



Roj: **STS 2543/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2543**

Id Cendoj: **28079130032015100179**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/05/2015**

Nº de Recurso: **483/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1/2013,**
STS 2543/2015

SENTENCIA

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

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación número 483/13, interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, contra la Sentencia de fecha 4 de enero de 2013 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 864/09 , sobre sanción. Se han personado como recurridos el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en representación de ASEFA SA SEGUROS Y REASEGUROS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 864/09, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por ASEFA SA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, contra la Resolución de 12 de noviembre de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, que la sanciona con una multa de 27.759.000 Euros, por haberse acreditado la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, y considerarla responsable de una infracción del art. 81.1.a) del Tratado CE y por el art.1.1.a) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (Expediente S/0037/08 -Compañías Seguro Decenal).

En la mencionada resolución de 12 de noviembre, se adoptaron los siguientes acuerdos:

<< **PRIMERO.-** Declarar que en el presente expediente 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 Defensa de la Competencia .

SEGUNDO.- Declarar responsables de esta infracción a ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS; MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A.; CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; SCOR GLOBAL P&C, S.E.; MUNCHENER RUCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT KTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN; SWISS REINSURANCE COMPANY; y SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA, AGENCIA DE REASEGUROS, S.A.

TERCERO.- Imponer una multa de:

27.759.000 Euros a ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS.

21.632.000 Euros a MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A.



14.241.000 Euros a CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.

18.599.000 Euros a SCOR GLOBAL P&C, S.E.

15.856.000 Euros a MUNCHENER RUCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN.

22.641.000 Euros a SWISS REINSURANCE COMPANY y SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA, AGENCIA DE REASEGUROS, S.A.

CUARTO.- Ordenar a todas las empresas sancionadas la publicación de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado, y su parte dispositiva en la sección de economía de dos diarios de ámbito nacional de mayor difusión, a costa de las autoras de la infracción. En caso de incumplimiento se impondrá a cada una de ellas una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

QUINTO.- Ordenar a las empresas sancionadas que justifiquen ante la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.

SEXTO.- Ordenar a las empresas sancionadas a que en lo sucesivo se abstengan de realizar conductas semejantes.

SÉPTIMO.- Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución . >>

SEGUNDO.- La mencionada Sala dictó Sentencia de fecha 4 de enero de 2013 cuya parte dispositiva dice textualmente:

<< FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por ASEFA S.A COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Ramón Rodríguez Nogueira, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 12 de noviembre de 2009, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en relación con la entidad actora, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos, sin imposición de costas . >>

TERCERO.- Contra la referida Sentencia, la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO preparó recurso de casación, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal de casación con emplazamiento de las partes. La mencionada recurrente se personó en tiempo y forma y formuló los siguientes tres motivos de casación:

Primero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción por la Sentencia impugnada de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que resultaban aplicables para resolver la cuestión debatida, en particular del artículo 1.1 de la LDC en relación con el artículo 1.1 de la LDC en relación con el artículo 81.1 TCE (101 TFUE) y la jurisprudencia dictada en su aplicación.

Segundo.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por infracción por la Sentencia impugnada de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que resultaban aplicables para resolver la cuestión debatida, en particular del artículo 1.1 de la LDC en relación con el art. 81.1 del TCE (101 TFUE) y la jurisprudencia dictada en su aplicación.

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art.88.1.d) LJCA , por infracción por la Sentencia impugnada de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que resultaban aplicables para resolver la cuestión debatida, en particular del artículo 1.4 LDC en relación con el art. 81.3 TCE (101.3 TFUE) y con el Reglamento (CE) nº 358/2003, de la Comisión de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado da determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el Sector de los Seguros.

Termina suplicando 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.

Mediante otrosí digo, solicita 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.- Admitido a trámite el recurso de casación y dado traslado para oposición, la representación procesal de ASEFA SA, SEGUROS Y REASEGUROS, formulo oposición al recurso de casación, mediante escrito de 25 de julio de 2013, en el que suplicó dicte Sentencia desestimando el recurso de casación, por ser conforme a Derecho la resolución judicial recurrida, con condena en costas a la parte recurrente. Mediante otrosí, considera



que no procede el planteamiento de ninguna de las cuestiones prejudiciales que se plantean en el recurso de casación presentado de contrario.

QUINTO.- El 17 de septiembre de 2013, se recibe en el presente procedimiento escrito de la Unión Europea, formulando una petición formal para la presentación de observaciones escritas al amparo de lo dispuesto en el art. 15.3º del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia prevista en los artículos 101 y 102 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dándose traslado a las partes para formular alegaciones.

SEXTO .- Formuladas alegaciones por ambas partes, mediante Providencia de 24 de octubre de 2013, se dio traslado a la Comisión Europea, del escrito de interposición y de oposición en el presente recurso de casación, concediéndole un plazo de treinta días para presentar sus observaciones escritas.

Recurrida en reposición la mencionada providencia de 24 de octubre de 2013, se resolvió mediante Auto desestimatorio de 17 de enero de 2014

SÉPTIMO .- La Comisión Europea presentó escrito el 13 de diciembre de 2013, 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 practicas 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. - Presentadas alegaciones por ambas partes, y quedando las actuaciones pendientes de señalamiento, se señala para votación y fallo el día 12 de mayo de 2015 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone 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 4 de enero de 2013 , que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por la sociedad mercantil ASEFA SA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, 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. Dicha resolución declara 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 a) del Tratado CE, y el artículo 1.1 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 esta misma resolución de la Comisión Nacional de la Competencia fueron sancionadas otras entidades aseguradoras y reaseguradoras que interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos. Los recursos fueron resueltos por otras tantas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que si bien coinciden en la decisión de estimar el recurso y anular la sanción, sin embargo sustentan ese pronunciamiento estimatorio en razones y fundamentos jurídicos no siempre coincidentes. Ello ha dado lugar a que los recursos de casación interpuestos por la Administración del Estado contra aquellas sentencias de la Sala de la Audiencia Nacional (recursos de casación 481/2013, 486/2013, 583/2013, 1043/2013, y 2449/2013, además del recurso de casación **483/2013** que ahora nos ocupa) hayan merecido respuestas diferentes por parte de esta Sala del Tribunal Supremo.

Las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo, son las siguientes:

<< [...] La Resolución administrativa impugnada contiene un apartado de "HECHOS PROBADOS" en el que se recogen los hechos en los que se sustenta la imputación de la actora (y de las demás sancionadas); ello no obstante, comienza describiendo cada una de las compañías interesadas (páginas 7 a 12), para continuar con la referencia al mercado de seguro de daños a la edificación y su reaseguro en España y, más concretamente, haciendo referencia al seguro de daños a la edificación (artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación), a las características del Seguro Decenal obligatorio de daños a la edificación, fecha en que entró en vigor la LOE (disposición adicional 2ª), y a diversas disposiciones más, continuando haciendo un análisis de las diversas disposiciones del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Real Decreto Legislativo 6/2004); sigue analizando la evolución del mercado de seguro de daños a la edificación, la oferta en el mercado de seguros de daños a la edificación, el reaseguro del seguro de daños a la edificación, la estructura y evolución del mercado de reaseguro del seguro de daños a la edificación en España y es ya en la página 23 cuando encontramos la referencia propiamente dicha a los hechos (apartados 4 a 39), cuya síntesis, y a modo de conclusión, sin embargo se contiene, de forma también heterodoxa en los "FUNDAMENTOS DE DERECHO" (página 40 de la Resolución) donde podemos leer:

"Primero.- Normativa aplicable

A modo de conclusión del relato de los hechos que se consideran acreditados en el PCH, en la PR la DI considera que "Ha quedado acreditado que las aseguradoras ASEFA y MAPFRE EMPRESAS y las reaseguradoras SUIZA, SCOR y MÜNCHENER adoptaron en 2001 un acuerdo para la fijación de unos precios mínimos (tasas mínimas, primas mínimas, recargos mínimos y valores del metro cuadrado construido mínimos) en el seguro de daños a la edificación.

Los términos del acuerdo quedaron recogidos en el documento denominado "medias correctoras SDD" y posteriormente fueron traspasados a las guías o manuales de suscripción y tarificación que utilizaron las aseguradoras para rarificar los riesgos, tanto las que se han participado en el acuerdo (ASEFA, MAPFRE EMPRESAS y CASER) como otras aseguradoras (MUSSAT, SABADELL ASEGURADORA, CATALANA OCCIDENTE, VITALICIO...) obligadas por los reaseguradores.

Los precios mínimos acordados por el cártel comenzaron a aplicarse en 2002 y fueron impuestos, principalmente a través de los contratos de reaseguro, a las demás aseguradoras que ofrecían ese seguro en España. A este respecto hay que precisar que fueron las reaseguradoras (SUIZA, SCOR y MÜNCHENER) las que efectivamente pudieron imponer los precios mínimos a las cedentes a través de sus contratos. Sin embargo, en el acuerdo para imponerlos y en la adopción de medidas para lograr su cumplimiento, intervino también de forma decisiva ASEFA.

Además, el cumplimiento de lo acordado fue objeto de una estrecha vigilancia no sólo por la parte de las cinco entidades inicialmente participantes en el cártel, sino también por parte de CASER. Destaca, en particular, su reacción ante la decisión de la aseguradora MUSAAT de rebajar sus tarifas por debajo de las mínimas pactadas.

MAPFRE RE no participó en las reuniones de 2001 ni de 2002 donde se diseñaron los acuerdos. Sin embargo, sí tuvo conocimiento de los mismos, dado que recibió información de MAPFRE EMPRESAS sobre ofertas detectadas a precios inferiores a los mínimos y participó en su aplicación al actuar como reasegurador de MAPFRE EMPRESAS y de otras entidades ajenas al Grupo MAPFRE, retroceder las primas y el riesgo asumido a SUIZA, SCOR y MÜNCHENER mediante contratos sujetos a las normas técnicas acordadas entre la cedente y el retrocesionario líder y colaborar en la vigilancia del cumplimiento de las tasas pactadas."

En definitiva, los hechos relevantes son los siguientes:

- La celebración de un acuerdo de precios mínimos para el SDD, celebrado en diciembre de 2001 y formalizado en el documento "Medidas Correctoras SDD- 2002". Según la Resolución, y como luego veremos, un conjunto de contactos que se produjeron en 2001 habría conducido a la celebración de ese supuesto acuerdo entre dos aseguradoras (ASEFA y MAPFRE) y tres reaseguradoras (MRSEP, SCOR y SUIZA).
- La puesta en práctica de un acuerdo de precios mínimos, a través de las guías y manuales de suscripción y tarificación adjuntados por las reaseguradoras a los contratos de reaseguro, en los que, de manera uniforme y homogénea -según la Resolución- se habrían recogido esos "precios mínimos" pactados por los miembros del cártel.
- La adopción de medidas de vigilancia del referido acuerdo desde el año 2002 hasta el año 2007.

La Resolución impugnada se refiere a otro grupo de hechos, en los que se describe la manifestación del cártel en el período 2006-2007 con la adopción de medias de boicot o retorsión.

Por lo que aquí importa, interesa destacar las referencias a la hoy actora que se contienen en los apartados 4 a 19 de la Resolución impugnada, concretamente las siguientes:

- "En 2001 se produjeron los primeros contactos entre SUIZA, MÜNCHENER, SCOR, ASEFA y MAPFRE EMPRESAS (folios 6446 a 6451, 6463, 6471, 6481 a 6484 y 6498) para negociar un incremento de las tarifas y establecer unas condiciones de suscripción homogéneas para todo el mercado (folios 6447 a 6498). En la documentación figura MAPFRE INDUSTRIAL, ya que con anterioridad a 2005 MAPFRE EMPRESAS se denominaba MUSINI, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS (MUSINI). Además, en ese año MAPFRE EMPRESAS absorbió a MAPFRE INDUSTRIAL, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS que era la entidad encargada del seguro de daños a la edificación hasta esa fecha." "En concreto, de acuerdo con diversos documentos internos de ASEFA, el 6 de julio de 2001, tuvo lugar una primera reunión en la sede de SUIZA a la que asistieron como mínimo representantes de ASEFA y SUIZA (folios 6447, 6481, 6482 y 6498). En dicha reunión se advirtió de que había que "incrementar sustancialmente las tarifas y endurecer los criterios de suscripción" (folio 6447).

- "Después del verano continuaron los contactos y ASEFA preparó un borrador de documento denominado "Medidas correctoras SDD" (Seguro Decenal de Daños, folios 6498 a 6504) que recogía los criterios más importantes, técnicos y de tarificación, que se pretendían homogeneizar en relación con la suscripción de este seguro. De acuerdo con un documento interno de ASEFA, con anterioridad al 30 de noviembre de 2001, tuvo lugar una segunda reunión en la sede de SUIZA, a la que asistieron dos representantes de MAPFRE EMPRESAS, dos de MÜNCHENER, uno de SCOR, dos de SUIZA y cuatro de ASEFA. En dicha reunión se siguieron tratando las medidas correctoras de ese seguro."

- "Con fecha 5 de diciembre de 2001, ASEFA envió a MAPFRE EMPRESAS, MÜNCHENER, SUIZA y SCOR una nueva versión del documento denominado "medidas correctoras SDD-2002" (folios 6472-6480). Esta versión es similar al primer borrador descrito anteriormente en cuanto que recoge tasas y primas mínimas. Sin embargo, especifica los valores definitivos del pacto de precios mínimos, detalla más algunos conceptos, al incluir una tabla con el coste mínimo del metro cuadrado construido por provincias para el cálculo del capital asegurado e indica la fecha a partir de la cual debe aplicarse el acuerdo."

- "Estas medidas acordadas debían aplicarse por todos los operadores del mercado a partir de enero de 2002, principalmente mediante su inclusión por los reaseguradores en los contratos de reaseguro con las cedentes (folios 2284, 6256, 6260 y 6262, 6471 y 6484). El acuerdo comenzó a aplicarse formalmente en enero de 2002 por algunos operadores (Caser, Musaat, Mapfre Empresas y Asefa).

- "A lo largo de 2002 continuaron los contactos y reuniones entre las reaseguradoras SUIZA, MÜNCHENER y SCOR y la aseguradora ASEFA para lograr el cumplimiento de las condiciones mínimas por parte de todos los operadores del mercado del seguro decenal en España, tras haberse detectado ciertos retrasos e incumplimientos por algunos de ellos (folios 6452 a 6456). Con fecha 24 de abril de 2002, Asefa informó a Scor sobre la visita que había realizado a diversas entidades financieras para conocer los problemas a la hora de aplicar las nuevas tarifas acordadas por parte de las mismas (folio 6455, 6456). En dicho informe Asefa reconoció que las tarifas no eran sencillas para ser comercializadas por entidades financieras y que se habían detectado retrasos e incumplimientos por parte de algunos operadores en su aplicación.

- Además, ASEFA sugirió a SCOR la conveniencia de celebrar una reunión con MAPFRE EMPRESAS y los tres reaseguradores (SCOR, SUIZA y MÜNCHENER) para informar sobre la problemática detectada y propuso que tras dicha reunión, la líder de cada contrato de reaseguro junto con cada cedente visitara a cada una de las entidades financieras. "Por último hay que preparar un último y final discurso a las Entidades Financieras y creo que sería



muy conveniente que cada líder de los contratos, después de los últimos acuerdos que tomemos en la reunión que propongo, visite a cada entidad financiera con su cedente" (folios 6455 a 6456)."

- "Como resultado de esos contactos, en una reunión celebrada el 7 de mayo de 2002 en la sede de ASEFA, MÜNCHENER, SCOR, SUIZA y ASEFA acordaron, entre otras cuestiones, que a partir del 1 de mayo de 2002 entrarían en vigor las nuevas condiciones de mínimos acordadas y que se celebrarían reuniones de seguimiento una vez al mes, en las que se denunciarían los posibles incumplimientos detectados".

Se han obtenido tres informes sobre dicha reunión: dos en la sede de SUIZA y uno en la de ASEFA, SUIZA elimina de la lista de asistentes a la reunión a sus competidoras (MÜNCHENER Y SCOR)".

"El 17 de mayo de 2002 ASEFA reiteró a SCOR, SUIZA y MÜNCHENER la necesidad de que advirtieran por escrito a las cedentes de que estaban obligadas al estricto cumplimiento de las condiciones de suscripción y también recordó la conveniencia de la creación del comité de seguimiento con representantes de las tres reaseguradoras, de ASEFA, MAPFRE y de las cedentes que lo desearan, para supervisar la aplicación de las nuevas condiciones."

A continuación la Resolución se refiere a lo que denomina la "Instrumentación del cártel a través de las guías o manuales de tarificación" refiriéndose a la hoy actora en el apartado 22 en los términos siguientes:

"Los contratos de reaseguro de Asefa recabados durante la inspección no incluyen guías de tarificación, salvo en 2006, año en el que si consta en el expediente una guía con anagrama de Suiza como suplemento al contrato con esa entidad. Además, los elementos principales de las guías fueron recogidos por Asefa en el anexo a las bases técnicas elaboradas por esta entidad en cumplimiento de la normativa nacional sobre el seguro privado (folios 1771 al 1782 confidenciales Asefa).

A continuación se detalla la vigilancia y sus denuncias:

- "El 20 de junio de 2002, ALLIANZ informó a SCOR sobre la firma de un protocolo de EUROMUTUA a tasas inferiores a las mínimas. SCOR contactó ese mismo día con ASEFA, MÜNCHENER y SUIZA preguntándoles su parecer e indicando que había que cortarlo. ASEFA contestó que estaba de acuerdo en cortarlo y que estaban a la espera de averiguar quiénes eran los reaseguradores.

- En octubre de 2002, ASEFA informó a SCOR sobre la pérdida de una operación de INMOBILIARIA RIO porque el cliente había preferido contratar a MAPFRE EMPRESAS al aplicar esta entidad unos valores de referencia del metro cuadrado inferiores a los de ASEFA en Huesca. Concretamente, ASEFA comunicó a SCOR que "creo que esto estaba pactado con los reaseguradores por lo que ruego a quien corresponda, (...), que haga las gestiones oportunas con el reaseguro para evitar esta competencia desleal".

- SCOR reenvió este mensaje a MÜNCHENER principal retrocesionario de MAPFRE RE) y le solicitó información sobre si esto era cierto o no. MÜNCHENER contestó que: "no ha habido siquiera consulta alguna de ese promotor (...); por otra parte, en este caso te puedo asegurar (...) que la tarifa (y por supuesto los costes por m2) se aplican escrupulosamente en la zona" (folios 6373 a 6375 confidenciales AUSBANC).

- En abril de 2003, MAPFRE EMPRESAS informó a MAPFRE RE de que ASEFA había ofrecido una tarifa sin incluir el recargo de renuncia a recurso contra constructor.

- En octubre de 2003, MAPFRE EMPRESAS informó a MAPFRE RE de que VITALICIO y ASEFA "están cotizando decenales por debajo de las tasas que tenemos establecidas como mínimas (0,55% y 0,70%)" y que muchas compañías aplicaban los recargos de forma desigual para construir la tasa definitiva. MAPFRE RE traspasó esa información a MÜNCHENER y a SUIZA y les rogó que se tuvieran en consideración esos aspectos con objeto de "encontrar fórmulas que contrarresten estas acciones para evitar que nos veamos penalizados comercialmente un año más, las entidades que mantenemos los criterios que nos habéis marcado a favor de los que los incumplen sistemáticamente".

- En diversos informes internos, SCOR mencionó que "la tasa mínima impuesta es 0,55%" (folio 6256); o que "la prima mínima de 2.000 euros es bien respetada a partir de 2003" (folio 6252); y en un correo hay una nota a mano preguntando, a propósito de una modificación de los contratos "si es normal considerar que la guía de tarificación sea considerada como una recomendación y no como una obligación".

- En junio de 2006 Caser informó a Scor sobre una oferta de Asefa para una promoción de viviendas unifamiliares en la que no se respetaba la prima mínima de 600 € por vivienda establecida como obligatoria por acuerdo de mercado. Al respecto Asefa reconoció que era un error.

- En un informe interno denominado "Preparación Plan Estratégico 2008" Asefa comentó que buscar la homogeneidad en la aplicación del coste del metro cuadrado era una tarea complicada y que en alguna ocasión se había conseguido deshacer alguna operación de un competidor que aplicaba un coste inferior, cuando se denunció ante Scor (folio 7452).

Por último, se refiere la Resolución a lo que denomina "Reacción de los miembros del cártel ante la no aplicación de los precios mínimos pactados" señalando:

- "Asefa, Caser, Scor, Suiza y Münchener reaccionaron coordinadamente, manteniendo su decisión de no rebajar sus condiciones y presionando en el mercado de reaseguro para que Musaaf no pudiera reasegurar su negocio..."
- "Con fecha 12 de diciembre de 2006 Asefa envió a Hannover Re un correo en el que se informaba que tras conocer el apoyo recibido por Musaaf para su nuevo contrato de decenal provenía de Hannover RE "desde la Dirección de Asefa se ha tomado la decisión de no dar cabida en el contrato de reaseguro a ningún reasegurador que contribuya a apoyar prácticas que puedan desestabilizar este mercado..."
- "Con fecha 21 de diciembre de 2006 Asefa informó a Scor y a SMABTP de que las nuevas condiciones de suscripción ofertadas por Musaaf y Diagonal eran inferiores a "las normales del mercado en más de un 50%" y que "al día de la fecha, a pesar de haber lanzado estas condiciones no tiene capacidad de reaseguro". Además comunicó que "la posición de la Dirección General de Asefa es mantenerse firme en todas y cada una de sus normas de tarificación y de suscripción".
- "Scor transmitió información a Asefa sobre las ofertas que le llegaron de Musaaf y Asefa presionó a entidades financieras para que no trabajasen con Musaaf..."
- "Asefa continuó proponiendo a las reaseguradoras el establecimiento de condiciones de tarificación nuevas, que suponían un incremento del precio del seguro, para ser aplicadas de forma homogénea por todo el mercado"
- "Durante la preparación de la renovación de los contratos de reaseguro para 2008, Asefa presionó a las reaseguradoras Scor, Münchener y Suiza para que no reaseguraran a Musaaf tampoco en 2008..."
- Por último con fecha 15 de octubre de 2007 mediante un correo interno, Asefa informó sobre una reunión celebrada con Scor durante la que ésta le transmitió su preocupación por qué ciertas aseguradoras del mercado decenal tendieran a reducir la tasa mínima.

[...] Los motivos alegados por la recurrente en la demanda son, en síntesis, los que a renglón seguido se relacionan:

- Caducidad del expediente sancionador.
- Nulidad de la Resolución por vulneración de las garantías del procedimiento.
- Prescripción.
- Inexistencia de la infracción. ASEFA no ha participado en ningún acuerdo ni cártel para la fijación de precios mínimos. La conducta desplegada por ASEFA no es antijurídica.

Y, en el supuesto en que se entendiera que sí ha existido un acuerdo, éste estaría amparado por los artículos 1.3 de la LDC de 1989 y 81.3 del TCE (actualmente, artículo 101.3 TFUE).

- Por último, y con carácter estrictamente subsidiario, falta de proporcionalidad de la sanción.

[...] Por lo que se refiere a la caducidad del expediente, la parte actora considera que se ha sobrepasado el plazo de 18 meses establecido en el artículo 36.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

Tal como se pone de manifiesto en la Resolución recurrida y recuerda el Abogado del Estado en su contestación, el acuerdo de 20 de julio de 2009 dispuso, entre otras cosas, la práctica de determinadas pruebas y actuaciones complementarias, acordando expresamente la suspensión del plazo para dictar la resolución (artículo 37.1 e) de la LDC). Mediante acuerdo de 14 de octubre de 2009 el Consejo de la CNC acordó levantar la suspensión del plazo para resolver que se había acordado en el referido anterior acuerdo con efectos desde el día 6 de octubre de 2009, que fue el momento en el que se recibió en la CNC el último escrito de alegaciones en relación con el resultado de las actuaciones complementarias acordadas.

Pues bien, en este caso la suspensión del plazo para resolver el expediente se ajustó a lo establecido en el artículo 37 LDC y en el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia , aprobado por Real Decreto 262/2008, de 22 de febrero, que prevén como motivo de suspensión del plazo la realización de una actuación o prueba complementaria, incluyendo el trámite de audiencia a los interesados y -en su artículo 12.2 - el levantamiento de la suspensión mediante el dictado de un nuevo acuerdo en el que se determine que se entiende reanudado el cómputo del plazo "desde el día siguiente al de la resolución de incidente que dio lugar a la suspensión" .



Por lo tanto, el cómputo del plazo máximo debe tener en cuenta en este caso que la suspensión acordada el 20 de julio de 2009 no se levantó hasta el día 6 de octubre de 2009, momento en que se habían recibido las alegaciones a las actuaciones y pruebas complementarias acordadas. Además debe tenerse en cuenta el período de 30 días naturales en que estuvo suspendido el procedimiento por la consulta a la Comisión Europea, por lo que sumado todo ello resulta que, frente a lo alegado por la recurrente, no se sobrepasó el plazo que concluía el 13 de noviembre, esto es, después de que se dictase y notificase la Resolución y, en definitiva, que el procedimiento sancionador no había caducado cuando ésta última fue adoptada.

[...] A continuación se refiere la demandante a la vulneración de las garantías del procedimiento. Se invoca la vulneración del derecho de defensa derivada de habersele impedido el acceso a determinadas pruebas de cargo tratadas como confidenciales.

Se alega indefensión por la existencia de una versión confidencial de la Resolución sancionadora que no ha sido facilitada a la recurrente. Sobre esta cuestión debe decirse que en realidad no se trata tanto de la existencia de una versión confidencial de la Resolución sino de la existencia de información confidencial que ha conocido el Consejo de la CNC y no ha sido dada a conocer a las partes interesadas.

Al respecto la Resolución razona y justifica la declaración de confidencialidad de determinada información, principalmente sobre cifras de negocio de las compañías, contratos de reaseguro y retrocesión suscritos entre las partes o con terceros, pólizas de seguro emitidas por las aseguradoras y guías o manuales de tarificación. Se trata, en definitiva, de documentación necesaria para la investigación, siendo así que, además, el contenido de tal documentación en la medida en que resultaba indispensable para el pleno ejercicio del derecho de defensa por las partes imputadas fue desvelado por la Dirección de Investigación, en la medida en que elaboró un cuadro en el Pliego de Concreción de Hechos y en la Propuesta de Resolución especificando qué primas, tasas y recargos mínimos concretos contienen las guías de tarificación y son coincidentes con los expresados en el documento "*medidas correctoras SDD-2002*".

Por lo demás, el alegato no pasa de ser puramente formal en la medida en que no se alega, ni menos aún se justifica, en qué medida el mantenimiento de la confidencialidad le ha generado indefensión a la parte.

Y en cuanto a la prescripción invocada tampoco puede prosperar dado que la conducta sancionada es continuada y el plazo ha de contarse desde que la misma cesa. Tal como se señala en el fundamento de derecho séptimo de la resolución impugnada el acuerdo de precios mínimos o cártel de precios mínimos se aplicó desde 2002 hasta 2007, por lo que el cómputo del plazo ha de iniciarse en el año 2007.

Deben en consecuencia desestimarse las alegaciones relativas a defectos de procedimiento que ocasionarían la nulidad de pleno derecho del acto administrativo impugnado.

[...] 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 renunciadas 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 prisma a través del cual hemos de analizar los hechos se situaría en la confluencia de tres factores determinantes en la configuración del Seguro Decenal (SDD) en sus primeros años, esto es desde su implantación obligatoria por primera vez en España en el año 2000.

Existe, en efecto, un factor histórico a tener muy en cuenta para valorar lo acontecido, ya que el seguro decenal fue una novedad introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, siendo la experiencia sobre él en España prácticamente inexistente y, en consecuencia, irrelevante también la información estadística sobre siniestralidad. A lo que debe añadirse que el seguro controvertido es un seguro de larga duración, pues cubre un período de diez años desde la finalización de la obra, y los siniestros, como regla general, empiezan a producirse años después, lo que no hace fácil el cálculo adecuado de la prima de riesgo de este seguro hasta una vez transcurridos algunos años desde su implantación como obligatorio.

Existe, en segundo término, un factor internacional o comparado del que también ha quedado cumplida constancia en el expediente, y es que en el mercado francés, donde existía el seguro obligatorio desde el año 1978, durante los años 90 se produjo una crisis motivada por una errónea tarificación de los riesgos, crisis que comportó cuantiosas pérdidas, incluso la salida del mercado de numerosas compañías que habían venido operando en una modalidad de reaseguro para el SDD denominada "*no proporcional para exceso de siniestro XL*", modalidad en la que, al cubrir el reasegurador solamente los riesgos que excedan de una determinada cantidad por siniestro hace recaer la situación de infratarificación sobre las aseguradoras, y no sobre las reaseguradoras.

Existe, por último y esto es fundamental, una especial caracterización del mercado en el ámbito de la actividad aseguradora privada que ante todo viene condicionado por una obligación legal de "*suficiencia*" de las primas comerciales aplicadas por la aseguradora, estando prohibido lo que sería una venta a pérdida. El precio, en este caso las primas comerciales, deben ser "*suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas*" (artículo 25.3 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados). Esencialmente, pues, la prima comercial o "*prima de tarifa*" debe ser suficiente para cubrir el coste estimado del siniestro.

En relación con esta obligación, el propio artículo 25.3 TRLOSSP añade la posibilidad de que las primas de riesgo se basen en estadísticas comunes de empresas competidoras sobre el mismo tipo de siniestros, excluyendo del ámbito de aplicación de la legislación de Defensa de la Competencia los mecanismos de cooperación necesarios al efecto ("*Asimismo, responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia, la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes*").

Del propio modo, la normativa comunitaria admite la cooperación entre entidades para calcular los principales costes del seguro mediante estadísticas comunes sobre el mismo tipo de siniestros, en la medida en que "*permite mejorar el conocimiento de los riesgos y facilita su evaluación por las distintas empresas. Esto puede facilitar, a su vez, la entrada en el mercado y beneficiar, por tanto, a los consumidores* (artículo 3 del Reglamento 358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003 , relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 TCE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros).

Resulta, en definitiva, que en el mercado de los seguros existen peculiaridades que pueden hacer necesaria, incluso afectando al Derecho de la Competencia, la existencia de mecanismos de cooperación para el intercambio de información y experiencias entre competidoras a fin de calcular el coste del seguro (la prima de riesgo) que en todo caso debe ser suficiente para evitar los riesgos de infratarificación.

La Sala considera igualmente relevante, la afirmación de la resolución impugnada según la cual es esencial en la situación descrita garantizar que no incurrn 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 incurrn 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 reaseguradora 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 de diciembre 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.

"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 adquirentes 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 I

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.

La Resolución impugnada funda su calificación de práctica restrictiva de la competencia en la conjunción de las siguientes actuaciones: primero, la elaboración del documento "*Medidas Correctoras SDD-2002*" que, a su juicio, constituye un acuerdo de fijación de precios mínimos suscrito en 2001, que califica de anticompetitivo en cuanto contrario, por su objeto, al artículo 1 de la LDC ; segundo, la aplicación en las medidas de tarificación y suscripción por las entidades sancionadas de las condiciones resultantes de los acuerdos plasmados en el citado documento "*Medidas Correctoras SDD-2002*" ; tercero, el control del cumplimiento del acuerdo para la adopción de medidas frente a los firmantes del mismo que se apartasen de lo pactado; y cuarto, la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores del acuerdo anticompetitivo en cuestión.

Ahora bien, la realidad de los hechos probados, no permite extraer las conclusiones que desprende la Resolución de la CNC:

-Respecto del documento "*Medidas Correctoras SDD-2002*" cabe sostener lo siguiente: 1) No reúne en sí mismo los elementos precisos para ser calificado como acuerdo de voluntades, sino que lo único que queda acreditado es que constituyó una propuesta formulada por ASEFA a sus reaseguradoras (lo que describe la Resolución es el traslado por parte de ASEFA de una propuesta a las reaseguradoras de su cuadro -SUIZA y SCOR-, así como MAPFRE y las reaseguradoras de su cuadro -SUIZA, SCOR y MUNICH RE-) que, como luego se expondrá, no llegó a ser aplicado de forma unánime por las aseguradoras y reaseguradoras sancionadas. 2) También resulta del contenido del citado documento, y ello no se niega por la Resolución impugnada, que el objeto del mismo era la búsqueda de criterios para el correcto cálculo de la prima de riesgo (así se alude a ello por los intervinientes como "*questiones técnicas*" , empleando expresiones tales como "*tasa de primas...para evitar el infraseguro*" o "*Tasas mínimas aplicables a riesgos normales*" :Hecho Probado Séptimo de la Resolución), no la fijación de las primas comerciales, que es lo que propiamente constituye el precio del seguro; los "*acuerdos*" versarían, no sobre la prima comercial, sino sobre el "*coste*" puramente objetivo del producto y no sobre el importe de los descuentos y/o recargos adicionales a los clientes, ni tampoco sobre las comisiones que las reaseguradoras abonarían a las aseguradoras, elementos todos ellos que son fundamentales en la fijación del precio del seguro pues, en definitiva, son los que determinan la prima comercial y afectan a la competencia. 3) La razón de estos contactos e intercambio de criterios (que no acuerdo) era evitar el riesgo de infraseguro en un Seguro Decenal de nueva implantación legal con carácter obligatorio y con una reciente experiencia negativa en el precedente inmediato internacional que, sobre la base de ese contraste de intercambio de pareceres sobre las condiciones técnicas mínimas de cobertura de los riesgos buscaban asegurar que se cubriera el coste de los siniestros de los riesgos que se cederían en el marco de los contratos de reaseguro proporcional obligatorio.

-En lo concerniente a la aplicación de los acuerdos plasmados en el documento "*Medidas Correctoras SDD-2002*" en las guías de tarificación y suscripción y, aun dejando aparte que, como acaba de razonarse, no queda probado que existiera ese hipotético acuerdo de precios mínimos, lo cierto es que la propia Resolución impugnada reconoce que no existió homogeneidad de condiciones y que las "*tasas mínimas*" funcionaban



como referencia para establecer la prima de riesgo y no la prima comercial: Así, contradictoriamente con el mantenimiento de la existencia de un cártel, que habría supuestamente trasladado a las guías de tarificación que acompaña a los contratos de seguro unos precios mínimos, reconoce paladinamente que las tasas adicionales no coinciden y, sobre todo, que algunas compañías *"aplican recargos o descuentos en función del tipo de suelo, pendiente, nivel freático, cimentación, tipo de estructura, etc."*, añadiendo que esos *"recargos o descuentos no formaron parte de los acuerdos"*.

[...] 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"*

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. 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 seguro 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 aun 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 si 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.

De cuanto queda expuesto resulta que el análisis de efectos realizado por la resolución impugnada no encuentra soporte probatorio alguno, existiendo una justificación alternativa como ya se ha explicado.

[...] Por último y por lo que respecta a los actos de boicot que se atribuyen a la recurrente debemos señalar que los mismos se imputan no en concepto de infracción sino de agravante, a los efectos de determinar el importe de la sanción, por tanto bastaría con señalar que no concurriendo la infracción imputada no cabe hablar de agravación de la misma.

Efectivamente en la Resolución se afirma:

"...ASEFA ha participado en la infracción desde el inicio y ha jugado un papel muy activo en la aplicación del acuerdo de precios mínimos por todo el mercado, así como ha desarrollado actuaciones de vigilancia y denuncia por incumplimientos (HP 31, 38-3 (HP 42, 45-47, 52, 54, 56-57). Por tanto, le es de aplicación la agravante de vigilancia y denuncia del cumplimiento de las condiciones acordadas, así como la agravante de participación en el boicot a Musaat, la entidad que rompió la homogeneidad de primas, presionando a cinco reaseguradoras y a entidades financieras para que no realizaran operaciones con ella.

Pero es que además dichos actos de boicot imputados a la actora no pueden considerarse como tales sino que se insertan en el ámbito de la libertad de contratación, eligiendo la reaseguradora más conveniente y prescindiendo de reaseguradoras que, por estar asumiendo un riesgo excesivo con otras aseguradoras -en este caso Musaat, cuyas ofertas consideraba temerarias- pudiera tener problemas de solvencia, es decir consistieron en la negativa a contratar con entidades que aplicaban tarifas que se consideraban inferiores a la cobertura del riesgo asegurado.

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

El comportamiento de la actora no es objetivamente anticompetitivo, al no haber ejecutado actos contrarios a la libre competencia.

De lo expuesto resulta la estimación del recurso por ser contraria a Derecho la imposición de sanción a la entidad recurrente, por no apreciarse un comportamiento anticompetitivo.>>

SEGUNDO. - El recurso de casación se articula en tres diferentes motivos 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 resultaran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

El primer motivo de casación, denuncia la infracción del artículo 1.1 de la LDC en relación con el artículo 81.1 TCE (101 TFUE) y la jurisprudencia dictada en su aplicación. Se aduce que la sentencia infringe los preceptos que se invocan al considerar que el documento titulado "Medidas Correctoras SDD" no reúne los requisitos precisos para ser calificado como acuerdo de voluntades en contra de la jurisprudencia dictada en interpretación y aplicación de los preceptos que regulan la prohibición de acuerdos anticompetitivos.

El segundo motivo de casación, se sustenta también en la infracción del artículo 1.1 de la LDC en relación con el art. 81.1 del Tratado CE (101 TFUE) y la jurisprudencia dictada en su aplicación. Se argumenta que la sentencia recurrida incurre en tal infracción porque frente a lo que había estimado la CNC, considera que el acuerdo sancionador no constituye ni puede calificarse como una infracción por objeto ya que existe una explicación alternativa de los hechos distinta a la existencia de una conducta prohibida, explicación alternativa que sitúa fuera del reproche antitrust la conducta enjuiciada.



El tercer motivo de casación descansa en la infracción del artículo 1.4 LDC en relación con el art. 81.3 TCE (101.3 TFUE) y con el Reglamento (CE) nº 358/2003, de la Comisión de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado de 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 como un "riesgo nuevo".

TERCERO .- 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 art. 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (101 TFUE) que por razones de coherencia examinamos conjuntamente, deben ser acogidos.

Consideramos que la Sala de instancia ha realizado una incorrecta interpretación 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, al 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 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.

No compartimos los razonamientos de la Sala de instancia respecto de que la conducta imputada a la Compañía Reaseguradora ASEFA SA SEGUROS Y REASEGUROS SA 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 intercambiar 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.

La Sala de instancia ha otorgado 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.

Dijimos en aquella ocasión:

<< En cuanto al documento denominado "Medidas Correctoras SDD-2002", la sentencia recurrida comienza afirmando que dicho documento "...no reúne en sí mismo los elementos precisos para ser calificado como acuerdo de voluntades, sino que lo único que queda acreditado es que constituyó una propuesta formulada por ASEFA a sus reaseguradoras...". Pero la aparente rotundidad de esa primera apreciación queda prontamente



devaluada, pues aunque la sentencia no señala de manera expresa que aquella propuesta fue asumida por las demás entidades aseguradoras y reaseguradoras concernidas -y así lo corroboran hechos posteriores a los que luego aludiremos-, la propia Sala de instancia viene a admitirlo, siquiera de forma implícita, pues de otro modo no se entenderían las explicaciones que ofrece a continuación la propia sentencia para destacar que aquel documento tenía por objeto la búsqueda de criterios para el correcto cálculo de la prima de riesgo y no la fijación de primas comerciales, de manera -señala la sentencia- que <<...los "acuerdos" versarían, no sobre la prima comercial sino sobre el "coste" puramente objetivo del producto...>>.

Por otra parte, estas apreciaciones sobre el documento "Medidas Correctoras SDD-2002" las realiza la Sala de instancia sin hacer referencia al concreto contenido del documento, que sí aparece pormenorizado, en cambio, en la resolución administrativa sancionadora. Y debe destacarse, sobre todo, que la sentencia recurrida omite toda alusión a dos de los pilares en los que la resolución sancionadora sustentaba la imputación, esto es, el seguimiento y vigilancia del cumplimiento del acuerdo de 2002 y la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores. Como ya hemos señalado (fundamento jurídico segundo), el hecho de que la Sala de instancia no haya hecho consideración alguna sobre estas dos últimas facetas de la conducta infractora tiene indudable relevancia porque la existencia de tales prácticas -cuya acreditación no es negada en la sentencia- puede y debe ser tomada en consideración a la hora de valorar el significado y alcance de lo acordado. Así, aun aceptando que la literalidad del documento "Medidas Correctoras SDD-2002" no refleja un acuerdo sobre la prima comercial sino un entendimiento sobre la prima de riesgo (coste objetivo del producto) lo cierto es que aquellas prácticas de seguimiento y control de los incumplidores ponen de manifiesto que la verdadera finalidad del documento iba más allá de la mera homogeneización de criterios para la determinación de las primas de riesgo.

[...] *En todo caso, aun con independencia de cuál fuese el alcance real de lo acordado en el año 2002, las referidas prácticas de seguimiento y control y, desde luego, las actividades de represalia frente a los incumplidores, son conductas anticompetitivas constitutivas por sí mismas de infracción.*

Es cierto, como señala la sentencia recurrida, que tanto en la normativa comunitaria europea [artículo 81.3 TCE , ahora artículo 101.3 TFUE , y su desarrollo en el Reglamento (CE) n° 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, que vino a sustituir al Reglamento (CEE) n° 1534/1991, del Consejo, de 31 de mayo de 1991] como en el ordenamiento interno [artículo 24 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados , y luego artículo 25 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre , así como artículos 76 y 77 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados] se admite que en determinados ámbitos -en este caso, en el mercado del seguro- puedan entablarse entre dos o más empresas intercambios de datos estadísticos y acuerdos tendentes a la homogeneización de criterios para la determinación de costes, así como para utilización de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes, sin que tales acuerdos e intercambios de información tengan el carácter de práctica restrictiva de la competencia.

Ahora bien, la previsión normativa de que tales acuerdos quedan excluidos de la consideración de práctica anticompetitiva está sujeta a limitaciones. No sólo porque la exención no opera cuando la concertación viene referida a la prima comercial o precio de mercado, sino también, y esto es lo que ahora nos interesa destacar, porque en ningún caso pueden quedar amparados en la exención los acuerdos o prácticas que pretendan conferir carácter obligatorio o vinculante a lo convenido. Así resulta con claridad del artículo 4 del Reglamento (CE) n° 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003 [Reglamento de exención] que hemos dejado transcrito en el fundamento jurídico cuarto.

Siendo ello así, debe concluirse que las reuniones y las prácticas encaminadas al seguimiento y control del cumplimiento del acuerdo y, claro es, la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores - actividades que aparecen descritas con detalle en diversos apartados de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, entre otros, los hechos probados 12, 13, 18, 20, 25, 29, 40, 41, 42, 48, 54, 57- comportan por sí mismas una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (tanto en la Ley 16/1989, de 17 de julio como en la Ley 15/2007, de 3 de julio) y del artículo 81 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), ahora artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) . >>

CUARTO .- El tercer motivo de casación, que denuncia 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, procede declarar 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 4 de enero de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo 864/2009, que casamos.

QUINTO .- 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 aparece 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 ASEFA SA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, 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 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.

Las razones que hemos expuesto para acoger el motivo de casación nos llevan a concluir que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia es ajustada a derecho en cuanto declara que la conducta de la recurrente es constitutiva de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia -tanto en la Ley 16/1989, de 17 de julio como en la Ley 15/2007, de 3 de julio- y del artículo 81 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), ahora artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); sin que sea de aplicación en este caso, por las razones que también hemos expuesto al examinar el motivo de casación, la exención contemplada en los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, 81.3 TCE, (ahora artículo 101.3 TFUE) y su desarrollo en el Reglamento (CE) nº 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, que vino a sustituir al Reglamento (CEE) nº 1534/1991, del Consejo, de 31 de mayo de 1991.

Desestimada así la pretensión principal de la parte actora, en el fundamento jurídico quinto de la demanda se aduce, con carácter subsidiario, y para el caso que sea procedente la sanción, que ésta debe rebajarse en su cuantía, en cuanto no se ajusta a los límites impuestos legalmente, ni a los criterios determinantes de la sanción, considerando así que la sanción máxima que podría imponerse sería la de 901.518,16 Euros.

El argumento de impugnación debe ser acogido. Y es que, en efecto, la cuantificación de la multa se ha llevado a cabo siguiendo los criterios que se contemplan en la Comunicación de Multas de 6 de febrero de 2009. Aunque la resolución sancionadora no menciona esa Comunicación, lo cierto es que a partir de las magnitudes de ingresos de los años 2002 a 2007 la resolución aplica, sin mencionarlos, los coeficientes reductores previstos en el apartado 15 de la Comunicación de Multas. Y una vez determinada la cantidad base para el cálculo de la multa mediante la aplicación de los coeficientes correctores correspondientes a los distintos ejercicios, la resolución sancionadora sigue los pasos y criterios previstos en aquella Comunicación, aplicando sobre aquella cantidad base el porcentaje del 10%. De todo ello resulta la cantidad de 27.759.000 €, que es la multa que se impone a ASEFA.

Como tuvimos ocasión de señalar en otro caso en el que la Comisión Nacional de la Competencia había procedido de un modo similar - sentencia de esta Sala 20 de abril de 2015 (casación 2064/2012)- resulta claro, que <<(...) la cuantificación de la multa se llevó a cabo aplicando los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009. Y ello es contrario a derecho no sólo porque, como señala la recurrente, supone la aplicación retroactiva de un método de cálculo que fue ideado para la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, siendo en este caso de aplicación la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, sino porque incluso para los procedimientos sancionadores regidos por la Ley 15/2007 esta Sala, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), ha declarado en reiteradas ocasiones que "el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia">>.

Por tanto, el motivo de impugnación debe ser estimado pues, aunque la resolución sancionadora invoca expresamente lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, el cálculo de la multa no se ciñe



en realidad a las bases y criterios de graduación establecidos en ese precepto sino que se determina aplicando los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009. En fin, el procedimiento de cálculo seguido por la Comisión Nacional de la Competencia está viciado en su conjunto, por la aplicación que hace, siquiera de forma encubierta, de los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009.

SEXTO. - Consideramos correcta la apreciación de la Comisión Nacional de la Competencia en cuanto a la existencia de la conducta infractora imputable a ASEFA; pero entendemos, que procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución sancionadora impugnada en lo que se refiere al importe de la sanción, aspecto éste en el que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia resulta contraria a derecho.

Procede, en consecuencia, la anulación del importe de la sanción por haber sido fijado aplicando un método de cálculo no conforme a derecho, debiendo ordenarse a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que determine la cuantía de la multa ciñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10; sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009; 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 (artículo 10.1 de la Ley 16/1989); y, en fin, sin que en ningún caso pueda resultar una multa de cuantía superior a la sanción (27.759.000 euros) que ahora se anula.

SÉPTIMO - 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.- HA LUGAR al recurso de casación número 483/13, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de enero de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo 864/2009, que casamos.

Segundo.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil ASEFA SA SEGUROS Y REASEGUROS SA 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.- Rubricado.- **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm.a Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.