencias. Si se estableciera una franquicia, ésta no podrá ser superior al 1% del capital asegurado (artículo 19).

Para la inscripción en el registro de la propiedad de las escrituras de obra nueva, es necesario acreditar la constitución de estas garantías (artículo 20).

Las compañías aseguradoras, para decidir la suscripción de una póliza de seguro decenal, normalmente requieren la presencia de un Organismo de Control Técnico (en adelante, OCT) aceptado por éstas, que debe contratarse al inicio de la construcción para su vigilancia y supervisión.

En algunas ocasiones se plantean dificultades a la hora de contratar este seguro, por ejemplo, si se usan materiales innovadores o no tradicionales que no dispongan de informe de idoneidad técnica.

2.3. Primas del seguro: la prima pura o de riesgo y la prima de tarifa comercial

El artículo 25 del RDL 6/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (el art. 24 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Seguros Privados, que sería de aplicación a las conductas entre 2002 y 2004, tiene la misma redacción) establece que las tarifas de primas deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y constituir las provisiones técnicas adecuadas. Asimismo, responderán al régimen de libre competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes. Las entidades aseguradoras podrán establecer ficheros comunes para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico actuarial para la tarificación y selección de riesgos.

De forma más detallada, los artículos 76 y 77 del RD 2486/1998 establecen que las tarifas de primas deberán fundamentarse en bases técnicas y en información estadística, de acuerdo con lo siguiente:

La prima de tarifa se ajustará a los principios de indivisibilidad, suficiencia y equidad, y estará integrada por: - la prima pura o de riesgo,

- el recargo de seguridad, en su caso, y - los recargos necesarios para compensar a la entidad de los gastos de administración y adquisición, así como por el posible margen o recargo de beneficio. Los gastos de gestión de los siniestros se incluirán en todo caso en la prima pura.

Las bases técnicas deberán ser suscritas por un actuario de seguros y comprenderán, entre otros, los siguientes apartados:

- información estadística sobre el riesgo. Se aportará la estadística utilizada, el tamaño de la fuente, método de obtención, periodo al que se refiere, etc.

- recargo de seguridad, destinado a cubrir las desviaciones aleatorias desfavorables de la siniestralidad esperada y que deberá calcularse sobre la prima pura,

- recargos para gastos de gestión,

- recargo para el beneficio o excedente, que se destinará a incrementar la solvencia de la empresa,

- cálculo de la prima. En función de las bases estadísticas y financieras, se establecerá la equivalencia actuarial para fijar la prima pura que corresponda al riesgo a cubrir más los gastos de gestión de los siniestros. Tomando como base la prima pura y los recargos, se obtendrá la prima de tarifa comercial.



En consecuencia, sobre la base de la estructura del negocio (costes, volumen de pólizas contratadas, etc.) cada compañía aseguradora establecerá, para cada seguro que ofrezca, sus propias primas de tarifa comercial, con las que obtendrá unos resultados.

2.4. Evolución del mercado de seguro de daños a la edificación

Con anterioridad al año 2000, el riesgo que garantizaba el actual seguro decenal de daños a la edificación se cubría en España principalmente mediante el seguro de Código Civil atribuía a éstos la responsabilidad por la ruina de edificios durante un periodo de 10 años desde la terminación de la obra, siempre que ésta se debiera a vicios de suelo, dirección o construcción.

Sólo se contrataba directamente el seguro decenal de daños a la edificación de forma ocasional para edificios emblemáticos, hospitales, centros comerciales, etc., especialmente por parte de promotores franceses que estaban más familiarizados con este producto, al ser obligatorio en Francia.

Es a partir del año 2000 cuando, al entrar en vigor la LOE y debido al enorme crecimiento del sector de la construcción, el mercado de este producto se amplía notablemente."

Como resulta del expediente administrativo, y es parcialmente admitido por la Administración demandada, existían razones que justificaban, en las fechas en que tuvieron lugar las reuniones entre las empresas expedientadas, los intercambios de información sobre el seguro decenal:

- La nueva instauración del seguro decenal en la ley de ordenación de la edificación entro en vigor el día 6 de mayo del año 2000.
- La experiencia previa sobre lo ocurrido en Francia como consecuencia de la constatada infratarificación.
- La especial estructura del negocio asegurador y la exigencia, en un seguro de las características del litigioso, de suscribir un contrato de reaseguro.
- La interrelación entre los contratos de seguro y los de reaseguro.
- Las diferencias entre las distintas modalidades de reaseguro.

En el caso de la parte recurrente, hay que partir de su condición de reaseguradora, a fin de analizar si su actuación puede encontrar una justificación distinta de la señalada por la CNC, es decir si, su exigencia a las aseguradoras en el contrato de seguro directo de daños a la edificación, de respetar unos precios mínimos, tiene ese origen concertado que según la resolución impugnada justifica la tipificación como conducta infractora. Como pone de manifiesto la recurrente en el escrito de demanda (pág. 40) de entre las tres modalidades más comunes de reaseguro, el facultativo, el obligatorio proporcional y el obligatorio no proporcional para exceso de riesgo, las dos últimas se caracterizan por su carácter de contratos "marco" en los que la reaseguradora tiene que aceptar en un concreto ramo de seguro y durante el plazo de vigencia del contrato la cesión de un porcentaje de todos los riesgos y un porcentaje correlativo de las primas aceptadas por el asegurador. El contrato de reaseguro proporcional obligatorio es, y es aceptado por las partes, el que se impuso en la mayoría de los contratados en relación con el seguro decenal, siendo el que proporciona mayor cobertura a los aseguradores por la forma de calcularse la responsabilidad del reasegurador.

En este marco jurídico, es esencial contar con información suficiente sobre el riesgo, y sobre las primas contratadas, por la indudable existencia de lo que la actora denomina "comunidad de riesgo" que se gestiona mediante las guías o manuales de suscripción o tarificación en las que se establecen las condiciones mínimas en que deben tarificarse los riesgos para que queden cubiertos por el contrato de reaseguro. La Sala comparte la apreciación de que, en las circunstancias descritas (nuevo riesgo, mercado en continuo crecimiento, precedentes en Francia) está justificada la intervención por parte de la reaseguradora en relación con los riesgos objeto del contrato de seguro y las primas exigibles en el mismo.

Es igualmente relevante el hecho de que en la fecha de introducción del seguro decenal en España, las entidades de seguros carecían de experiencia mientras que las reaseguradoras, y en concreto la recurrente, si tenían conocimiento del producto aunque no del futuro desarrollo del mercado inmobiliario en este territorio. La prueba remitida por el Ministerio de Fomento abunda en acreditar la situación de incertidumbre que se produjo en el sector con motivo de la entrada en vigor de la LOE.

Las características del contrato de seguro, del ramo del seguro decenal, la experiencia previa en países próximos y la exigencia fundamental de evitar el infraseguro, garantizando la cobertura mínima del riesgo no pueden ser ignorados para valorar la conducta de la recurrente. Estas circunstancias exigieron la colaboración entre aseguradoras y reaseguradoras intercambiando información sobre el riesgo y las previsiones sobre siniestros, para garantizar su cobertura con unas primas que al tiempo permitieran no lastrar un mercado



especialmente relevante para la economía en aquel momento como el de edificación de viviendas, y permiten justificar esa homogeneidad o "homogeneización" que constituye la base del reproche sancionador.

El artículo 1 de la Ley española de Defensa de la Competencia y el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea prohíben cualquier contrato, acuerdo o práctica concertada entre dos o más empresas que tenga el objeto o el efecto de impedir, restringir o distorsionar la competencia en España o en la Unión Europea.

Para que las conductas prohibidas puedan ser sancionables, no es necesario que el acuerdo o práctica en cuestión produzca de hecho un efecto perverso sobre el mercado, sino que es suficiente con que tal efecto perverso haya sido querido por las partes o sea posible en teoría.

La CNC considera que la finalidad de la conducta era anticompetitiva, lo que sitúa la infracción en el campo de aquellas que son contrarias a la LDC y el Tratado CE por su objeto, si bien, según la resolución, una vez más reproduciendo lo concluido por la DI, "tuvo sus efectos, pues eliminó por completo la competencia en precios en todo el mercado del seguro decenal, puesto que los tomadores tuvieron que pagar como mínimo los precios pactados" (fundamento jurídico décimo). Es decir, el acuerdo no solo era apto para afectar a la libre competencia, sino que la afectó porque "en el año 2002 se produce un incremento de las tasas medias respecto a 2001 que prosigue en años posteriores" y además "el acuerdo de fijación de precios mínimos ha permitido a las empresas infractoras mantener sino mejorar su cuota conjunta de mercado, en un contexto de demanda creciente". La actora junto con SSUIZA y MRSEP ha mantenido una cuota conjunta que habría oscilado, siempre según la CNC entre el 61 y el 70%.

Pese estas consideraciones, la resolución recuerda que no necesita acreditar sus efectos reales o potenciales sobre el mercado para concluir que constituye una conducta prohibida por los arts. 81.1 TCE y 1.1 ley 16/1989.

La existencia de una explicación alternativa a la concertación antitrust ha sido admitida, para valorar conductas contrarias a la LDC por nuestro Tribunal Supremo, entre otras en las dos sentencias de 5 de octubre de 2009 según las cuales "el examen del mercado en el que se produce el pacto colusorio puede ser útil para apreciar el alcance de la conducta concertada si contribuye a esclarecer, en un sentido o en otro, la conexión entre los hechos indiciarios probados y la conclusión de que, conforme a las reglas del criterio humano, se produjo aquélla. De modo singular, el análisis será procedente para explicar la racionalidad (o para excluir la irracionalidad) de las conductas imputadas sobre la base de la aplicación de la prueba de presunciones cuando el sector en cuestión, o las operaciones enjuiciadas, presenten ciertos rasgos que no se avienen con la utilidad económica -para sus autores- de algunos acuerdos colusorios. Y aquel mismo análisis será pertinente para deducir si, por su ocasionalidad, el acuerdo colusorio resulta una excepción más o menos coherente con la conducta habitual de las empresas imputadas."

Se han identificado en las consideraciones precedentes las concretas características, por las fechas, el carácter de riesgo nuevo, etc, del mercado del seguro decenal en España. Estas características determinan el comportamiento de las empresas aseguradoras, pero especialmente el de las reaseguradoras que ya habían experimentado las consecuencias de la infratarificación en Francia. Si a esto se suma la regulación legal, nacional y comunitaria que permite los intercambios de información sobre el riesgo entre las empresas aseguradoras, la necesidad funcional de tales intercambios en el concreto momento histórico examinado, la no eliminación total de la competencia por la circunstancia de que no hay acuerdo alguno, ni intercambio de información sobre recargos o descuentos, ni las tasas suplementarias en los supuestos de edificios con mayor riesgo, puede concluirse que la conducta imputada, un acuerdo de precios mínimos tiene una explicación alternativa que sitúa los precios del reaseguro en los contratos de reaseguro obligatorios proporcionales del seguro decenal concertados por SCOR con las aseguradoras cedentes en los años 2002 a 2007 fuera del reproche antitrust.

La propia Comisión Europea estudiando un contrato de reparto de la siniestralidad, en el asunto P&I Clubs Pooling Agreement, y un contrato de seguro de ingeniería en Italia en el asunto 84/191 NUOVO CEGAM, tiene en cuenta las concretas circunstancias del mercado en el que tiene lugar, y que aún siendo una conducta contraria al art. 85 pfo. 1 del Tratado, si favorece el funcionamiento del mercado, puede no ser sancionable.

Lo que debe examinarse entonces es si se produjeron o no los efectos que según la CNC tuvieron lugar, si se han generado o no efectos anticompetitivos.

[...] La resolución impugnada concluye que el acuerdo de precios mínimos eliminó por completo la competencia en precios y que ha permitido a las empresas infractoras no solo mantener sino mejorar su cuota conjunta de mercado en un contexto de demanda creciente.

La total eliminación de la competencia no ha quedado acreditada: la propia resolución impugnada admite la existencia de diferencias, cuya relevancia no es valorada en ningún momento por la Administración. A la CNC



le corresponde la carga de probar que las diferencias en las guías de tarificación, las diferencias en tasas adicionales, recargos y descuentos, son irrelevantes como concluye.

El incremento de los precios se justifica, a juicio de la recurrente, por un aumento exponencial de la demanda, en un periodo de incontestable boom inmobiliario, que no estuvo acompañado de un incremento de la oferta. La resolución impugnada no analiza esta consideración, ni aporta razonamientos sobre las características del mercado asegurador y del mercado del reaseguro que se caracterizan por su intensa regulación, que constituye por sí misma una barrera de entrada al mercado. Como ha señalado la doctrina, la regulación en este sector se justifica por las características de un mercado en el que sin intervención pública se producirían fallos en la asignación y contratación por el libre juego de la oferta y la demanda, siendo necesaria la intervención pública para garantizar el bienestar social.

La parte actora ha practicado prueba pericial, según la cual no ha tenido lugar impacto económico alguno por el acuerdo de precios litigioso: se aportan explicaciones alternativas, especialmente el incremento del número de viviendas libres iniciadas a lo largo del periodo analizado, los cambios en las características de los contratos que explican la subida de las tasas de prima. El informe pericial se excede en su función al indicar que la resolución impugnada no establece la existencia de un vínculo causal entre el incremento de precios y los acuerdos investigados, pero tal constatación es compartida por la Sala. Se indica que los precios del seguro decenal aumentaron entre el año 2002 y el año 2007 dando por sentado que tal aumento se debió exclusivamente al pacto antijurídico, sin tomar en consideración la posibilidad de que concurrieran otros factores que, aún de manera únicamente coadyuvante, hubiesen tenido influencia en tal aumento de precio.

La prueba practicada a instancias de la recurrente, pone de manifiesto que para evaluar los efectos de un acuerdo anticompetitivo es necesario comparar la situación del mercado en cada momento, incluso ofreciendo un modelo que permite comparar la situación sin acuerdo y con acuerdo.

En relación con la circunstancia del mantenimiento de sus cuotas de mercado por, entre otras, la recurrente, no se ofrece por la resolución otra justificación que la puesta en práctica del acuerdo colusorio sobre precios. Si bien al respecto no se ha practicado prueba alguna, al igual que se ha señalado para valorar la elevación del precio de las primas, existen factores, especialmente la regulación del sector, que al menos en parte justifican el mantenimiento de las cuotas por las reaseguradoras. Estos factores no se han valorado, y esta falta de valoración impide concluir, con la Administración, que tal permanencia en la cuota se debe exclusivamente al acuerdo sobre precios.

De cuanto queda expuesto resulta que el análisis de efectos realizado por la resolución impugnada no encuentra soporte probatorio alguno, existiendo una justificación alternativa puesta de manifiesto mediante la prueba practicada a instancias de la recurrente. El análisis económico es incompleto tanto desde el punto de vista de la consideración de la infracción por su mero objeto, como se analizó en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto, como por el efecto, al no valorarse la concurrencia de circunstancias que se dejan expuestas.».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó el Abogado del Estado recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 28 de enero de 2013 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, el Abogado del Estado recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 2 de abril de 2013, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por interpuesto y formalizado a nombre de la Administración General del Estado el presente recurso ordinario de casación; siga el procedimiento por sus trámites y, en su día, dicte sentencia por la que, estimándolo, case y anule la sentencia recurrida y dicte en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que se declare la plena conformidad a derecho de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009 (Expediente s/0037/08 Compañías de Seguro Decenal) que la misma dejó parcialmente sin efecto, con lo demás que sea procedente

Por Otrosí manifiesta que, tal como se señala en los fundamentos de derecho de este escrito, se solicita de la Excelentísima Sala la formulación de cuestión prejudicial ante el TJUE para el caso de que tenga dudas sobre la interpretación de los preceptos del Tratado de la Comunidad Europea inaplicados por la sentencia recurrida y de la jurisprudencia del TJUE que los aplica, en los términos expresados en los correspondientes motivos del recurso de casación. ».

CUARTO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto el 26 de junio de 2013, por el que se acordó admitir el recurso de casación.



QUINTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 10 de octubre de 2013, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la entidad mercantil SCOR GLOBAL P&C SE) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó la Procuradora Doña María Isabel Campillo García en escrito presentado el día 25 de noviembre de 2013, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito con el documento que se acompaña, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por formulada, en tiempo y forma, OPOSICIÓN AL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y RECURSO DE CASACIÓN interpuestos de contrario contra la *Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 18 de diciembre de 2012 en el Recurso Contencioso-Administrativo nº 865/2009 y, previos los trámites legales oportunos, dicte Sentencia desestimando el recurso de casación, confirmando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid cuya casación solicita el recurrente, condenándose a la parte actora y hoy recurrente al pago de las costas del recurso de casación.*

Por Otrosí solicita que se rechace el planteamiento de las cuestiones prejudiciales que se proponen en el recurso de casación. » .

SEXTO.- Por providencia de 20 de noviembre de 2013 se acordó unir el escrito del Servicio Jurídico de la Comisión Europea, tener por formulada por dicha Comisión petición formal para la presentación de observaciones escritas en el presente recurso, y dar traslado del mismo a las partes para que, en relación con su contenido, formulen alegaciones, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado, en escrito presentado el 22 de noviembre de 2013, efectuó las manifestaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« *que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por hechas las anteriores alegaciones y acepte la petición de intervención de la Comisión Europea acordando un plazo para ello y remitiendo la documentación requerida. » .*

2º.- La Procuradora Doña María Isabel Campillo García, en representación de la mercantil SCOR GLOBAL P&C SE, en escrito presentado el 29 de noviembre de 2013, efectuó, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« *que, habiendo por presentado este escrito y admitiéndolo, tenga por hechas las alegaciones en él contenidas y acuerde la no admisión de observaciones de la Comisión Europea. » .*

SÉPTIMO.- Por providencia de 10 de diciembre de 2013, a la vista de las alegaciones formuladas por las partes y, conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se concede un plazo de treinta días a la Comisión Europea, a partir de la recepción de los referidos documentos, para que presente sus observaciones escritas, de las cuales se dará traslado ulterior a las partes a fin de que formulen alegaciones.

La Comisión Europea presentó escrito el 24 de enero de 2014, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con la siguiente CONCLUSIÓN:

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

> *La definición de "riesgo nuevo" debe obtenerse a partir de la interpretación del art. 7, apartado 2, en conexión con los considerandos 19 y 20 del Reglamento n. 358/2003; de la Comisión, de 27 de febrero, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, incluyendo los riesgos que no existían previamente y cuya cobertura requiera el desarrollo de un producto de seguro totalmente nuevo que no suponga una extensión, mejora o sustitución de un producto de seguro existente.*

> *La posible incidencia de la legislación nacional en el comportamiento de las entidades aseguradoras debe precisar, siempre atendiendo a las particularidades normativas del sector en cuestión y teniendo en cuenta que la fijación de precios mínimos para las primas comerciales resulta una práctica anticompetitiva, si la obligación legal de la suficiencia de las primas comerciales mantiene subsistente la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por los comportamientos autónomos de las empresas implicadas.*

> La incidencia del elemento subjetivo en la calificación de una infracción como la que nos ocupa debe valorarse teniendo en cuenta que, en primer lugar, que no corresponde a las entidades aseguradoras determinar si otras entidades infringían la normativa nacional al aplicar tarifas de infraseguro, que pudiesen resultar insuficientes para cubrir el riesgo asegurado, y, en segundo lugar, que si el supuesto enjuiciado se tratase de un acuerdo de fijación de precios para primas comerciales, las entidades aseguradoras no podrían haber ignorado que su comportamiento era contrario a la competencia.

> La valoración de la intervención de la recurrida en el acuerdo o práctica supuestamente anticompetitivos debe ajustarse a los criterios señalados en los apartados 59 y siguientes de estas observaciones.

[...] Las observaciones previstas en el art. 15 del Reglamento 1/2003 no son, evidentemente, vinculantes para el órgano jurisdiccional nacional. Únicamente el Tribunal de Justicia se encuentra en posición de ofrecer una interpretación del Derecho de la UE vinculante para el juez nacional. Corresponde, en todo caso, al Tribunal Supremo, si lo estima necesario para resolver la cuestión litigiosa, recurrir al mecanismo de la cuestión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE . ».

OCTAVO.- Recibido escrito de la Comisión Europea formulando observaciones, por diligencia de ordenación de 24 de enero de 2014, y, de conformidad con lo acordado en la providencia de 10 de diciembre de 2013, se concede a las partes el plazo de treinta días para que puedan efectuar las alegaciones que consideren oportunas sobre el escrito de la Comisión, lo efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado, en escrito presentado el 31 de enero de 2014, efectuó las manifestaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por hechas las anteriores alegaciones y, teniendo en cuenta las observaciones de la Comisión Europea, haga un pronunciamiento estimatorio del presente recurso de casación. » .

2º.- La Procuradora Doña María Isabel Campillo García, en representación de la mercantil SCOR GLOBAL P&C SE, en escrito presentado el 6 de marzo de 2014, efectuó, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por realizadas las presentes alegaciones frente al Escrito de Observaciones de la Comisión Europea y, previos los trámites legales oportunos, conforme ya se solicitó en nuestro escrito de oposición, dicte Sentencia desestimando el recurso de casación, confirmando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sic) cuya casación solicita el recurrente, condenándose a la parte actora y hoy recurrente al pago de las costas del recurso de casación. » .

NOVENO.- Por providencia de fecha 2 de febrero de 2015, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 12 de mayo de 2015, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuicamos se interpuso por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012 , que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la entidad mercantil SCOR GLOBAL P&C SE contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, recaída en el expediente S/0037/08, que declara que ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, prohibido por el artículo 81.1, letra a) del Tratado CE , y el artículo 1.1, letra a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , de la que es responsable, entres otras compañías aseguradoras y reaseguradoras, la sociedad recurrente.

El recurso de casación se articula en la formulación de tres motivos de casación, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que resultaren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En el primer motivo de casación se alega la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 81.1 del Tratado CE , y la jurisprudencia dictada en su aplicación, en cuanto la Sala de instancia considera que el acuerdo sancionado no constituye ni puede calificarse como una infracción por



su objeto, ya que existe una explicación alternativa distinta a la existencia de una conducta prohibida, pues no tiene en cuenta la potencialidad anticompetitiva del mencionado acuerdo, reflejado en el Documento de Medidas Correctoras SDD 2002, que ha propiciado que compañías de seguros y reaseguros abandonen su comportamiento empresarial unilateral e independiente.

El segundo motivo de casación se sustenta también en la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , y del artículo 81.1 del Tratado CE , y la jurisprudencia, en cuanto la Sala de instancia no toma en consideración que en el expediente administrativo constaban pruebas inequívocas que acreditaban la existencia de un acuerdo de fijación de previos mínimos para el seguro decenal, por lo que resultaba innecesaria la búsqueda de una explicación alternativa para exonerar de responsabilidad a las compañías autoras de la conducta anticompetitiva.

El tercer motivo de casación descansa en la infracción del artículo 1.4 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y con el Reglamento CE 358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, en cuanto la Sala de instancia incurre en error de Derecho al considerar y valorar como circunstancia excluyente del reproche antitrust el hecho de que el riesgo cubierto por el seguro decenal, introducido por la Ley de Ordenación de la Edificación, debía ser conceptualizado un «riesgo nuevo».

SEGUNDO.- Sobre la prosperabilidad del recurso de casación.

El primer y el segundo motivos de casación, fundamentados en la infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que por razones de coherencia examinamos conjuntamente, deben ser acogidos, pues consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación inadecuada de dicha disposición legal, que prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir o falsear la competencia, y que, en particular, proscribire los acuerdos de fijación de forma directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, al sostener que la conducta imputada a la compañía reaseguradora recurrente, de acordar con otras compañías aseguradoras y reaseguradoras, que operan en el mercado del seguro decenal en España, la fijación de precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, y de participar en las reuniones celebradas con el fin de establecer medidas de seguimiento y vigilancia, estaba justificada por las propias características específicas de esta modalidad de seguro obligatorio, que exigía de la cooperación e intercambio de información sobre los riesgos a asegurar entre las compañías del sector, con el objeto de garantizar su buen funcionamiento, evitando prácticas de infraseguro respecto de la cobertura del riesgo, y favorecer el desarrollo del mercado inmobiliario, puesto que estimamos que éstas explicaciones no son suficientes para desvirtuar la consideración de que se trata de un acuerdo que, por su contenido y alcance, pretende homogeneizar las tarifas mínimas y las condiciones de suscripción de las pólizas de seguro y de reaseguro, que puede producir un efecto negativo en la competencia y, en consecuencia, es apta para restringir o falsear la competencia en el mercado interior y en el mercado intercomunitario relevante afectados.

En efecto, no compartimos los razonamientos de la Sala de instancia respecto de que la conducta imputada a la Compañía reaseguradora SCOR GLOBAL P&C SE no merecía reproche sancionador, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, debido a la existencia de explicaciones alternativas a la concertación analizada, por tratarse de la cobertura de un riesgo nuevo, derivado de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación , que exigía de las compañías aseguradoras y reaseguradoras colaborar para favorecer el adecuado funcionamiento del mercado del seguro decenal en España, y evitar situaciones de infratarificación como se produjeron en Francia, puesto que consideramos que estas circunstancias no son determinantes para excluir la responsabilidad de la sociedad recurrente, al haber quedado acreditada su participación de forma activa en las reuniones celebradas para intercambiarse información, con el objeto de implementar la aplicación del Documento «Medidas Correctoras - SDD 2002», que, además de arbitrar reglas sobre valores de referencia de los capitales asegurados, establecía franquicias mínimas y máximas y determinadas reglas sobre las garantías complementarias y la aplicación de recargos, lo que va más allá de la mera homogeneización de las primas puras o de riesgo, y en los contactos posteriores entre compañías aseguradoras y reaseguradoras para vigilar el cumplimiento de lo acordado, lo que constituye inequívocamente una conducta, por su objeto, restrictiva del libre juego de la competencia en los mercados de seguro afectados.

En este sentido, consideramos que la Sala de instancia ha otorgado indebidamente verosimilitud a las explicaciones alternativas formuladas por la defensa de la sociedad recurrente para justificar su conducta, que sería determinante para declarar la inexistencia de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, sin tener en cuenta hechos



debidamente acreditados en el expediente sancionador, respecto de las prácticas de seguimiento y control de los incumplimientos del mencionado Documento «Medidas Correctoras - SDD 2002», lo que, como hemos sostenido en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 (RC 2449/2013), revela el verdadero significado y alcance anticompetitivo del acuerdo adoptado por las empresas aseguradoras y reaseguradoras sancionadas.

El tercer motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 1.4 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con el Reglamento (CE) 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, debe también ser acogido, en la medida en que la Sala de instancia acepta que la conducta imputada estaría amparada, por tratarse de la cobertura de un riesgo nuevo, por la exención contemplada en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, y en el artículo 1 del referido Reglamento Comunitario, que declara, de conformidad con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE, inaplicables las disposiciones del apartado 1 a los acuerdos celebrados entre dos o más empresas del sector de seguros en determinados concretos ámbitos de colaboración, en cuanto entendemos que el alcance del acuerdo de fijación de precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, que tiene un carácter vinculante y obligatorio para las empresas aseguradoras y reaseguradoras participantes, y la naturaleza de las prácticas de seguimiento y control del cumplimiento de lo pactado, con el objeto de impedir que las empresas se desvíen de las condiciones de suscripción de pólizas acordadas, determina que apreciamos que dicho acuerdo no está cubierto por la mencionada exención.

En consecuencia con lo razonado, al estimarse los motivos de casación articulados, procede declarar haber lugar a al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 865/2009, que casamos.

TERCERO.- Sobre la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, procede resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate, en relación con el enjuiciamiento de las pretensiones deducidas en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil SCOR GLOBAL P&C SE, estimamos conforme a Derecho la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, recaída en el expediente S/0037/08, en el extremo que considera que ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo para fijar precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, prohibido por el artículo 81.1, letra a) del Tratado CE, y el artículo 1.1, letra a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que es responsable, entre otras compañías aseguradoras y reaseguradoras, la sociedad recurrente.

En efecto, en consonancia con los razonamientos jurídicos expuestos en el precedente fundamento jurídico de esta sentencia casacional, rechazamos que la resolución impugnada del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, deba declararse nula por la incorrecta aplicación del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que apreciamos la antijuridicidad de la conducta imputada, y, asimismo, descartamos que pueda considerarse exenta de la aplicación de las normas reguladoras del Derecho de la Competencia, por tratarse de un acuerdo que contribuye al progreso técnico y económico del sector asegurador y reasegurador, así como del mercado inmobiliario, al permitir el desarrollo y desenvolvimiento de un nuevo producto de seguro, de carácter obligatorio, que obligaba a compartir información con el objeto de calcular la cobertura mínima del seguro decenal, ya que, a la luz de lo establecido en los artículos 1, apartado 3) y 2, apartado 7, del Reglamento CE 358/2003, de la Comisión, dd 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 4 de dicho Reglamento comunitario, no estimamos que el acuerdo de fijación de precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación analizado, pueda calificarse, a estos efectos, de nuevo, en la medida que no existe novedad en el hecho generador de la responsabilidad cubierta por el seguro, que ya estaba contemplada en el Código Civil de 1899.

No obstante, en lo que concierne al motivo de impugnación sustentado en la vulneración del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y a la aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes, estimamos que procede, en congruencia con lo resuelto por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de mayo de 2005 (RC 2449/2013), ordenar a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que determine la cuantía de la sanción de multa



atendiendo a los criterios de graduación de las sanciones, establecidos en dicha disposición legal, excluyendo la aplicación de la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de sanciones, que ha sido declarada nula por la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013), sin que en la nueva resolución que se dicte pueda imponerse una multa que supere el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución (2008); y, en fin, sin que en ningún caso pueda resultar una multa de cuantía superior a la sanción impuesta que anula.

CUARTO.- Sobre las costas procesales .

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia, ni las originadas en el presente recurso de casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 865/2009 , que casamos.

Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil SCOR GLOBAL P&C SE contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, recaída en el expediente S/0037/08, que se anula en el extremo que concierne a la individualización de la sanción, cuyo importe deberá determinarse por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en los términos fundamentados.

Tercero.-No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.