



Roj: **STS 2656/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2656**

Id Cendoj: **28079130032015100190**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **27/05/2015**

Nº de Recurso: **1304/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1176/2013,**
STS 2656/2015

SENTENCIA

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

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1.304/2.013, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 20 de marzo de 2.013 en el recurso contencioso-administrativo número 866/2.009, sobre expediente sancionador de la Comisión Nacional de la Competencia (expte. S/0037/08 "compañías de seguro decenal").

Son parte recurrida MAPFRE RE, COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A. y MAPFRE GLOBAL RISKS, COMPAÑÍA INTERNACIONAL DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., representadas por la Procuradora D^a Alicia Casado Deleito.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 20 de marzo de 2.013, estimatoria del recurso promovido por Mapfre Re, Compañía de Reaseguros, S.A. y Mapfre Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. -que con posterioridad ha cambiado su denominación social por la de Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A.- contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 12 de noviembre de 2.009, por la que se resuelve el expediente S/0037/08. Por dicha resolución se 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.a) del Tratado de la Comunidad Europea y por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia; declara responsables de la infracción a diversas compañías, entre las que se encuentran las citadas demandantes, a las que se impuso una sanción de 21.632.000 euros.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fecha 4 de abril de 2.013, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se han entregado las mismas al Abogado del Estado para que manifestara si sostenía el recurso, lo que ha hecho presentando en el plazo otorgado el escrito por el que interpone el recurso, que se articula en los siguientes motivos:



- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución;

- 2º, que se basa en el apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción de los artículos 1, 4 y 64 de la Ley 26/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 24 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y el artículo 81.1 del Tratado de la Unión Europea (artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), así como de la jurisprudencia, y

- 3º, basado en el mismo apartado del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción que el anterior, por infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, del artículo 60.4 de la Ley jurisdiccional, del artículo 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y de la jurisprudencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, y se 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 2.009, con lo demás que sea procedente. Mediante otrosí solicita que se formule cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 19 de diciembre de 2.013.

CUARTO .- Personadas Mapfre Re, Compañía de Reaseguros, S.A. y Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A., su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se inadmita o, subsidiariamente, se desestime el mismo, confirmándose la sentencia recurrida, con expresa condena en costas a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley jurisdiccional.

QUINTO .- Ha intervenido además en el presente recurso la Comisión Europea, que a través de su servicio jurídico ha formulado unas observaciones al amparo de lo dispuesto en el artículo 15, párrafo tercero, del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2.002.

Del citado escrito se ha dado traslado a las partes personadas, quienes a la vista de las citadas observaciones han formulado sendos escritos de alegaciones.

SEXTO .- Por providencia de fecha 2 de febrero de 2.015 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 12 de mayo de 2.015, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La Administración del Estado impugna en casación la Sentencia de 20 de marzo de 2.013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en materia de derecho de la competencia. La Sentencia impugnada estimó el recurso contencioso administrativo entablado por Mapfre Re, Compañía de Reaseguros, S.A. y Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2.009, que declaró que las recurrentes y otras compañías aseguradoras habían incurrido en conductas colusorias para fijar precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación; la Sentencia aquí impugnada anuló los pronunciamientos referidos a las mercantiles recurrentes.

El recurso de casación se articula mediante tres motivos. En el primer motivo, acogido al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se aduce la infracción de los artículos 24 y 120 de la Constitución, por falta de motivación de la Sentencia recurrida.

Los dos restantes motivos se acogen al apartado 1.d) del mismo precepto de la Ley procesal, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En el motivo segundo, se aduce la infracción de los artículos 1, 4 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 24 de la Ley de Seguros Privados y con el artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea (artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y de la jurisprudencia. Dichas infracciones se deberán a que la Sentencia habría requerido para admitir la existencia de un acuerdo colusorio un pacto formal entre las empresas sancionadas, así como otras interpretaciones jurídicas erróneas.



El tercer motivo se basa en la infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución , 60.4 de la Ley de la Jurisdicción , 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como de la jurisprudencia, por no haber tenido en cuenta todo el acervo probatorio existente en autos.

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la Sentencia impugnada.

La Sala de instancia justifica la estimación del recurso por falta de acreditación de la conducta colusoria imputada en los siguientes argumentos:

" **SEXTO**: Para examinar si existe prueba directa y suficiente que acredita la participación de las recurrentes en una conducta colusoria procede examinar cuales son las concretas conductas imputadas a MAPRE EMPRESAS y MAPFRE RE.

En este caso la resolución de la CNC recurrida (folio 78) declara que " *MAPFRE EMPRESAS participó en las reuniones previas preparatorias del documento "Medidas Correctoras SDD-2002" que recoge el acuerdo de precios mínimos, que recibió de su competidora ASEFA. Aplicó el acuerdo desde 2002, como así se constata con el contenido de sus guías de tarificación y pólizas incorporadas al expediente. MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE hicieron: (i) seguimiento de sus competidores y denunciaron a las reaseguradoras SUIZA y MRSEP los incumplimientos detectados; (ii) Convocaron a principios de 2007 una reunión con MRSEP, SCOR y SUIZA, en la que propusieron una rebaja de las tasas mínimas, pero con el objeto de no perder clientes y evitar problemas con la legislación de competencia; y (iii) a lo largo de 2007 presionaron a las reaseguradoras para reducir las tasas en 2008 (folios 6424 y 7453 confidenciales AUSBANC).* "

1) En cuanto a la participación en las reuniones previas preparatorias del documento "Medidas Correctoras SDD-2002" que recoge el acuerdo de precios mínimos, que recibió de su competidora ASEFA. MAPFRE EMPRESAS no niega la existencia de reuniones y de intercambio de experiencias e información entre ellas, pero señala que el único fin era intercambiar información de carácter estrictamente técnico, relacionada con el coste de cobertura del riesgo decenal para viviendas, y no con el precio comercial del seguro. En este sentido la CNC documenta contactos pero no consta que ASEFA y MAPFRE se intercambiaran información sobre los elementos de la tarifa del seguro decenal relacionados con la prima comercial (recargo de seguridad, costes administrativos y margen de beneficios).

Hay que tener en cuenta que la propia resolución señala que los acuerdos de reaseguro obligatorio proporcional, que se podrían calificar como acuerdos verticales (entre reasegurador y aseguradora), no forman parte en sí mismos de esta infracción compleja imputada sino que la conducta sancionada se refiere a un acuerdo entre empresas competidoras a dos bandas, entre las principales aseguradoras por un lado y las principales reaseguradoras del SDD por otro, para fijar precios mínimos a todo el mercado del seguro directo, aplicables al mejor riesgo concertado. No consta en este caso que los contactos documentados se refieran a estos acuerdos a dos bandas por una parte las aseguradoras y por otro las reaseguradoras para imponer precios mínimos al mejor riesgo concertado.

En efecto la relación de hechos probados de la resolución se indica que la reunión inaugural de los supuestos acuerdos colusorios tuvo lugar el 6 de julio de 2001 y no declara probada la participación ni de MAPFRE EMPRESAS ni de MAPFRE RE en la misma (HP 5, página 23 de la resolución). Sin embargo, la valoración jurídica de la resolución contiene un error pues señala equivocadamente, por dos veces que constituye un hecho probado la participación de MAPFRE EMPRESAS en esa reunión de 6 de julio de 2001 (fundamento de derecho tercero, página 50 de la resolución y fundamento de derecho décimo página 75).

Por otra parte no es ASEFA quien propone a MAPRE los criterios de tarificación en los que la resolución residencia el origen concertado de las supuestas primas mínimas. Un correo interno de ASEFA de 4 de septiembre de 2001 pone de manifestó que fue SUIZA quien se la propuso a MAPFRE, en un contexto lícito de negociación vertical entre la reaseguradora y la aseguradora para acordar los términos del reaseguro (folio 6484). No consta por tanto un contacto entre MAPRE con otras entidades ajenas a su cuadro de reaseguro.

2) La resolución reconoce que no hubo contactos entre MAPRE y sus competidoras aseguradoras entre los años 2002 y 2006. El contacto a que se refiere la resolución del año 2006 HP 26 no contiene ningún elemento restrictivo de la competencia y se analiza en el apartado 213 y 214 de la demanda. Así resulta que no fue un encuentro al que MAPFRE EMPRESAS acudiera con la intención de tratar asuntos del seguro decenal, sino que fue una invitación espontánea de ASEFA y la postura de MAPFRE fue la que ya había mostrado intentar obtener el precio mejor posible de sus reaseguradoras. En el mismo sentido la reunión de 27 de mayo de 2007 (HP 49) celebrada en la sede de MAPFRE RE a la que acudieron SUIZA, SCOR Y MUNCEHENER y en la que nuevamente " *propuso liberar la barrera de las tasas mínimas con el fin de no perder clientes y argumentando la normativa de la competencia, pero las reaseguradoras se opusieron* " (apartado 218 de la demanda)



3) Afirma la resolución recurrida que MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE hicieron: (i) seguimiento de sus competidores y denunciaron a las reaseguradoras SUIZA y MRSEP los incumplimientos detectados; (ii) Convocaron a principios de 2007 una reunión con MRSEP, SCOR y SUIZA, en la que propusieron una rebaja de las tasas mínimas, pero con el objeto de no perder clientes y evitar problemas con la legislación de competencia; y (iii) a lo largo de 2007 presionaron a las reaseguradoras para reducir las tasas en 2008 (folios 6424 y 7453 confidenciales AUSBANC). Ahora bien la Dirección de Investigación consideró que ese seguimiento del comportamiento de competidores no tenía un objeto anticompetitivo sino conseguir que sus reaseguradoras mejoraran sus condiciones para poder competir y así se indica en la propuesta de resolución que " *La DI no pone en cuestión el seguimiento del comportamiento de competidores en el mercado. En este sentido, no discute que MAPFRE diera a conocer a sus reaseguradoras la existencia de ofertas de competidores a precios inferiores y entiende que el objeto de su conducta fue exclusivamente el de conseguir que sus reaseguradoras mejoraran sus condiciones para poder competir* ". La CNC va en la misma línea desde el momento que excluye aplicar a MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE una agravante al entender que no eran medidas de presión, boicot sobre aquellos que no cumplen sino de presión a sus reaseguradoras para que les aplicaran mejores condiciones (folio 78 de la resolución). En este sentido consta que MAPFRE empresas envió el 27 de febrero de 2002 a las reaseguradoras MUNCHENER, SUIZA, SCOR y GERLING KONZERN GLOBALE cartas solicitando la máxima libertad posible para determinar las primas (folios 8283 y 8305 y que se recoge en el párrafo 185 a 188 de la demanda). Es decir desde el momento en que MAPFRE empresas tuvo conocimiento de que otras entidades estaban obteniendo mejores precios de reaseguro, lo único que solicitó a sus reaseguradoras fue la aplicación de las mismas condiciones. El contenido de estas cartas es el siguiente:

" *!1. Asunto: condiciones contractuales 2002. Seguro de daños a la edificación (...).*

2. Como ustedes han tenido ocasión de comprobar, la aplicación de las condiciones técnicas recogidas en las normas de suscripción del contrato de reaseguro de Daños a la edificación para este ejercicio, que nuestra entidad ha venido aplicando con determinación y rigor desde el inicio del mismo, nos está dejando fuera del mercado por cuanto existen ofertas de otras compañías en condiciones sensiblemente más reducidas.

3. Esta situación supone una clara discriminación hacia nuestra Compañía que al mantener los criterios fijados por Vds. Se ve perjudicada en sus intereses frente a otras compañías que no parecen tener los mismos condicionantes contractuales y técnicos, algunas de las cuales se ven respaldadas por los mismos reaseguradores de nuestro contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior y el tiempo transcurrido, les rogamos que si dentro del plazo de 15 días se mantuviera esta situación, nos faciliten urgentemente los niveles de flexibilización de dichas bases técnicas para competir en igualdad de condiciones con las que practican otras compañías del mercado "

Por su parte en 2003 MAPFRE RE ya afirmó que no lleva a cabo conductas consistentes en " *presionar a los reaseguradores para que a su vez presionen a la competencia* (folio 6396 del expediente, apartado 203 de la demanda).

Conforme a lo razonado no puede afirmarse que existe prueba directa para concluir que MAPFRE EMPRESAS alcanzara en 2001 con ASEFA, SUIZA, SCOR y MRSEP un acuerdo de precios mínimos para el SDD aplicable a todo el mercado y tratara de imponerlo. En la sentencia de 18 de diciembre de 2012 (recurso 861/2009) referida a Munchener y en sentencia de 4 de enero de 2013 (recurso 864/2009) referida a ASEFA que reproduce básicamente la anterior también se llega a la conclusión de que el análisis de los hechos probados no permiten llegar a la conclusión de que los mismos son constitutivos de la infracción sancionada.

SEPTIMO: Una vez descartado que existe prueba directa suficiente para concluir que MAPFRE EMPRESAS alcanzara en 2001 con ASEFA, SUIZA, SCOR y MRSEP un acuerdo de precios mínimos aplicable a todo el mercado y que trato de imponer dicho acuerdo a todos los competidores es necesario examinar si el resto de pruebas indirectas indicadas a que hace referencia la CNC acreditan la existencia de la infracción imputada. La CNC hace referencia a la homogeneidad de las tarifas, la existencia de efectos y en concreto la eliminación de la competencia e incremento de precios. Se va a examinar cada una de ellas por separado.

A) En cuanto a la homogeneidad de las tarifas,

El recurrente da una explicación alternativa verosímil que convence a esta Sala y así hace referencia

1) La existencia de costes comunes y fundamentalmente el coste esperado de siniestralidad calculado sobre la base de estadísticas comunes. Hace referencia a la desastrosa experiencia del seguro decenal en Francia que hizo imprescindible que en España las empresas colaborasen para obtener estadísticas fiables sobre siniestralidad.



2) La transparencia del mercado del seguro decenal en cuanto a las primas aplicadas por las aseguradoras trae causa de los contratos de correaseguro. La negociación de las condiciones de cesión se establece entre la aseguradora y una (o unas pocas) reaseguradoras que asumen una mayor participación en el contrato (que las condiciones aplicadas por las aseguradoras trae causa de los contratos de correaseguro. La negociación de las condiciones de cesión se establece entre la aseguradora y una (o unas pocas) reaseguradoras que asumen una mayor participación en el contrato (que actúan como líderes en el contrato) mientras que el resto se adhiere al mismo generalmente (aunque no obligatoriamente) en los mismos términos y condiciones (lo que sectorialmente se denomina "mercado seguidor" o following market). Dado que todos los reaseguradores en correaseguro participan en un porcentaje de la prima bruta original de la cedente, todos ellos tienen acceso a todos los elementos empleados por la aseguradora para la tarificación de esa prima.

3) Por otra parte el elevado grado de homogeneidad se debe a factores externos de la compañía como es la existencia de acuerdos de correaseguros (con condiciones idénticas) entre reaseguradoras.

En la sentencias ya dictadas por esta Sala de 18 de diciembre de 2012 (recurso 861/2009) referida a Munchener , sentencia de 18 de diciembre de 2012 recurso 865/2009) referido a SCOR GLOBAL y sentencia de 4 de enero de 2013 (recurso 864/2009) referida a ASEFA se concluye también la existencia de una explicación alternativa a la concertación antitrust en términos similares a los planteados por el aquí recurrente subrayando 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 y se hacia referencia a

1) la existencia de un factor histórico, ya que la obligatoriedad del 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.

2) un factor internacional o comparado 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.

3) 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 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). "

En esta instancia la parte practicó prueba pericial y uno de sus extremos era acreditar que las tarifas aplicadas por Mapfre no fueron homogéneas pero hay que precisar que esa prueba es irrelevante en este recurso 1) no se cuestiona que Mapfre puede aplicar los misma guía de tarificación a todos sus asegurados, lo que se debate en este recurso es la homogeneidad de tarifas entre competidores no la homogeneidad de tarifas aplicados por una aseguradora a sus asegurados. 2) La aplicación de las mismas tarifas no implica que la prima sea idéntica ya que las características de las viviendas no son similares 3) el perito no acredita que no existiera homogeneidad en las pólizas que analiza (213 pólizas correspondientes a los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada uno de los período 2002 a 2010) en cuanto a los precios mínimos pactados ya que no se aporta la hoja de tarificación para constatar si se han aplicado tasas suplementarias si las características técnicas del edificio determinan un mayor riesgo (número de sótanos, número de plantas sobre rasante). Como hemos señalado el acuerdo sobre precios mínimos no se refieren a todos los parámetros incluidos en las guías de tarificación sino a los precios mínimos por los conceptos que se indican en el hecho probado 25 (folio 29 de la resolución recurrida). Por tanto no alcanza a las tasas suplementarias si las características técnicas de los edificios determinan un mayor riesgo (número de sótanos, número de plantas sobre rasante, etc.), tasa suplementaria que señala la CNC 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 (folio 60 de la resolución recurrida). Por otra parte se trata de acuerdos de precios mínimos por lo que no cuestiona la CNC que la aseguradora podía fijar un precio superior



4) el propio recurrente ha aportado una explicación alternativa a esa homogeneidad de precios mínimos por lo que no puede al mismo tiempo sostener que no son homogéneos.

B) .Respecto a que el acuerdo de tasas mínimas eliminó la competencia.

Hay que tener en cuenta que ese supuesto acuerdo de tasas, primas y precios mínimos no ha alcanzado tal como reconoce la Dirección de Investigación y segunda la CNC (folio 70 de la resolución recurrida) ni a las comisiones de reaseguro que pagan a las aseguradoras cedentes, ni a las tasas adicionales o suplementarias que algunas aseguradoras establecen cuando determinadas características de la construcción determinan un mayor riesgo (número de sótanos, plantas sobre rasante) tasa que se añade a la mínima pactada y por tanto son aplicables al mejor riesgo. Tampoco forma parte del acuerdo los recargos, descuentos en función del tipo de suelo, pendiente, nivel freático cimentación, tipo de estructuras que aplican algunas de las aseguradoras. No se analiza en la resolución recurrida la relevancia de estos hechos sino que se limita la CNC a indicar que en los hechos probados existe evidencia suficiente de que la finalidad era eliminar la competencia e incrementar los precios (folio 70) señalando que " los datos de ICEA recogidos en el cuadro nº 1 del HP 2.4 confirman como efectivamente en el año 2002 se produce un incremento de las tasas medias respecto a 2001 que prosigue en años posteriores ". (folio 71) y que el acuerdo de fijación de precios ha permitido a las empresas infractoras mantener sino mejorar su cuota conjunta de mercado, en un contexto de demanda creciente. Estos argumentos no convencen a esta Sala.

1) Ya hemos argumentado en el fundamento de derecho sexto que de los hechos probados 3 a 12 no puede deducirse la existencia de un acuerdo para eliminar la competencia. El seguimiento del comportamiento por parte de Mapfre de competidores no tenía un objeto anticompetitivo sino conseguir que sus reaseguradoras mejoraran sus condiciones, siendo lícitos los acuerdos verticales de asegurador-reaseguradora de fijación de tasas mínimas a mejor riesgo en la modalidad de contratos de reaseguro obligatorios proporcionales.

2) No se discute que la aplicación de los acuerdos verticales aseguradora y reaseguradora ha determinado que la competencia ha sido limitada, pero la propia CNC no pone en cuestión la licitud 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 (sólo los cuestiona en la medida que tiene un origen concertado entre aseguradoras y reaseguradoras, lo que ha quedado descartado en este recurso en relación a Mapfre). Por otra parte nada impide que a partir de ese precio mínimo que es necesario respetar para obtener el reaseguro, las aseguradoras oferten sus propios precios o primas comerciales.

C) Respecto a que se incrementaron los precios.

La Dirección de Investigación parte de datos de ICEA del año 2006 para realizar unas tablas para cuantificar el impacto del acuerdo en el nivel de la tasa media del SDD concluyendo que existe un continuo incremento de la tasa comercial hasta un total de 10 puntos porcentuales entre 2002-2006 como efecto del acuerdo de precios mínimos.

Varias de las empresas sancionadas hicieron referencia la imposibilidad de utilizar los Informe estadísticos de ICEA para extraer conclusiones sobre el comportamiento de la tasa comercial en el periodo examinado por la DI dado el carácter provisional, mutable y extraordinariamente heterogéneo de los datos base., el hecho de que las tablas de "Datos Generales" y "Obra fundamental" de los informes de ICEA incluyen no solo edificios de viviendas sino también otros edificios como hoteles, oficinas..., por lo que no son utilizables en un expediente que se limita al SDD para edificios de viviendas. En relación a este punto es importante destacar ya que no se hace referencia en la resolución recurrida, que la propia ICEA manifestó folio 13001 parte confidencial.

" De la información del informe ICEA de 2007 se desprende que los precios y la evolución de las tasas medias en el período considerado no fueron los indicados en el PCH y que incluso se produjo un descenso favorable de los mismos en determinados años del período considerado, así como una tendencia decreciente constante al final de dicho período, como consecuencia de la agresiva competencia entre las aseguradoras que ofrecen este producto.

Las variaciones anteriores invalidan los cálculos realizados por la Dirección de Investigación a los efectos de considerar al evolución de los precios en el período considerado dado que las tasas medias reales no podrán calcularse de manera efectiva hasta que pase el período de cobertura del SDD y no e puedan producir ya variaciones de los datos en períodos posteriores ".

La CNC (folio 73) reconoce " el valor probatorio relativo " de las tablas del HP 59 para cuantificar el impacto del acuerdo en el nivel de la tasa media del SDD y para suplir esas deficiencias de prueba alude a que los hechos probados 3 a 12 acreditan que el objeto y el efecto del acuerdo de precios mínimos era eliminar la competencia y que ese objetivo se alcanzó. Tampoco convencen estos argumentos a la Sala



1) Los hechos probados 3 a 12 referidos a los contactos en el año 2001 entre aseguradoras y reaseguradoras y puesta en marcha del acuerdo ya han sido analizados en el fundamento de derecho sexto y hemos señalado que de los mismos no puede deducirse la existencia de un acuerdo entre aseguradoras y reaseguradas para fijar unos precios mínimos aplicables al mejor riesgo.

2) En este recurso se practicó prueba pericial que acredita que la evolución de las tasas medias del seguro decenal obligatorio fue similar a al del no obligatorio y que en ambos casos la evolución de la demanda fue el factor determinante de las modificaciones en los niveles medios de tasas (conclusión tercera, pagina 3). La CNC da una respuesta escueta en relación a la similar evolución del seguro decenal obligatorio y el no obligatorio afirmando que el acuerdo también se extendió al seguro no obligatorio (folio 73) remitiéndose al resumen de ASEFA de la reunión de 7 de mayo de 2002 en el que se indica que " *se deja claro que las condiciones estipuladas debe ser para todos los casos*" (...) *y si posibilidad de reducciones, bonificaciones ni otras zarandajas* ", pero se considera que esa prueba es insuficiente al no venir acompañada de otros indicios y de hecho no se impone ninguna sanción por un supuesto acuerdo fuera del supuesto del seguro decenal obligatorio.

Hace referencia el recurrente además a dos indicios que revelan su falta de interés en participar en un cartel como son el hecho de que la cuota de Mapfre descendió notablemente durante el tiempo de comisión de la supuesta infracción. Así el informe pericial señala que Mapfre experimentó una caída de 5 puntos porcentuales dado que contrasta con el notable incremento que registró en ese tiempo en todos los demás ramos y por otra parte la retención conjunta de riesgos por parte de Mapfre Empresas y Mapfre Re en el seguro decenal entre 2002 y 2007 fue entre el 10% y el 25% muy inferior si se compara con el nivel de retención en otros ramos del seguro que se situó entre el 40% y el 95% Mapfre Re no habiendo la CNC dado respuesta a esa alegación.

OCTAVO: En conclusión siendo insuficientes las pruebas utilizadas en la decisión impugnada para demostrar la existencia de infracción (prueba documental, análisis de efectos en el mercado de la aplicación del acuerdo que según la CNC eliminaron la competencia e incrementaron los precios) y existiendo una alternativa verosímil a las tesis de la Comisión Nacional de la competencia, procede anular la resolución en relación a la parte recurrente.

Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Sexta ampliada) en sentencia de 16 junio 2011 en el asunto Heineken Nederland T-240/07 a la que ya hemos hecho referencia (52) *En el caso de que la Comisión invoque pruebas documentales en apoyo de su conclusión sobre la existencia de un acuerdo o una práctica contrarios a la competencia, incumbe a las partes que impugnan esta apreciación ante el Tribunal no sólo presentar una alternativa verosímil a la tesis de la Comisión, sino también denunciar la insuficiencia de las pruebas utilizadas en la Decisión impugnada para demostrar la existencia de la infracción (sentencia JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el anterior apartado 50, apartado 187)* . Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Sexta ampliada) en sentencia de 16 junio 2011 en el asunto Heineken Nederland T-240/07 .

" (54) *La existencia de una duda en el ánimo del juez debe favorecer a la empresa destinataria de la decisión mediante la que se declara una infracción, tal como exige el principio de presunción de inocencia el cual, como principio general del Derecho de la Unión Europea, se aplica, en particular, a los procedimientos relativos a violaciones de las normas de competencia aplicables a las empresas que puedan conducir a la imposición de multas o multas coercitivas (sentencia Hüls/Comisión, citada en el anterior apartado 46, apartados 149 y 150, y sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre 2006, Dresdner Bank y otros/Comisión, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP, Rec. p. II-3567, apartados 60 y 61)* ." (fundamentos de derecho sexto a octavo)

TERCERO .- Sobre el primer motivo, relativo a la motivación.

En el primer motivo la Administración del Estado sostiene que la premisa sobre la que se apoya la Sentencia es la afirmación efectuada en el fundamento de derecho octavo de que son "insuficientes las pruebas utilizadas en la decisión impugnada para demostrar la existencia de infracción (prueba documental, análisis de efectos en el mercado de la aplicación del acuerdo que según la CNC eliminaron la competencia e incrementaron los precios)", así como que existe una alternativa verosímil a las tesis de la Comisión Nacional de la Competencia. Pues bien, afirma el Abogado del Estado, existe una clara falta de motivación necesaria para llegar a esa conclusión.

El motivo es rechazable. La Sentencia impugnada puede resultar discutible en su interpretación de la prueba y en su aplicación del derecho, pero lo que resulta manifiesto es que explica de manera amplia y razonable las razones que le llevan a estimar el recurso contencioso administrativo, sin que sea posible rechazar las valoraciones probatorias de la Sentencia por el hecho de que resulten favorables a las tesis de la recurrente. Los fundamentos de la Sentencia que se han reproducido muestran una motivación clara y que en forma alguna puede calificarse de arbitraria: no existe prueba directa de una participación de la actora en acuerdos



colusorios (fundamento sexto), y las pruebas indirectas aducidas, o no le resultan convincentes a la Sala, o encuentra que resulta más verosímil la explicación alternativa ofrecida por la recurrente (fundamento séptimo). No hace falta reiterar que las valoraciones fácticas incluidas en la explicación ofrecida por la Sentencia pueden ser discutibles, pero lo que resulta plenamente rechazable es la afirmación de la Abogacía del Estado de que la resolución impugnada no ofrece una motivación suficiente para alcanzar la conclusión a la que llega.

CUARTO .- Sobre el segundo motivo, relativo a la naturaleza y contenido de los acuerdos colusorios.

En el segundo motivo el Abogado del estado aduce que la Sentencia infringe los preceptos legales invocados porque considera que el documento titulado "Medidas Correctoras SDD-2002" no reúne los requisitos precisos para ser considerado un acuerdo colusorio. Asimismo, afirma, la Sentencia ignora que los acuerdos de fijación de precios son restrictivos de la competencia por su objeto, y que tal fijación de precios es sancionable tanto si se lleva a cabo directamente como indirectamente. Y, finalmente, resultaría también contraria a derecho la interpretación de la Sala de instancia de que la existencia de una justificación alternativa de la conducta permite exonerar de sanción a los acuerdos anticompetitivos por el objeto.

Ninguna de las tres alegaciones puede prosperar. En cuanto a que un acuerdo anticompetitivo no requiere que sea una especie de "convenio/contrato formal" entre los implicados, en ningún momento la Sentencia impugnada afirma tal cosa. La estimación del recurso contencioso administrativo la basa la Sentencia recurrida en dos premisas: que las recurrentes del grupo Mapfre no participaron en reuniones en las que se cerrase un acuerdo colusorio y que su conducta de seguimiento de las tasas no tuvo un carácter anticompetitivo, sino de defensa legítima de sus intereses comerciales (fundamento sexto); y que no resulta acreditado de forma indirecta de que hubo un acuerdo colusorio entre las empresas imputadas (lo que se viene a rechazar en el fundamento séptimo). Pero no se deduce de los términos de ambos fundamentos que la Sala exonere a Mapfre de haber incurrido en una conducta anticompetitiva por no haberse plasmado ésta en un acuerdo formal.

En cuanto a que la conducta imputada (un acuerdo de fijación de precios) es restrictiva de la competencia por su objeto y que la fijación de precios es sancionable tanto si se lleva a cabo directamente como indirectamente, nada hay tampoco en la Sentencia que lo niegue. Tal como se acaba de señalar, lo que la Sala afirma es que no hay prueba directa ni indirecta de que las recurrentes incurrieran en una conducta anticompetitiva.

Finalmente, tampoco es cierto que la Sentencia recurrida se limite a afirmar en el fundamento de derecho séptimo que la interpretación alternativa de la conducta de las recurrentes baste para exonerarles de acuerdos anticompetitivos por el objeto. Lo que afirma con toda claridad y como ya se ha subrayado es que ni hay prueba directa de una conducta colusoria ni la indirecta resulta a juicio de la Sala inculpativa en el supuesto de autos, puesto que la actuación de Mapfre admite una explicación alternativa que la Sala entiende más verosímil. Y semejante afirmación no resulta contraria ni al derecho de la competencia ni a la jurisprudencia, puesto que en definitiva equivale simplemente a afirmar que la interpretación de los elementos de hecho no permite concluir, a juicio del órgano jurisdiccional, que las concretas sociedades recurrentes en este procedimiento incurriesen en una conducta anticompetitiva.

Así pues, el motivo ha de ser desestimado, pues la Sentencia no incurre en ninguna de las erróneas interpretaciones jurídicas que le achaca el Abogado del Estado.

QUINTO .- Sobre el tercer motivo, referido a la valoración de la prueba.

Finalmente, en el tercer motivo (erróneamente numerado como segundo), el Abogado del Estado, pese a señalar que la valoración de la prueba no puede ser revisada en casación, considera que la apreciación de la misma por parte de la Sala de instancia ha sido ilógica, pues no ha tenido en cuenta toda la contenida en el expediente administrativo y se ha limitado a acoger de forma mecánica las alegaciones de la parte recurrente en la instancia.

No es posible admitir tal argumentación, que constituye la habitual alegación en casación para instar una reevaluación de las apreciaciones de las Salas de instancia sobre hechos y pruebas. Las apreciaciones fácticas son en muchos casos, como es natural, discutibles, sin que ello suponga que caen en la irracionalidad o arbitrariedad o, como aquí se aduce, en una aceptación parcial de las posiciones de una de las partes.

Dicho esto conviene advertir, que esta Sala ha deliberado conjuntamente con el presente recurso los de las restantes sociedades sancionadas por la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2.009 (asuntos 481, 483, 486, 583 y 2.449/2.013). En todos ellos, excepto en el número 486/2013, hemos declarado haber lugar al recurso de casación de la Administración del Estado por apreciar que las diversas compañías de seguros que eran demandadas en dichos procedimientos habían incurrido en la conducta infractora por la que habían sido sancionadas por la resolución de la que también trae causa el presente recurso. Esto es, esta Sala ha entendido que el documento "Medidas correctoras SDD-2002" reflejaba



un acuerdo que, con independencia de que pudiese limitarse a la prima de riesgo pura y no afectase a la prima comercial, contenía previsiones de seguimiento y vigilancia del mismo y sobre la eventual adopción de medidas de represalia que por si mismas eran conductas anticompetitivas constitutivas de infracción.

Es importante dejar constancia de lo anterior para poner de manifiesto que al diferir las diversas sentencias de instancia y diferir también los correspondientes recursos de casación formulados por la Abogacía del Estado, las sentencias de casación también han llegado a resultados diferentes. En particular, en el recurso 486/2.013 y en el que ahora resolvemos, las apreciaciones de hecho de la Sala de instancia sobre la actuación de las empresas recurrentes en ellos excluyendo su participación en la conducta colusoria, apreciación sobre hechos que no es posible revisar en sede casacional, junto con la específica formulación de los motivos en que se basan los recursos de casación del Abogado del Estado, conducen a una decisión desestimatoria de los mismos, en contraste con lo ocurrido en los restantes recursos.

En el caso de autos, con independencia de las afirmaciones de la Sentencia sobre la existencia o no de conducta colusoria entre las compañías de seguros sancionadas, la Sala hace afirmaciones específicas sobre las mercantiles recurrentes que excluyen su participación en los hechos, pues literalmente afirma en cuanto a las reuniones preparatorias del documento "Medidas correctoras SDD-2002" que "no consta que ASEFA y MAPFRE se intercambiaran información sobre los elementos de la tarifa del seguro decenal relacionados con la prima comercial (recargo de seguridad, costes administrativos y margen de beneficios)"; establece que no hubo reuniones de Mapfre con sus competidoras entre 2.002 y 2.006; y finalmente, lo que es más importante, da por acreditado que la conducta posterior de Mapfre se limitó a requerir a las reaseguradoras que no le otorgasen un trato peor que a sus competidoras, pero no a comprobar si éstas cumplían el acuerdo contenido en el referido documento (fundamento de derecho sexto). En suma, la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida excluye que la mercantil recurrente en este procedimiento haya incurrido en cualesquiera actuación colusoria.

SEXTO .- Conclusión y costas.

Lo expuesto en los anteriores fundamentos suponen la desestimación de los tres motivos en que se funda el recurso de casación, por lo que no ha lugar al mismo. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas a la parte recurrente hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales.

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

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 20 de marzo de 2.013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 866/2.009. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho sexto.

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.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-