

**EXPTE. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal
RESOLUCIÓN**

Consejo

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 12 de noviembre de 2009.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición arriba expresada, y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador S/0037/08 *Compañías de Seguro Decenal*, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC contra ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS (ASEFA), CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (CASER), MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (MAPFRE EMPRESAS), MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A. (MAPFRE RE), SCOR GLOBAL P&C IBERICA SUCURSAL (SCOR Ibérica o SCOR), SUIZA DE REASEGUROS IBERICA AGENCIA DE REASEGUROS, S.A. (SUIZA Ibérica o SUIZA), SWISS REINSURANCE COMPANY (SWISS RE) y MÜNCHENER RÜCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT, SUCURSAL EN ESPAÑA Y PORTUGAL (MÜNCHENER o MRSEP), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y en el artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En el número 67 de la revista Construcción Alimarket correspondiente a enero de 2007, se publicó un artículo sobre los seguros para la construcción en España en el que se mencionaba, en relación con el seguro decenal de daños a la edificación, que existía una total homogeneidad en las primas propuestas por las distintas aseguradoras (folio 8).
2. Con el objeto de confirmar esas informaciones, la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) acordó llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación del eventual expediente sancionador. En el marco de este expediente de información reservada, la DI solicitó información a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre las aseguradoras y reaseguradoras que operan en ese mercado en España, evolución del mismo en número de pólizas, primas, cuotas y cualquier otra información que considerara relevante (folio 17), y recibida la respuesta el 17 de octubre de 2007 inspeccionó las sedes sociales de ASEFA, CASER, MAPFRE RE, SCOR y SUIZA.
3. El 28 de enero de 2008 la Dirección de Investigación (DI) acordó la incoación del presente expediente sancionador S/0037/08 *Compañías de Seguro Decenal* contra las aseguradoras y reaseguradoras ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS (ASEFA), CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (CASER), MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (MAPFRE EMPRESAS), MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A. (MAPFRE RE), SCOR GLOBAL P&C IBERICA SUCURSAL (SCOR Ibérica o SCOR GLOBAL), SUIZA DE REASEGUROS IBERICA AGENCIA DE REASEGUROS, S.A. (SUIZA o SUIZA Ibérica), SWISS REINSURANCE COMPANY (SWISS RE) y MÜNCHENER RÜCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT, SUCURSAL EN ESPAÑA Y PORTUGAL (MÜNCHENER o MRSEP).
4. El 21 de noviembre de 2008 la DI notificó a las empresas imputadas y a la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC) el Pliego de Concreción de Hechos (PCH). AUSBANC solicitó ser parte interesada el 21 de febrero de 2008 y fue admitida como tal el 3 de octubre de 2008. En aplicación del art. 33.1 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), el 22 de diciembre de 2008 la DI procedió al cierre de la fase de instrucción y, con fecha 26 de diciembre de 2008, notificó a las partes la Propuesta de Resolución (PR), dándoles plazo para formular alegaciones y, en su caso, proponer la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo, así como la celebración de vista. Desde la notificación de la PR tomaron vista del expediente, el 30 de diciembre de 2008 SCOR Ibérica (folios 10406 a 10409); el 9 de enero SCOR Ibérica (folios 10418 a 10420), MAPFRE EMPRESAS (folios 10422 a 10424) y MÜNCHENER (folios 10426 a 10428); el 12 de enero SUIZA (folios 10443 a 10446); el 13 de enero ASEFA y MÜNCHENER (folios 10453 a 10457) y el 20 de enero de nuevo SCOR Ibérica (folios 11049 a 11051).

5. Han presentado alegaciones a la PR todas las partes interesadas en el expediente. De acuerdo con el art. 51.1 de la Ley 15/2007, la DI formuló Informe y Propuesta de Resolución con fecha 22 de enero de 2009, recibido en la Secretaría del Consejo al día siguiente. El propio día 22 de enero de 2009 tomaron vista del expediente las empresas ASEFA, SUIZA y MRSEP.

6. El día 17 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Registro de la CNC escrito de SCOR Ibérica fechado el 11 anterior, en el que insiste en la afirmación, formulada en su escrito de alegaciones a la PR, de la irregular actuación de la DI al haber admitido como parte interesada a AUSBANC, así como en la publicación de dos periódicos de tirada nacional de artículos relativos a este expediente, con referencias literales al PCH, que considera parciales y tendenciosas, incluyendo uno de esos periódicos la fotografía del Consejero delegado de la matriz de SCOR Ibérica. Señala que estas informaciones han afectado a su reputación, y considera que la DI tiene una responsabilidad directa en la protección de la confidencialidad de los documentos del expediente. Por ello solicita una investigación en profundidad de este incidente para determinar la parte del expediente responsable de esa filtración y de la correlativa infracción de su deber de secreto.

7. El día 25 de marzo de 2009 MRSEP presentó en el Registro de la CNC escrito por el que solicita del Consejo resolviese sobre la confidencialidad solicitada por las partes en sus alegaciones a la PR, y le concediese acceso y vista del Expediente.

8. Por Acuerdo del Consejero Ponente de 15 de abril de 2009, el Consejo informó a MRSEP y a las demás partes interesadas, que

“1. De conformidad con el art. 50.5 de la Ley 15/2007 (LDC), la fase de instrucción del expediente ha concluido, y el mismo ha sido remitido por la Dirección de Investigación (DI) para su resolución por el Consejo.

2. Durante esta fase de resolución del expediente, el Consejo no ha acordado ni prevé acordar la práctica de prueba alguna al amparo de lo dispuesto por el art. 51.1 de la LDC y por el art. 36 números 1 a 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), ni tampoco la celebración de vista con arreglo a los arts. 51.3 LDC y 37.2 del RDC.

3. Del mismo modo, el Consejo tampoco prevé adoptar acuerdo alguno previo a la Resolución que ponga fin al presente expediente sobre las solicitudes de confidencialidad formuladas por las empresas imputadas en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución de la DI.

4. En cualquier caso, de ser adoptada durante esta fase alguno de los acuerdos reseñados, o cualquier otra actuación permitida por la legislación aplicable con incidencia en los derechos de las partes, el Consejo procedería a su notificación a los interesados en los términos y con el alcance que resulte de dicha normativa.”

9. Mediante escritos de fecha de entrada en el Registro de la CNC de 28 de abril de 2009, SWISS RE y SUIZA solicitaron que se les reconociera el derecho a tomar vista del expediente y a obtener copia de los documentos obrantes en el mismo. Por escrito de fecha de entrada en el Registro de la CNC de 4 de mayo de 2009, SCOR Ibérica solicitó

del Consejo que: a) resolviere las solicitudes de confidencialidad realizadas por las partes, con el objeto de poder acceder al expediente; b) ordenase la práctica de la prueba solicitada en su escrito de alegaciones a la PR; y c) la celebración de la vista. Todo ello porque el acceso al expediente y la práctica de la prueba solicitada era “absolutamente imprescindible para el adecuado ejercicio de su derecho de defensa en el presente Expediente”, y la celebración de la vista por su “indudable utilidad para permitir un mejor análisis de las circunstancias valoradas en el Expediente por el Consejo”.

10. En relación con los escritos arriba reseñados y con el escrito de fecha 11 de mayo de 2009 presentado por ASEFA, alegando vulneración de su derecho de defensa (por denegación de las pruebas solicitadas por todas las partes, mantenimiento injustificado de la confidencialidad, e imposibilidad de hacer alegaciones en todas las fases del procedimiento), mediante Acuerdo del Consejero Ponente de 14 de mayo de 2009, el Consejo comunicó a todas las partes que *“A la vista de lo solicitado en dichos escritos, se informa nuevamente a los interesados que encontrándose el expediente en su fase de resolución por el Consejo de la CNC, y no habiendo el Consejo realizado la práctica de prueba alguna o actuación complementaria distintas a las ya acordadas por la Dirección de Investigación, no procede en este momento procesal acceder a la solicitud de acceso al expediente formulada.”*

11. Con fecha 14 de mayo de 2009 MRSEP presentó escrito dirigido al Consejo alegando: a) tener derecho a tomar vista del expediente y a obtener las copias de la documentación obrante en el mismo; y b) tener interés en que se practique la prueba solicitada por las demás imputadas, aunque ella no hubiese solicitado la práctica de prueba alguna, así como que se celebre vista del expediente. SWISS RE y SUIZA, por escrito presentado en el Registro de la CNC el 19 de mayo de 2009, alegaron ante el Consejo, en línea de sus escritos anteriores, que la práctica de la prueba solicitada en sus alegaciones a la PR, así como la celebración de la vista es “necesaria” y “esencial” para garantizar la protección de los derechos de defensa de ambas empresas. Por ello solicitaron del Consejo que acordase la práctica de las pruebas propuestas, la celebración de vista, fijación de fecha y hora para tomar vista del expediente y obtener copia de los documentos obrantes en el mismo. MAPFRE EMPRESAS, mediante dos escritos presentados en el Registro de la CNC con fecha 22 de mayo de 2009, argumentó y solicitó del Consejo: a) ordenase la celebración de vista, y b) permitiese el acceso al expediente y la obtención de copia de los documentos obrantes en el mismo. MAPFRE RE, mediante dos escritos presentados en el Registro de la CNC con fecha 26 de mayo de 2009, con los mismos argumentos que los empleados por MAPFRE EMPRESAS en los escritos antes mencionados, solicitó del Consejo la celebración de vista, acceso al expediente y obtención de copia de los documentos obrantes en el mismo.

12. MRSEP o MÜNCHENER, en escrito registrado en la CNC el 2 de julio de 2009, reiteró al Consejo su alegación (ya formulada ante la DI) de que las bases técnicas en las que se apoya la DI para valorar la evolución de la tasa media (precio medio) del seguro decenal de daños a la edificación en los años 2000-2006 (es decir, el efecto del cártel sobre el mercado) eran erróneas. Un error que se habría puesto de manifiesto al comparar

esa información contenida en la Estadística de ICEA del año 2006 (publicada en junio de 2007) con la Estadística de ICEA del año 2007 (publicada en junio de 2008) para los mismos años 2000-2006. Por ello MRSEP se ha dirigido a ICEA planteándole varias cuestiones relativas al sistema de elaboración de las estadísticas relativas al seguro decenal y el motivo por el que los datos relativos a un mismo periodo varía de unas estadísticas a otras. Adjunta la carta dirigida a ICEA con fecha 19 de junio y su contestación fechada el 25 siguiente. MRSEP termina su escrito solicitando “la admisión y práctica de la prueba propuesta”, que cabe entender es el escrito de ICEA de 25 de junio de 2009, firmado por el Director de Estadísticas, en contestación a su previa petición de aclaraciones de 19 de junio de 2009.

13. Por Acuerdo de fecha 9 de junio de 2009, dictado en aplicación del art. 37.2.c) de la Ley 15/2007, el Consejo acordó la suspensión del plazo máximo para resolver el presente expediente hasta que se de respuesta por la Comisión Europea a la información remitida, o transcurra el término a que hace referencia el art. 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Con fecha 10 de junio de 2009 se remitió a la Comisión la información procedente (f. 11390 a 11393 vlta.).

14. Mediante Acuerdo de 20 de julio de 2009 el Consejo de la CNC resolvió las solicitudes de práctica de prueba, confidencialidad y vista realizadas por las partes. Además, de oficio, acordó que la DI realizase diversas diligencias de prueba y actuaciones complementarias, concediendo a las partes interesadas, de acuerdo con el art. 51.1 de la Ley 15/2007, el plazo de 7 días para formular alegaciones y, en particular, para manifestar su parecer sobre la confidencialidad acordada y denegada por el Consejo. Igualmente, para la práctica de la prueba y actuaciones complementarias ordenadas de oficio se concedió a las empresas requeridas el plazo de 10 días, a contar desde la notificación del acuerdo de práctica de las mismas, a adoptar por la Dirección de Investigación conforme a lo dispuesto por el art. 51.2 de la Ley 15/2007. Asimismo, el Consejo resolvió suspender el plazo máximo para resolver el expediente durante el tiempo en que se sustancian las diligencias de prueba y actuaciones complementarias acordadas.

15. La Asociación ICEA (Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondo de Pensiones) contestó al requerimiento de información ordenado por el Consejo con fecha 29 de julio de 2009 (folios 12239-12276). El 28 de julio de 2009 MRSEP solicitó la ampliación del plazo de 7 días para formular alegaciones al Acuerdo del Consejo de 20 de julio de 2009 y presentar versiones censuradas de diversos escritos, así como del plazo de 10 días para aportar la información requerida por la DI a instancias del Consejo. El 29 de julio de 2009 SWISS Re solicitó la ampliación de citado plazo de 10 días. Mediante Acuerdo del Consejero Ponente de 30 de julio de 2009 se concedió a todos los interesados la prórroga de los plazos referidos, por un periodo de 3 y 5 días hábiles, respectivamente.

16. MAPFRE RE y MAPFRE EMPRESAS presentaron alegaciones al acuerdo de 20 de julio de 2009 con fecha 3 de agosto de 2009. ASEFA, MRSEP y SCOR Ibérica

presentaron alegaciones mediante escritos de fecha 7 de agosto de 2009. SWISS RE y SUIZA hicieron lo propio mediante escritos con fecha de entrada en el Registro de la CNC de 11 de agosto de 2009.

17. Al requerimiento de información dirigido a las empresas imputadas sobre su volumen de negocio, CASER contestó mediante escrito de fecha 3 de agosto de 2009; MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE contestaron mediante escritos de 31 de julio de 2009; MRSEP y ASEFA mediante escritos de 4 de agosto de 2009; y SCOR mediante escrito de 27 de agosto de 2009.

18. El 7 de septiembre de 2009 el Consejo adoptó Acuerdo por el que resolvía la confidencialidad de determinados documentos incorporados al expediente, sobre el acceso al expediente por parte de AUSBANC, admitía una determinada prueba previamente denegada en el Acuerdo de 20 de julio anterior, recordaba el alcance del deber de secreto impuesto a las partes del expediente por el art. 43 de la Ley 15/2007, y concedía a éstas el plazo de 10 días para alegar sobre el alcance o importancia de la práctica de las pruebas admitidas y para valorar el resultado de la actuaciones complementarias practicadas. MRSEP y ASEFA mediante escritos de fecha 14 de septiembre de 2009 solicitaron ampliación del referido plazo, que el Consejo mediante Acuerdo del Consejero Ponente de la misma fecha prorrogó para todos los interesados por 5 días hábiles.

19. SCOR presentó alegaciones por escrito de 18 de septiembre de 2009; AUSBANC hizo lo propio por escrito de fecha 29 de septiembre de 2009; CASER, MRSEP y ASEFA por medio de escritos de fecha 30 de septiembre de 2009; y SUIZA y SWISS RE por escritos de 5 de octubre de 2009. No presentaron alegaciones en este trámite procesal MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE.

20. Por Acuerdo del Consejero Ponente de fecha 15 de octubre de 2009 se comunicó a las partes que el Consejo en su reunión del 14 anterior había acordado levantar la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente de referencia adoptada en el Acuerdo de 20 de julio de 2009, reanudándose el cómputo con efectos desde el 6 de octubre de 2009.

21. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia terminó de deliberar y fallar este expediente sancionador en su reunión de 10 de noviembre de 2009.

22. Son interesados:

- ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS (**ASEFA**)
- CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (**CASER**)
- MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (**MAPFRE EMPRESAS**)
- MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A. (**MAPFRE RE**)
- SCOR GLOBAL P&C IBERICA SUCURSAL (**SCOR Ibérica** o **SCOR**)

- SUIZA DE REASEGUROS IBERICA AGENCIA DE REASEGUROS, S.A. (**SUIZA Ibérica** o **SUIZA**)
- SWISS REINSURANCE COMPANY (**SWISS RE**)
- MÜNCHENER RÜCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT, SUCURSAL EN ESPAÑA Y PORTUGAL (**MÜNCHENER** o **MRSEP**)
- ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (**AUSBANC**)

HECHOS PROBADOS

1. Las partes. La DI describe de la siguiente forma a las empresas investigadas en este expediente sancionador:

1.1. ASEFA es una sociedad anónima con domicilio social en Madrid y un capital social de 10 millones de euros, distribuidos entre las sociedades francesas SOCIETE MUTUELLE D'ASSURANCE DU BATIMENT ET DE TRAVAUX PUBLICS (SMABTP), con un 59,96% y SCOR, S.E., con un 39,79%. ASEFA es filial del grupo SMABTP (folio 6449 confidencial AUSBANC), que es una mutua con más de 70.000 mutualistas. SCOR, S.E. es una sociedad anónima que cotiza en la Bolsa de París.

A su vez, ASEFA es accionista al 100% de la sociedad ASEFA INMUEBLES SOCIEDAD LIMITADA. Su objeto social es la gestión de activos por cuenta de entidades aseguradoras, especialmente en el sector inmobiliario

ASEFA es una entidad aseguradora estrechamente ligada al sector de la construcción y como tal los servicios que ofrece son: el seguro todo riesgo construcción, el seguro de daños a la edificación, el seguro de responsabilidad civil general, profesional y de productos, y el seguro de caución y de afianzamiento de cantidades entregadas a cuenta. ASEFA desarrolla sus actividades principalmente en España (folio 6973).

Esta empresa comenzó a comercializar la póliza de seguro de daños a la edificación en España en 1992. Su actividad hasta el año 2000 fue bastante reducida pues sólo lo demandaban algunos promotores públicos y sociedades francesas acostumbradas a este seguro.

A partir del año 2001 su facturación para el riesgo decenal se incrementó notablemente. Según la información proporcionada por ICEA (vid cuadro 2 *infra*), las primas contratadas por ASEFA correspondientes a este seguro pasaron de 45 millones de euros en 2002 a 102 millones de euros en 2006, lo que supuso un incremento del 126% en 4 años. Tomando como referencia igualmente las primas contratadas, ASEFA ha ostentado la mayor cuota de mercado en este seguro (cerca del 30%), si bien desde 2003 a 2007 ha perdido varios puntos (del 31% al 23,9%) a favor de sus competidoras. En 2008 ha ostentado una cuota del 26%.

El seguro de daños a la edificación representa una parte relevante del negocio global de ASEFA. En concreto, de acuerdo con los datos aportados por la compañía sobre primas

emitidas netas de anulaciones correspondientes al seguro directo más el reaseguro aceptado, en los últimos 6 años (2002 al 2007), el negocio del seguro de daños a la edificación ha representado para ASEFA entre el 58% y el 66% de su negocio global (folio 5186 confidencial). De acuerdo con la legislación vigente durante el periodo 2002/2007 (artículo 57 de la Ley 30/1995 y artículo 57 del Real Decreto Legislativo 6/2004), las entidades aseguradoras autorizadas para la práctica del seguro directo en España pueden aceptar operaciones de reaseguro, en los mismos ramos que comprenda aquella autorización y con arreglo al mismo régimen jurídico. MAPFRE EMPRESAS y ASEFA han aceptado operaciones de reaseguro del seguro de daños a la edificación.

El reaseguro de este riesgo ha sido gestionado por ASEFA de dos formas. Con anterioridad al año 1995, mediante contratos de reaseguro facultativo. En 1995 firmó el primer contrato de reaseguro obligatorio proporcional. La retención para ASEFA en estos contratos comenzó siendo sólo del 5% y fue incrementándose hasta situarse en el 30% a partir de 2004. En 2003, excepcionalmente fue del 43%. El líder de los contratos y principal reasegurador de ASEFA ha sido SCOR. Los siguientes reaseguradores en importancia han sido SUIZA y MÜNCHENER (folio 5191 confidencial).

1.2. CASER se constituyó en 1942. Su capital social se eleva actualmente a 129,9 millones de euros. Está participada por 42 accionistas, entre los que destaca C.A.M.P Zaragoza, Aragón y la Rioja “IBERCAJA” con el 11,9%, las Mutuas Francesas MAAF ASSURANCE y LE MANS CONSEIL con el 10% cada una, la Caja de Ahorros de Asturias (8%) y la Corporación Caixa Galicia, S.A. (6,8%). El resto se reparte entre diversas Cajas de Ahorros, algunas Sociedades de Inversión, la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) y acciones propias de CASER (folio 5371).

Adicionalmente, CASER es cabecera de un grupo de sociedades que desarrollan actividades complementarias de la aseguradora, especialmente en el campo de la prestación de servicios para la tercera edad, administración de compañías de seguros y consultoría.

De acuerdo con sus Estatutos, CASER está autorizada para operar en todos los ramos (19) en los que la Ley clasifica la actividad aseguradora, así como en operaciones de reaseguro y gestión de fondos de pensiones. CASER ejerce su actividad en España.

Con anterioridad al año 2000 CASER no ofrecía en España este seguro tal y como está diseñado actualmente de conformidad con la LOE y el riesgo de ruina de los edificios por vicios de construcción o de dirección, del que debía responder el constructor o el arquitecto durante 10 años, se aseguraba dentro de la modalidad de responsabilidad civil.

Una vez que en el año 2000 la LOE introdujo la obligación de la contratación de este seguro para las viviendas, CASER comenzó a posicionarse en este mercado. Conforme a la información aportada por ICEA, el volumen de primas anuales contratadas por CASER pasó de 19 millones de euros en 2002 a 71 millones de euros en 2006, lo que supuso un incremento del 273% en 4 años. Su cuota de mercado se situó entre el 13% en 2002 y el 19% en 2005 y 2006; en 2008 bajó al 12%. (vid cuadro nº 2 *infra*).

Sin embargo, dentro de la cartera de negocio global de esta compañía, el seguro decenal ocupa una mínima parte. Tomando como base el importe de primas anuales emitidas netas de anulaciones correspondientes al seguro directo aportadas por CASER, en el periodo 2002/2007 el porcentaje que representó varió entre el 0,6% de 2002 y el 4,5% de 2005 (folio 5375).

El reaseguro de este riesgo se ha realizado mediante contratos obligatorios proporcionales con retenciones que han ido incrementándose desde el 5% en 2002 al 15% en 2007. El líder del reaseguro de CASER para el decenal ha sido todos los años SCOR (folio 5375). Le ha seguido en importancia SUIZA y MÜNCHENER.

1.3. MAPFRE EMPRESAS es filial al 100% de MAPFRE-CAJA MADRID HOLDING DE ENTIDADES ASEGURADORAS, S.A. (en adelante MAPFRE CAJA MADRID) que, a su vez, está participada al 64% por MAPFRE, S.A., sociedad que cotiza en las Bolsas de Madrid y Barcelona y en el Mercado Continuo. A su vez el 74% de las acciones de MAPFRE, S.A. están depositadas en una sociedad instrumental denominada CARTERA MAPFRE, SLU, sociedad unipersonal íntegramente participada por la FUNDACIÓN MAPFRE, que está a la cabecera del GRUPO y no tiene ánimo de lucro.

MAPFRE EMPRESAS es la entidad del GRUPO MAPFRE especializada en seguros dirigidos a la cobertura de riesgos industriales y es la matriz de un conjunto de sociedades dependientes dedicadas a las actividades de seguro y reaseguro y de servicios. Su ámbito geográfico de actuación comprende España, países del Espacio Económico Europeo y terceros países.

Como entidad del GRUPO MAPFRE especializada en riesgos de empresas, cuenta con una dilatada experiencia en seguros dirigidos al sector de la construcción, entre otros, el seguro de daños a la edificación, ocupándose directamente de toda la gestión administrativa de las operaciones de seguro decenal: recepción, tramitación, liquidación, pago de siniestros, etc.

Con anterioridad a la publicación de la LOE, el volumen de contratación del seguro de daños a la edificación por parte de esta entidad fue mínimo, pues al no ser obligatorio sólo algunos promotores, especialmente empresas públicas pertenecientes a administraciones autonómicas o locales, lo contrataron. A partir de 2001 la contratación se incrementó.

De acuerdo con los datos proporcionados por ICEA, las primas contratadas pasaron de 30 millones de euros en 2002 hasta alcanzar los 90 millones de euros en 2006, lo que supuso un incremento del 200% en ese periodo. Su cuota de mercado medida en primas contratadas, se ha situado entre el 19% en 2002 y el 26% en 2004 y 2008. En 2007, su cuota fue del 22,1% (vid cuadro nº 2 *infra*).

No obstante, el negocio del seguro decenal supone una parte minoritaria del negocio global de esta compañía. De acuerdo con los datos aportados por MAPFRE EMPRESAS correspondientes a las primas emitidas netas de anulaciones correspondientes al seguro directo más el reaseguro aceptado, el seguro decenal ha representado entre el 2,2% en

2002 y el 7,1% en 2006 del negocio global de la compañía. En 2007, ese porcentaje ha descendido al 4,7% (folio 5460 confidencial).

La estructura básica de reaseguro de MAPFRE EMPRESAS se ha canalizado en su totalidad a través de MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A., entidad que asume la mayor parte de dicha estructura y retrocede posteriormente al mercado internacional de reaseguro la exposición que considera adecuada.

La cesión de los riesgos contratados de seguro decenal se realizó mediante contratos de reaseguro facultativos hasta 1995. En 1996 se suscribió el primer contrato obligatorio proporcional. La retención fue muy baja los primeros años y se fue incrementando en los años sucesivos. Concretamente ha sido del 3,3% en 2003, 6,6% en 2004, 9% en 2005, 12% en 2006 y 15% en 2007 (folio 5458 confidencial).

1.4. MAPFRE RE tiene como accionista mayoritario a MAPFRE, S.A., titular del 91,53% de las acciones que representan su capital social. El resto del capital se distribuye entre 7 accionistas.

MAPFRE RE es una entidad reaseguradora cuyo objeto social exclusivo es la suscripción de todo tipo de operaciones de reaseguro, así como actividades complementarias relacionadas. La actividad de la compañía se desarrolla en el ámbito nacional e internacional, correspondiendo un 34% de las primas a España y Portugal, un 27% a Europa y un 39% al resto del mundo.

En cuanto al tipo de negocio, el porcentaje más elevado de la cartera de MAPFRE RE se suscribe en reaseguro proporcional y le sigue en importancia el no proporcional y el facultativo. Con respecto a los riesgos asumidos, el seguro de daños representa el porcentaje mayor de la cartera.

Su actividad como reaseguradora se divide en dos ámbitos. Por una parte, es la entidad del GRUPO MAPFRE encargada de gestionar el reaseguro y retrocesión de los riesgos asumidos por las distintas compañías del GRUPO. Por otra, actúa como reasegurador de entidades ajenas al GRUPO. De la totalidad de las primas aceptadas durante el periodo 2002/2007, el mayor porcentaje (62%) provino de entidades ajenas al GRUPO y el resto de sociedades aseguradoras integrantes del GRUPO MAPFRE. (folio 5761 confidencial)

Con excepción de alguna operación puntual anterior a 2000, es en este ejercicio cuando comenzó la actividad de MAPFRE RE como reaseguradora del riesgo decenal suscrito en su día por MAPFRE INDUSTRIAL y a partir de 2005 por MAPFRE EMPRESAS. MAPFRE RE también ha reasegurado el riesgo decenal suscrito por otras aseguradoras ajenas al GRUPO MAPFRE a partir de 2003, generalmente en el marco de relaciones globales de reaseguro con determinados clientes. No obstante, el reaseguro del decenal a entidades ajenas al GRUPO ha supuesto sólo el 1,5% durante el periodo 2002/2007 (folio 5761 confidencial).

Desde 2002 a 2007 las primas totales aceptadas por MAPFRE RE por el reaseguro del negocio decenal en España (tanto procedente de empresas del GRUPO como de

entidades ajenas al mismo) ascendió a 307 millones de euros, lo que supuso un 11,1% del volumen de negocio de MAPFRE RE en España (folio 5761 confidencial).

MAPFRE RE ha retrocedido parte del riesgo del seguro decenal al mercado internacional. Al principio, la retención de MAPFRE RE comenzó siendo muy baja (3,3% hasta 2004) y se ha ido incrementando hasta el 10% en 2007. La retención conjunta de MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE ha pasado del 10% en 2004 al 25% en 2007 (folio 5750 confidencial). Las empresas retrocesionarias principales han sido MÜNCHENER y SWISS RE.

1.5. SCOR es actualmente la sucursal en España de la sociedad de derecho francés SCOR GLOBAL P&C, SE (SCOR GLOBAL), participada en un 99,99% por la sociedad SCOR, SE, sociedad que cotiza en la Bolsa de París y cuyo mayor accionista es Patinex AG, que posee el 7,08% de su accionariado.

El objeto social de SCOR GLOBAL es exclusivamente el reaseguro. Concretamente es la sociedad de SCOR SE que se dedica, a través de filiales, sucursales y oficinas, a la suscripción de reaseguro de no vida en todas sus modalidades. El ámbito geográfico de actuación de esta empresa es mundial, con especial incidencia en el continente europeo.

SCOR ejerce su actividad como reaseguradora de los ramos de no vida en la Península ibérica.

Es en 1977 cuando esta reaseguradora inicia su implantación en España mediante la apertura de una oficina de representación. En 1999 se crea SCOR IBERICA SUCURSAL como una sucursal de la sociedad SCOR, S.A. en España y reagrupando en ese momento el reaseguro de vida y no vida. En 2006, SCOR, S.A. decide crear en Francia la filial SCOR GLOBAL P&C (ahora convertida en sociedad europea por lo que se denomina SCOR GLOBAL P&C SE), dedicada a la suscripción del reaseguro de no vida y a la que se traspasan esas actividades con sus correspondientes activos y pasivos. Del mismo modo, en 2006, se traspasó en España la actividad de la antigua SCOR IBERICA SUCURSAL a la actual SCOR GLOBAL P&C IBERICA SUCURSAL.

Con respecto a su actividad en España como reasegurador del riesgo decenal, según los datos proporcionados por SCOR, las primas emitidas por las cedentes y aceptadas en reaseguro por esta entidad correspondientes al seguro decenal en España han pasado de 26,5 millones de euros en 2002 a 63,3 millones de euros en 2007, lo que ha supuesto un incremento del 138% en ese periodo (folio 6181 confidencial).

En 2002 el negocio del decenal representaba el 22% del negocio global de la sucursal en España. Ese porcentaje se incrementó notablemente en los años siguientes, con porcentaje superiores al 45% y un máximo del 53% en 2005 (folios 6182 y 7345 confidenciales).

1.6. SWISS RE y SUIZA. SWISS RE de acuerdo con sus Estatutos adopta diferentes denominaciones en varios idiomas, siendo COMPAÑÍA SUIZA DE REASEGUROS la correspondiente al idioma castellano y SWISS REINSURANCE COMPANY la denominación en inglés. SWISS RE es una sociedad anónima con domicilio en Zurich y

que cotiza en la Bolsa de esa ciudad. Su objeto social y actividad es la asunción de diversos tipos de riesgos asegurados que le son transferidos por entidades aseguradoras, a las que también ofrece otros servicios como asesoramiento, ayuda técnica, formación etc. SWISS RE ejerce su actividad a nivel mundial.

SUIZA es una agencia de reaseguros con forma jurídica de sociedad anónima, propiedad al 100% de SWISS RE y que se constituyó en Madrid en 1992. Esta sociedad también se denomina SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA, AGENCIA DE REASEGUROS, S.A. DE LA COMPAÑÍA SUIZA DE REASEGUROS, SOCIEDAD UNIPERSONAL (folio 5425).

De acuerdo con los contratos de agencia establecidos entre SUIZA y SWISS RE, la primera se ocupa de actividades de promoción, mediación y asesoramiento a las entidades aseguradoras y reaseguradoras para preparar y formalizar los contratos entre SWISS RE y las cedentes. También lleva a cabo la gestión administrativa de las operaciones de reaseguro aceptadas por ésta. Por último, desarrolla los servicios de asistencia y apoyo a la gestión que precise SWISS RE, como investigación, recopilación de información y análisis de riesgos técnicos, económicos, etc.

SUIZA cobra a SWISS RE por la prestación de sus servicios un corretaje.

Los contratos de reaseguro del riesgo decenal con las cedentes CASER y ASEFA, así como los de retrocesión con MAPFRE RE están suscritos por SWISS RE, puesto que es ésta la reaseguradora y SUIZA sólo su agencia.

De acuerdo con la información aportada por SUIZA al expediente, las primas aceptadas por SWISS RE en España, a través de SUIZA, por reaseguro aceptado en el seguro decenal, han pasado de 27,9 millones de euros en 2002 a 100,9 millones en 2005, (lo que supone un incremento del 261% en tres años), y se ha situado en torno a 90 millones de euros en 2006 y 2007 (vid cuadro nº 4 supra). El porcentaje que representa el reaseguro del decenal sobre su negocio global en España ha variado entre el 10% en 2003 y el 39% en 2006 (folio 6287 confidencial).

1.7. MÜNCHENER o MRSEP se constituyó, mediante escritura pública, en junio de 2000 como una sucursal controlada por la sociedad MÜNCHENER RUCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT Aktiengesellschaft in Munchen (en adelante MÜNCHENER RE), que es a su vez una sociedad alemana cabecera de un grupo empresarial que opera a escala mundial, el GRUPO MÜNCHENER RE (en adelante el Grupo MR).

MÜNCHENER RE cotiza oficialmente en las Bolsas alemanas de Frankfurt y Munich. Su principal accionista es actualmente la sociedad americana Alliance Bernstein L.P., titular de aproximadamente el 5% de su capital.

El Grupo MR estructura su actividad en tres áreas: el reaseguro, en el que opera en muchos países y en diferentes ramos; el seguro directo, fundamentalmente en las áreas de salud, vida y daños en Alemania y en menor medida en otros países europeos; y gestión

de activos, fundamentalmente del propio Grupo MR y, en menor medida de otros inversores.

MR inició su actividad en España en 1954 a través de un agente. A partir de 1976 dicha actividad se desarrolló a través de una sociedad anónima, con varias denominaciones, la última de ellas MÜNCHENER CORREDURÍA DE SEGUROS. El 29/12/2000, se vendieron todos los derechos y bienes de esa última sociedad a MRSEP.

MRSEP realiza sólo para España y Portugal una de las actividades del Grupo MR: el reaseguro, y dentro de éste opera en los ramos de vida, transporte, incendios, otros daños a los bienes, automóviles, responsabilidad civil, daños accidentes, crédito y caución, pérdidas pecuniarias diversas y multiriesgos.

Con anterioridad al año 2000 el peso que representaba el negocio del seguro decenal en el conjunto del negocio de MÜNCHENER RE en España era muy marginal (inferior al 1%), ya que la demanda de este producto era muy limitada y se reducía prácticamente a promotores o constructores franceses que ya lo conocían por ser de suscripción obligatoria en ese país.

Tras la entrada en vigor de la LOE el volumen de negocio de MÜNCHENER como reaseguradora del seguro decenal en España se incrementó notablemente. Concretamente, las primas emitidas por las cedentes y aceptadas por esta entidad pasaron de 26,6 millones de euros en 2002 a 67,3 millones de euros en 2006, lo que supone un incremento del 153% en cuatro años. En 2007 dichas primas se han situado en 55,9 millones de euros en 2007 (folio 7237 confidencial)

Durante el periodo 2002/2007, el reaseguro del decenal ha representado entre el 8% y el 15% del negocio global de MÜNCHENER en España (folio 7237 confidencial).”

2. El mercado del seguro de daños a la edificación y su reaseguro en España

De acuerdo con la información incorporada al expediente, tanto en la fase de instrucción ante la DI y como en la fase de resolución ante el Consejo, éste considera relevantes para la resolución de este expediente los datos siguientes:

2.1. El seguro de daños a la edificación

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

El seguro de daños materiales a diez años garantiza los daños causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen en elementos estructurales (cimentación, soportes, vigas, forjados, muros de carga, etc.) y que comprometan su resistencia o estabilidad, siendo de suscripción obligatoria para todos los edificios nuevos destinados a viviendas. No obstante, también puede contratarse de forma voluntaria para edificios con otros usos (oficinas, hospitales, centros comerciales, etc.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 25 del RDL 6/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (el art. 24 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Seguros Privados, que sería de aplicación a las conductas entre 2002 y 2004, tiene la misma redacción) establece que las tarifas de primas deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora

satisfacer las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y constituir las provisiones técnicas adecuadas. Asimismo, responderán al régimen de libre competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes. Las entidades aseguradoras podrán establecer ficheros comunes para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico actuarial para la tarificación y selección de riesgos.

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

- La prima de tarifa se ajustará a los principios de indivisibilidad, suficiencia y equidad, y estará integrada por:
 - la prima pura o de riesgo,
 - el recargo de seguridad, en su caso, y
 - los recargos necesarios para compensar a la entidad de los gastos de administración y adquisición, así como por el posible margen o recargo de beneficio. Los gastos de gestión de los siniestros se incluirán en todo caso en la prima pura.
- Las bases técnicas deberán ser suscritas por un actuario de seguros y comprenderán, entre otros, los siguientes apartados:
 - información estadística sobre el riesgo. Se aportará la estadística utilizada, el tamaño de la fuente, método de obtención, periodo al que se refiere, etc.
 - recargo de seguridad, destinado a cubrir las desviaciones aleatorias desfavorables de la siniestralidad esperada y que deberá calcularse sobre la prima pura,
 - recargos para gastos de gestión,
 - recargo para el beneficio o excedente, que se destinará a incrementar la solvencia de la empresa,
 - cálculo de la prima. En función de las bases estadísticas y financieras, se establecerá la equivalencia actuarial para fijar la prima pura que corresponda al riesgo a cubrir más los gastos de gestión de los siniestros. Tomando como base la prima pura y los recargos, se obtendrá la prima de tarifa comercial.

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

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

Con anterioridad al año 2000, el riesgo que garantizaba el actual seguro decenal de daños a la edificación se cubría en España principalmente mediante el seguro de

responsabilidad civil de arquitectos y constructores, dado que el artículo 1.591 del 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.

En el cuadro siguiente se detallan las principales magnitudes de este seguro durante los últimos 9 años:

Cuadro nº 1: Datos generales del seguro de daños a la edificación a 31 de diciembre de 2008

Año de emisión de la póliza	Nº de pólizas emitidas	Suma asegurada (miles de euros)	Primas contratadas (miles de euros)	Crecimiento (calculado sobre el volumen de primas contratadas)	Tasa media (B/A)*100	% Incremento
2000	2.042	2.193.975	15.056		0,69%	
2001	14.948	10.471.910	65.486	335%	0,63%	-6
2002	26.143	21.922.843	14.5258	122%	0,66%	3
2003	26.302	31.062.129	225.002	55%	0,72%	6
2004	32.559	41.865.225	312.895	39%	0,75%	3
2005	35.157	46.650.215	355.069	13%	0,76%	1
2006	38.111	52.080.802	386.404	9%	0,74%	-2
2007	36.508	50.505.917	355.557	-8%	0,70%	-4
2008	17.515	25.632.962	174.116	-51%	0,68%	-2

Fuente: Elaboración de la CNC a partir de Estadística ICEA 2008

Además, dado el carácter obligatorio de la suscripción del seguro a diez años para daños estructurales en los edificios de viviendas, éste es el que ha tenido una mayor relevancia en volumen de negocio para las entidades aseguradoras durante los últimos años, en comparación con las coberturas a tres años. En concreto, según los datos proporcionados por ICEA, durante los años 2001/2006 las primas contratadas correspondientes a la obra fundamental supusieron cada año en torno al 80% de las primas totales anuales

contratadas para este seguro (cálculo de la DI sobre datos de ICEA, folios 3693 vlt. y 3694).

2.5. Oferta en el mercado de seguros de daños a la edificación

Las principales entidades que han proporcionado este seguro en España durante el periodo 2002/2008 son las que figuran en la tabla siguiente, en la que se ha reflejado su volumen de negocio por primas contratadas en millones de euros y su cuota de mercado

Cuadro nº 2: Ranking de entidades de seguro de daños a la edificación por cuotas de mercado (CM)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
ENTIDADES ASEGURADORAS	CM						
ASEFA	29%	31%	29%	29%	27%	23,9%	26%
MAPFRE EMPRESAS	19%	23%	26%	21%	24%	22,1%	26%
MUSAAT	10%	4%	4%	4%	3%	11,3%	15%
CASER	13%	12%	15%	19%	19%	16,0%	12%
VITALICIO SEGUROS	5%	3%	3%	3%	4%	6,8%	6%
WINTERTHUR SEGUROS	6%	6%	6%	8%	8%	6,2%	5%
ALLIANZ	1%	4%	4%	5%	6%	5,3%	5%
OTRAS	16%	17%	13%	10%	9%	8,3%	5%
TOTAL MERCADO [1]	100%	100%	100%	100%	100%	100,0%	100%

Fuente: Elaboración de la CNC a partir de ICEA (2004-2008). CM: cuota de mercado

2.6. El reaseguro del seguro de daños a la edificación

El reaseguro es un contrato por el cual un reasegurador toma a su cargo un riesgo, o una parte del mismo, ya cubierto por otro asegurador. Mediante estas operaciones las compañías de seguros reparten y diversifican el riesgo asumido.

De acuerdo con el art. 57 del RDL 6/2004 (el art. 57 de la ley 30/1995, que sería de aplicación para las conductas entre 2002 y 2004, tiene una redacción similar.) de Ordenación de los Seguros Privados, únicamente pueden aceptar operaciones de reaseguro:

- Las sociedades anónimas españolas que tengan por objeto exclusivo el reaseguro.

- Las entidades aseguradoras autorizadas para la práctica del seguro directo en España, en los mismos ramos que comprenda esa autorización.
- Las entidades de reaseguro extranjeras que operen en su propio país y establezcan sucursal en España. Esta ha sido la forma jurídica elegida para la actuación de SCOR en España desde 1999 (folio 6185) y de MÜNCHENER desde el año 2000 (folio 5432).
- Las entidades aseguradoras y de reaseguro extranjeras que operen en su propio país y no tengan sucursal en España o que, teniéndola, aceptasen las operaciones de reaseguro desde su domicilio social o, en el caso del Espacio Económico Europeo, desde sucursales establecidas en cualquiera de los Estados miembros. Esta fórmula ha sido la elegida por la COMPAÑÍA SUIZA DE REASEGUROS, pues es ella desde Suiza la que ha aceptado las operaciones de reaseguro del seguro de daños a la edificación, y su filial en España (SUIZA DE REASEGUROS IBERICA AGENCIA DE REASEGUROS, S.A. DE LA COMPAÑÍA SUIZA DE REASEGUROS SOCIEDAD UNIPERSONAL) ha actuado como agente (folio 6285).

Por otro lado, este mismo artículo establece que las entidades exclusivamente reaseguradoras no podrán extender su gestión cerca de los tomadores de seguro o de los asegurados.

Tipos de contratos de reaseguro: facultativo, obligatorio proporcional y obligatorio no proporcional o de exceso de siniestro

Con anterioridad al año 1995, el seguro de daños a la edificación se reaseguraba casi exclusivamente mediante **contratos facultativos**, dado que se realizaban muy pocas operaciones (folios 6213, 5433 y 5351). Mediante este tipo de contratos se reasegura un riesgo concreto e individual en unas condiciones determinadas, acordadas para ese riesgo entre la aseguradora y la reaseguradora. Ambas entidades tienen la “facultad” de decidir si aceptan o rechazan la cesión o aceptación del riesgo y las condiciones del seguro y del reaseguro (prima, comisión de reaseguro, etc.). Cualquier cambio en las condiciones originales de la póliza debe ser comunicado y negociado entre las partes (folio 6285).

A partir de 1995 este tipo de contratos ha seguido suscribiéndose, pero sólo para edificios que por sus características implican mayor riesgo y por tanto no tienen cabida en los contratos obligatorios proporcionales que se describen a continuación.

Desde 1995 y sobre todo a partir del año 2000, coincidiendo con la eclosión del seguro decenal por la entrada en vigor de la LOE, el reaseguro del riesgo de daños a la edificación en España se ha realizado principalmente mediante **contratos de reaseguro obligatorios proporcionales**.

Este tipo de contratos de reaseguro cubre la totalidad de las pólizas que la aseguradora suscribe en un determinado ramo o modalidad de seguro, durante un plazo determinado (normalmente un año), “cediéndose” a la reaseguradora un porcentaje de todos los riesgos y un porcentaje de las primas. El resto del riesgo y de la prima lo “retiene” la

aseguradora. Por ello, ha de determinarse en el contrato el porcentaje de “cesión” y el porcentaje de “retención”. También se fija una capacidad máxima o importe total de los riesgos a asumir bajo el contrato, así como la comisión de reaseguro que la reaseguradora debe pagar a la aseguradora a cambio de la cesión del negocio y para compensarle por los gastos de gestión y administración.

Mediante este tipo de contratos, el reasegurador recibe una cartera de riesgos más equilibrada que en otras formas de reaseguro, por lo que suele otorgar una mayor capacidad de reaseguro a las cedentes, permitiéndoles suscribir un mayor volumen de negocio (folio 6201). Según MAPFRE, esta modalidad de reaseguro fue la única capacidad disponible en el mercado internacional en un primer momento tras la entrada en vigor de la LOE (folio 6210).

Para entender el funcionamiento de este mercado y las conductas investigadas en el expediente de referencia, es necesario describir una tercera modalidad de reaseguro, encuadrada en los **contratos de reaseguro obligatorios no proporcionales para exceso de siniestro**.

Bajo este tipo de contratos quedan cubiertas también todas las pólizas que se suscriben en un ramo determinado durante un ejercicio, pero ya no se cede una parte proporcional del negocio, sino que se fija un importe por cada siniestro denominado “prioridad”, que es el que asume la aseguradora, y la cantidad que excede del mismo corre a cargo del reasegurador. Es decir, este último sólo responde cuando el riesgo o pérdida de la aseguradora en un siniestro excede de una determinada cantidad, lo que permite un menor coste de reaseguro para la cedente.

La remuneración que recibe el reasegurador por parte de la aseguradora deja de ser una parte proporcional de las primas, para convertirse en un importe o precio del reaseguro que se calcula de acuerdo con sus criterios y experiencia. No obstante, estos programas suelen implicar una menor capacidad de reaseguro, lo que exige una mayor retención de riesgo por parte de la cedente (folio 6202).

MUSAAT obtuvo reaseguro para 2007 mediante esta modalidad de reaseguro obligatorio no proporcional para exceso de siniestro (HP 40 y 49), que también ha pasado a ser utilizado por otras empresas investigadas.

En los contratos de reaseguro en general, y en los analizados en el expediente en particular, suelen participar varias reaseguradoras para lograr con ello una adecuada diversificación del riesgo. Suele haber también un reasegurador líder, que es habitualmente el que negocia las condiciones con la aseguradora y el que participa en un mayor porcentaje de la parte cedida.

También las reaseguradoras pueden retroceder a su vez una parte de su negocio a otra u otras reaseguradoras mediante contratos de retrocesión.

2.7. Estructura y evolución del mercado de reaseguro del seguro de daños a la edificación en España

Las principales reaseguradoras del seguro de daños a la edificación en España durante el periodo 2002/2008 han sido SUIZA, SCOR y MÜNCHENER. MAPFRE RE ha actuado también como reaseguradora de este seguro. Sin embargo, se ha centrado fundamentalmente en reasegurar a entidades de su Grupo (folio 5761 confidencial de MAPFRE RE). Además, ha retrocedido el riesgo asumido a las principales reaseguradoras mencionadas, actuando de un modo similar al resto de cedentes. En consecuencia, en el análisis de este mercado que se expone a continuación, se ha considerado a MAPFRE RE junto con MAPFRE EMPRESAS, como cedente, es decir, como demandante de este reaseguro.

Para apreciar mejor la dimensión de este negocio en España, en el cuadro siguiente se detalla el importe de las primas aceptadas en reaseguro procedentes del seguro decenal en España por parte de las tres principales reaseguradoras durante el periodo 2002/2007 (folios 7237 de MÜNCHENER, 6287 de SUIZA y 7345 de SCOR confidenciales).

Cuadro nº 3: Volumen de negocio del reaseguro del seguro de daños a la edificación. Primas aceptadas por las principales reaseguradoras.

ENTIDADES REASEGURADORAS	PRIMAS ACEPTADAS (importe en millones de euros)						
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
SUIZA	27,9	25,9	32,9	100,9	91,6	90,8	24,2
SCOR	26,5	44,7	40,4	54,4	78,7	63,4	29,6
MÜNCHENER	26,6	35	47,3	49,8	67,3	55,9	22,2
TOTAL	81	105,6	120,6	205,1	237,6	210,1	76,0

Fuente: Elaboración de la CNC a partir de información remitida por las partes.

Los datos utilizados en la serie 2002-2007 corresponden a la información disponible en 2007, utilizada en el PCH. No se ha actualizado la serie completa en 2008 al no disponer de información de todas las empresas para dicho período. El dato de 2008 de Suiza corresponde a las primas devengadas brutas (no se dispone de información sobre si el resto de los datos corresponde al mismo epígrafe).

No se dispone de datos públicos sobre cuotas de reaseguro del Seguro de daños a la edificación en España. Además, dichas cuotas no han podido calcularse con exactitud, al desconocerse el total de las primas aceptadas en reaseguro. Sin embargo, puede estimarse el peso relativo de estas entidades calculando el porcentaje que representan las primas aceptadas en reaseguro por cada compañía, en relación con los importes totales de primas contratadas anuales que proporciona ICEA correspondientes al negocio directo y que se detallaron en el cuadro nº1. En la tabla siguiente se reflejan los porcentajes resultantes.

Cuadro nº 4: Estimación de las cuotas de reaseguro de daños a la edificación en España. Primas aceptadas en reaseguro por cada entidad sobre el total de primas contratadas en seguro directo.

ESTIMACIÓN DE CUOTAS DE REASEGURO EN ESPAÑA							
ENTIDADES REASEGURADORAS	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
SUIZA	19%	11%	10%	28%	24%	25%	14%
SCOR	18%	19%	13%	15%	21%	17%	17%
MÜNCHENER	18%	15%	15%	14%	18%	15%	13%
TOTAL CUOTAS	55%	44%	38%	58%	63%	58%	44%

Fuente: Elaboración de la CNC partir de datos proporcionados por ICEA (2004-2008) y por las reaseguradoras. Los datos utilizados en la serie 2002-2007 corresponden a la información disponible en 2007, utilizada en el PCH. No se ha actualizado la serie completa en 2008 al no disponer de información de todas las empresas para dicho período.

La mayor parte del reaseguro del seguro de daños a la edificación en España durante el periodo 2002/2007 se ha canalizado a través de contratos obligatorios proporcionales. Concretamente, las primas aceptadas en reaseguro procedentes de contratos facultativos ha representado para MÜNCHENER sólo el 8% del total de su reaseguro del decenal en España (folio 7237 confidencial de MÜNCHENER), para SUIZA el 4,5% (folio 7065 confidencial de SUIZA) y para SCOR el 10% (folio 7345 confidencial de SCOR). Los contratos de reaseguro obligatorios no proporcionales de exceso de siniestro han sido prácticamente inexistentes.

De la información contenida en los cuadros de reaseguro y retrocesión enviados por ASEFA, CASER, MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE, durante los años 2002/2007, se desprende lo siguiente (folios 6164 de MAPFRE RE, 5191 de ASEFA, 5375 de CASER confidenciales):

- Se confirma que el reaseguro de este negocio en España ha estado copado principalmente por SCOR, SUIZA Y MÜNCHENER, dado que estas tres entidades han sido las que han aceptado la mayor parte del riesgo y de las primas cedidas en los contratos de las tres principales cedentes del mercado: ASEFA, MAPFRE (EMPRESAS y RE) y CASER.
- Para estas tres cedentes, el reaseguro del decenal ha estado muy concentrado, ya que entre el 60% y el 80% del riesgo y de las primas ha sido cedido a las tres principales reaseguradoras (SCOR, SUIZA y MÜNCHENER). Sólo entre los años 2003 y 2005 ASEFA ha cedido porcentajes inferiores (entre el 40% y el 50%).

- A continuación se relacionan el resto de reaseguradoras que han participado en el negocio del reaseguro del decenal en España durante el periodo analizado, al haber suscrito contratos de reaseguro con las principales cedentes (ASEFA y CASER) y de retrocesión con MAPFRE RE, si bien con porcentajes generalmente inferiores a los asumidos por las tres principales reaseguradoras, salvo algún caso excepcional (folios 5375 de CASER, 5191 de ASEFA y de 6164 MAPFRE RE confidenciales):

SMABT; GE FRANKONA; NACIONAL DE REASEGUROS; XL RE; GENERAL COLOGNE; PARTNER RE; GERLING GLOBAL; NOUVELLE RE; HANNOVER; R+V; LE MANS RE; Y EVERESTRE

Implantación del SDD por la LOE y los primeros contactos entre aseguradoras y reaseguradoras

3. El cuadro nº 1 del HP 2.4 refleja una caída de la tasa media del SDD en el año 2001 y una recuperación e incremento de la misma en 2002 y en los años inmediatamente posteriores. Este dato es confirmado por las propias empresas investigadas. En un documento interno de SUIZA denominado “Garantía Decenal. Un paseo por la Historia” de agosto de 2006 se describe así la situación: “*Con la Ley en vigor y la necesidad por parte del Promotor de suscribir el correspondiente seguro, las compañías iniciaron la toma de posición en el mercado con el paraguas de los contratos, siempre proporcionales, ofrecidos por MR[SEP], SCOR y Swiss Re, lo que motivó la entrada de otros reaseguradores (...) para mantener su posición de mercado y optando el resto de reaseguradores principales del mercado español por no suscribir este negocio proporcional.*”

Los dos primeros años fueron en cierta medida caóticos por la competencia dentro del seguro directo [...] Sin duda el 2002, fue el año del necesario golpe de timón de algunas reaseguradoras y de las principales compañías aseguradoras al observar una sustancial baja de las primas de riesgo tanto por las menores tasas aplicadas como por las sumas aseguradas que situaban el ratio Euros/m² en valores muy por debajo de los mínimos conocidos en el mercado de la construcción.

Estudios realizados por la SMbtp aplicando las coberturas del mercado español a la estadística siniestral del mercado francés situaban la tasa mínima neta necesaria en el 0,4%, por lo cual, al incrementar gastos externos de gestión y gastos internos de suscripción y administración, no permitían suscribir por debajo del umbral del 0,55% estableciéndose por algunas compañías esta barrera como umbral inicial sobre el que debían aplicarse los incrementos por peligrosidad del riesgo a que hubiera lugar.

Por otra parte la existencia de datos semioficiales de precios de la construcción establecidos por el Consejo General de Notarios y Registradores permitieron a Swiss Re realizar un detallado estudio por Provincias y tipos de construcción, incorporando al mercado los resultados finales que fueron unánimemente acogidos por las aseguradoras

y admitidos por los Promotores ante la evidencia del infraseguro existente en algunos casos” (folios 3371 a 3373 vltta.)

4. 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 y 6498). En la documentación figura MAPFRE INDUSTRIAL, ya que con anterioridad a 2005 MAPFRE EMPRESAS se denominaba MUSINI, SOCIEDAD ANONIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS (MUSINI). Además, en ese año MAPFRE EMPRESAS absorbió a MAPFRE INDUSTRIAL, SOCIEDAD ANONIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS que era la entidad encargada del seguro de daños a la edificación hasta esa fecha.

5. 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) y se acordó establecer unas condiciones de suscripción para ser aplicadas de forma homogénea por todo el mercado. En concreto, en el correo electrónico recabado a este respecto se menciona: “Es evidente, tal y como se acordó en la referida reunión de 6 de julio, que se trata de condiciones a introducir en todo el mercado, y no solamente para ser cumplidas por Mapfre y Asefa, ya que en ese caso carecerían de sentido” (folio 6498).

6. A lo largo de ese verano, se produjeron también diversas reuniones entre MAPFRE EMPRESAS y ASEFA con el objeto de negociar entre ambas entidades las condiciones de suscripción mencionadas en el apartado anterior, para luego tratarlas con el resto de reaseguradores: “Alberto, adjunto te remito el documento que ha preparado Fernando Atares (ASEFA), como resultado de las distintas reuniones mantenidas recientemente con Antonio Ariza (MAPFRE EMPRESAS, antes MAPFRE INDUSTRIAL), y de acuerdo con lo que se había tratado en la reunión mantenida en La Suiza con fecha 6 de julio pasado” (...) “Nota: el subrayado en amarillo es propuesta de Asefa no aceptada por Mapfre y el subrayado en azul es propuesta de Mapfre no aceptada por Asefa (todo ello se vería con la Suiza y, en su caso, con los otros reaseguradores)” (folio 6498).

7. Como resultado de esas reuniones, el 31 de agosto 2001, 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. Entre otros:

- La información técnica mínima necesaria para la suscripción del riesgo y la emisión de pólizas (memoria técnica, planos, informe geotécnico, etc.).
- Aplicación de coeficientes correctores de la tasa de prima, en función del coste por m² declarado por el tomador, para evitar el infraseguro, y establecimiento de un coste mínimo por m² por debajo del cual se solicitaría información justificativa.

- Franquicias máximas y mínimas.
- Duración de las garantías complementarias.
- Tasas mínimas aplicables a riesgos normales.
- Primas mínimas por cobertura. Entre otras, en este borrador se fija en 350.000 ptas. (2.103 euros) la prima mínima por vivienda.
- Tasas mínimas por renuncia a recurso o al derecho de subrogación contra otros agentes intervinientes en el proceso edificatorio distintos del tomador.
- Criterios para aceptar a los Organismos de Control Técnicos.

El precio de este seguro puede establecerse en forma de tasa o porcentaje, que al aplicarse sobre la suma asegurada, da como resultado la prima en valor monetario a pagar por el tomador. En consecuencia, al fijarse una tasa mínima, lo que se está fijando es un precio mínimo.

8. Después del verano continuaron los contactos. 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 este seguro (folio 6447).

9. El 30 de noviembre de 2001 se celebró una nueva reunión en la sede de ASEFA a la que asistieron algunos reaseguradores (no identificados en el documento obtenido). Durante dicha reunión ASEFA expresó su desacuerdo con MAPFRE EMPRESAS sobre diversas cuestiones relacionadas con las medidas correctoras que estaban negociándose (valores de referencia del m² construido, garantías complementarias a 10 años, revalorización automática de la suma asegurada, OCTs, etc.) (folios 6446-6451).

10. 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.

11. 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 6261, 6471 y 6484).

Puesta en marcha del acuerdo en 2002

12. El acuerdo comenzó a aplicarse formalmente en enero de 2002 por algunos operadores (CASER, MUSAAT, MAPFRE EMPRESAS y ASEFA). Este hecho está acreditado mediante la siguiente documentación:

- Los contratos de reaseguro suscritos por CASER con SCOR y SUIZA para ese año incluyen un anexo en el que se recogen los criterios de tarificación mencionados en el apartado anterior. Además, en el artículo 5 de dichos contratos se indica que los riesgos serán tarificados sin consultar al reasegurador y que para ello se dispone de directrices de suscripción y de tarificación adjuntas que le han sido remitidas y que son parte integrante de esos contratos, directrices que recogen las medidas acordadas mencionadas en el punto anterior (folios 3975 a 3980 y 4017 a 4022 confidenciales Caser).
- El contrato de reaseguro suscrito por MUSAAT con SCOR y SUIZA para 2002 incluye igualmente un anexo con la guía de tarificación de SCOR 2002. Además, el artículo 3 de las condiciones generales y el 1 de las particulares vinculan la suscripción a las normas de tarificación que forman parte del contrato (folios 6726, 6735, 6743, 6752, 6757 y del 6763 al 6779 confidenciales Musaat).
- La guía de tarificación con anagrama de SCOR para el año 2002 (folios 6407-6423 confidencial Asefa y Scor).

Las guías o manuales de tarificación son documentos en los que se establecen los criterios que deben seguirse para tarificar los riesgos, es decir, para determinar el precio a pagar por el tomador del seguro. En las guías de tarificación correspondientes a este seguro recabadas en el expediente se recogen las tasas y primas mínimas antes mencionadas, así como el resto de criterios reflejados en el documento “medidas correctoras SDD-2002”, que recoge lo acordado y que constituye el embrión de las guías. Más adelante se describen con más detalle los elementos comunes de las guías de tarificación.

- Las guías de tarificación aportadas por MAPFRE EMPRESAS para el ejercicio 2002 (folios 5499-5549 confidenciales MAPFRE).
- Los contratos de retrocesión suscritos entre MAPFRE RE como cedente y SCOR, MÜNCHENER y SUIZA como retrocesionarios, incluyen en las condiciones particulares un apartado titulado observaciones en el que se establece que el contrato estará sujeto a las normas técnicas de suscripción acordadas entre la cedente y el retrocesionario líder (folios 5775, 5834, 5872, 5893, 5917, 6072, 6083 y 6094 confidenciales MAPFRE RE).
- Un informe interno de SUIZA denominado “*un paseo por la historia*” en el que se describe y justifica el origen del cartel en 2002 con las siguientes palabras: “*sin duda el 2002, fue el año del necesario golpe de timón de algunas reaseguradoras y de las principales aseguradoras al observar una sustancial baja de las primas de riesgo, tanto por las menores tasas aplicadas como por las sumas aseguradas que situaban el ratio euros/m2 en valores muy por debajo de los mínimos conocidos en el mercado de la construcción*” (folios del 3371 al 3373 vlt.).

- Un informe interno de ASEFA denominado “*Preparación Plan Estratégico 2008*”, en el que se reconoce el alineamiento de las tasas del decenal marcado por las reaseguradoras desde 2002 (folio 7453).

Reuniones dirigidas a lograr el cumplimiento de lo pactado por parte de todos los operadores del mercado

13. 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 (BBVA, CAJA DUERO, BANCAJA, etc.) 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. Por ejemplo, no diferenciar entre promotor puro y promotor-constructor en la generación de la tasa para aplicar el recargo correspondiente, o la “*picaresca*” a la hora de valorar el metro cuadrado construido. ASEFA también consideró que la exclusión de NORCONTROL como OCT aceptada por las entidades aseguradoras debía ser algo “*colegiado*” (folio 6455 y 6456).

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 y 6456).

14. SCOR informó a MRSEP y a SUIZA el 25 de abril de 2002 sobre la investigación hecha por ASEFA y su propuesta (folio 6454 y 6455).

15. El 29 de abril de 2002 MRSEP contestó a SCOR afirmando que “*a la vista del escrito que me adjuntas y de la amarga experiencia sufrida desde el compromiso adquirido, a cumplir desde 1.01.02, entiendo que una reunión como la planteada exige una asunción previa formal por parte de todos y cada uno de los participantes, del cumplimiento del compromiso resultante, y ello de forma INCONDICIONAL, esto es, sin subterfugios basados en la actuación, supuesta o real, de otros agentes ajenos al mismo*” (folio 6454).

Ese mismo día SCOR reenvió la respuesta de MRSEP a ASEFA y le rogó convocara esa reunión (folio 6454).

16. También el 29 de abril de 2002, SUIZA comunicó a SCOR y a MÜNCHENER que SUIZA había dado claras muestras de su preocupación por este seguro y de la necesidad de adoptar criterios mínimos de suscripción, por lo que estaba de acuerdo en participar en la reunión propuesta y en las que fueran precisas para lograr el estricto cumplimiento de las condiciones mínimas reflejadas en los contratos de reaseguro. (folio 6452 y 6453).

A continuación se reproducen literalmente algunos de los párrafos de la comunicación de SUIZA por ser muy ilustrativos:

“Creo que durante el año 2001 y a lo largo de la renovación de 2002, hemos dado claras muestras de nuestra preocupación sobre el seguro decenal de daños a la edificación y la necesidad de adoptar una serie de medidas mínimas que de acuerdo con nuestros criterios de suscripción eran imprescindibles (...).

(...) estamos abiertos a mantener cuantas reuniones se consideren precisas, siempre que las mismas supongan un paso hacia delante y no un retroceso hacia posiciones pasadas (...).

Es cierto que las Entidades Financieras, debido a la oferta previa de mercado, han adoptado una postura de liderazgo incomprensible en cualquier otro ramo. (...) siendo preciso a nuestro juicio acabar con esta situación que consideramos inadmisibile (...).

(...) nos veremos obligados a un control estricto de nuestros contratos de reaseguro, para comprobar el cumplimiento de las condiciones reflejadas en los mismos (...).

Quedamos pues a la espera de tus noticias y en su caso a la convocatoria de la reunión propuesta, la cual sería de sumo interés si partimos del compromiso de consenso que consideramos absolutamente necesario para el establecimiento de los principios que deben imperar en esta actividad aseguradora.”

17. SCOR reenvió también el correo de SUIZA a ASEFA el mismo 29 de abril de 2002, proponiéndole la convocatoria de la reunión lo antes posible (folio 6452).

18. 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 (folios del 3366 al 3370 y del 6457 al 6458).

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). No obstante, la coincidencia de la fecha, de los temas tratados y de las decisiones adoptadas demuestra que ambos documentos se refieren a la misma reunión. MAPFRE EMPRESAS, que no asistió a la reunión del 7 de mayo de

2002 (folio 3366), se comprometió a aplicar las nuevas condiciones de seguro decenal a partir del 1 de julio de 2002 (folio 6459).

19. 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 (folio 6459).

Instrumentación del cartel a través de las guías o manuales de tarificación

20. La aplicación de los acuerdos, que comenzó en 2002, se desarrolló de forma continuada al menos hasta el año 2007, por parte de todos los operadores del mercado, principalmente mediante las denominadas “*guías o manuales de suscripción y tarificación*”.

21. En el caso de diversas cedentes (CASER, SABADELL ASEGURADORA, VITALICIO y MUSAAT) estas guías acompañaron a los contratos de reaseguro que suscribieron cada año con las reaseguradoras, estableciendo las condiciones mínimas en que debían tarificarse los riesgos para que quedaran cubiertos por el contrato de reaseguro. CASER: folios confidenciales de Suiza 91 a 160, 180 a 248, 264 a 283, confidenciales de Scor 2093 a 2103, 2171 a 2193, 2343 a 2363, confidenciales de Caser 3014 a 3024, y folios no confidenciales 3088 a 3111 y 3136 a 3154. SABADELL ASEGURADORA: folios confidenciales de Suiza 320 a 338, 356 a 375, 393 a 401, 417 a 425, 522 a 536 vta.

22. Los contratos de reaseguro de ASEFA recabados durante la inspección no incluyen guías de tarificación, salvo en 2006, año en el que sí 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).

23. MAPFRE EMPRESAS también aplicó guías de tarificación con los elementos del acuerdo (folios 5499-5690 confidenciales MAPFRE EMPRESAS), si bien en este caso no figuraron como anexos a los contratos de reaseguro.

24. También están incorporadas en el expediente guías con anagramas de las reaseguradoras SCOR, SUIZA y MÜNCHENER. No obstante hay que precisar que, independientemente del anagrama que figure en las guías, en los casos en que éstas forman parte de los contratos de reaseguro, dichas guías vinculan a las entidades firmantes (aseguradoras y reaseguradoras). SCOR, folios confidenciales de SCOR 2171 a 2193, 2627 a 2633, folios confidenciales de ASEFA y SCOR 6407 a 6423 y folios no confidenciales 581 a 592 y 3088 a 3111.

25. Las guías de tarificación, cuyo precedente fue el documento denominado “*medidas correctoras*” mencionado en el Hecho Probado (HP 7), recogen los precios mínimos y otros criterios de tarificación que afectan al precio del seguro. Concretamente establecen:

- Las mismas tasas mínimas aplicables al mejor riesgo (0,55% para viviendas en bloque y 0,7% para unifamiliares en el caso de la garantía básica que es la obligatoria).
- Tasas mínimas idénticas para otras coberturas opcionales como estabilidad de fachadas no portantes, impermeabilización de fachadas y cubiertas, revalorización de las sumas aseguradas, etc.
- Los mismos recargos por renuncia a recurso.
- Las mismas primas mínimas (entre otras, 2000 euros por póliza y 600 euros por vivienda para garantía básica).
- Unos valores de referencia del m² construido por provincias idénticos para corregir valores declarados de la obra demasiado bajos que pudiesen implicar primas menores.

En el cuadro siguiente se detallan todas las tasas, primas mínimas, recargos y otros elementos que influyen en el precio final del seguro, que constituyeron el acuerdo de precios recogido en el documento “*medidas correctoras*” y que coinciden en las guías incorporadas al expediente.

Cuadro nº 5. Tasas y primas mínimas coincidentes en las guías de tarificación

Tasas mínimas para cobertura básica a 10 años

Para viviendas en bloque	0,55%
Para vivienda unifamiliares	0,70%

Tasas mínimas para cobertura a 3 años

Para estabilidad de fachadas no portantes (Nota 1):

edificios en bloque	0,05%
unifamiliares adosadas o pareadas	0,03%
unifamiliares aisladas	0,04%

Para impermeabilización de fachadas:

edificios en bloque	0,05%
unifamiliares adosadas o pareadas	0,06%
unifamiliares aisladas	0,075%

Para impermeabilización de cubiertas:

edificios en bloque	0,07%
unifamiliares cubierta plana	0,15%
unifamiliares cubierta inclinada	0,11%

Tasa para revalorización automática de la suma asegurada y de la franquicia (% sobre la tasa resultante): (Nota 2)

Con revalorización del 3,5%	6%
-----------------------------	----

Con revalorización del 5%	8%
---------------------------	----

Primas mínimas para edificios de viviendas (Nota 3)

Para garantía básica:

por póliza (Nota 4)	2000 €
Por vivienda	600 €

Para estabilidad de fachadas no portantes:

por póliza	400 €
Por vivienda	50 €

Para impermeabilización de fachadas:

por póliza	400 €
Por vivienda	50 €

Para impermeabilización de cubiertas:

por póliza	600 €
Por vivienda	100 €

Renuncia a recurso contra agentes intervinientes en el proceso edificatorio.

Recargo en % sobre la tasa neta final - Tasa mínima:

Promotor constructor	20% - 0,15%
Contratista principal	20% - 0,15%
Técnicos ajenos al tomador:	
Proyectista	20% - 0,15%
D. Obra	10% - 0,10%
D. ejecución de obra	10% - 0,10%
Técnicos en plantilla del tomador:	
Proyectista	10% - 0,10%
D Obra	7,5% - 0,075%
D Ejecución de obra	7,5% - 0,075%

Nota 1: A partir de 2003 MAPFRE unifica esta tasa al 0,05% en todos los casos, independientemente del tipo de construcción.

Nota 2: MAPFRE EMPRESAS ofrece también la posibilidad de revalorizar el 2,5% la suma asegurada y la franquicia, incrementando un 4,5% la tasa resultante. Esta opción no la ofrecen las demás aseguradoras.

Nota 3: Las guías de MAPFRE no incluyen estas primas mínimas. Sin embargo, sí ha sido aplicada por esta empresa la prima mínima, tal y como puede verse en una póliza recabada al azar correspondiente a una vivienda unifamiliar aislada, cuya suma asegurada era muy baja (120.000 euros). La tasa aplicada fue del 1,6667% de forma que la prima a pagar se elevó a 2000 euros, es decir a la fijada como prima mínima por póliza (folio 6338 confidencial).

Nota 4: Se han encontrado algunas guías con primas mínimas de 2.100 euros (folios 395 y 6365).

26. Otro de los elementos comunes en las guías que formaron parte del acuerdo es que en ellas se especifica un coeficiente corrector para evitar el infraseguro, que se aplica cuando el valor del m² construido a asegurar declarado por el tomador es inferior, en un porcentaje determinado, al establecido previamente como referencia. Para ello, la mayor parte de las guías incorporan unas tablas con esos valores de referencia, desglosados por provincias y por tipo de edificación (edificios en bloque o unifamiliares). Se han encontrado múltiples tablas incorporadas a las guías, en las que coinciden los valores de referencia del metro cuadrado, si bien hay cuatro tablas diferentes, en la medida en que los valores establecidos inicialmente en 2002 se han incrementado en tres ocasiones (2003, 2004 y 2005). En un mismo ejercicio o periodo, independientemente de la entidad de donde proceda la guía o su anagrama, los valores del metro cuadrado construido recogidos en las tablas coinciden plenamente, salvo una guía con anagrama de SCOR, fechada en 2006 y obtenida en la sede de SUIZA (folio 585), y otra con anagrama de CASER y SCOR encontrada en la sede de SCOR en la carpeta del contrato de reaseguro 2006 entre ambas entidades (folio 2178 confidencial de SCOR) que incorpora la tabla correspondiente a 2003.

27. Con respecto a los parámetros mencionados en la tabla anterior, es necesario hacer varias precisiones:

Las tasas para la cobertura básica a 10 años y las optativas a 3 años son tasas mínimas aplicables al mejor riesgo. Algunas compañías 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.). Esas tasas adicionales a veces no coinciden.

También algunas compañías aplican recargos o descuentos en función del tipo de suelo, pendiente, nivel freático, cimentación, tipo de estructura etc. Esos recargos o descuentos no formaron parte de los acuerdos.

28. Por último, se han recabado en el expediente veinte pólizas de SDD suscritas por ASEFA (folios 1448 a 1684 confidenciales de ASEFA), CASER (folios 3845 a 3949 confidenciales de CASER) y MAPFRE EMPRESAS (folios 6300 a 6353 vta. confidenciales de MAPFRE EMPRESAS) elegidas al azar. En todas ellas se ha constatado el uso de las condiciones mínimas de tarificación establecidas.

Vigilancia en el cumplimiento de la aplicación de los términos del acuerdo

29. Durante el periodo 2002/2007 hubo una estrecha vigilancia en el cumplimiento de la aplicación de los términos del acuerdo, sobre todo en lo relativo a las tasas mínimas, el valor de referencia del metro cuadrado construido y los recargos por renuncia a recurso. También se produjeron denuncias de unas aseguradoras a otras tras detectarse algún caso de incumplimiento (que se califica de competencia desleal, folio 6375), lográndose incluso deshacer alguna operación (folio 7452 confidencial AUSBANC) ofertada a un

precio inferior como consecuencia de la denuncia ante el reasegurador (folios 598 a 601, 6250 a 6258; folios 6373 a 6377, 6380 a 6383, 6396 a 6398, 6460, 6461 y 7452 confidenciales AUSBANC).

A continuación se detalla y acredita esa vigilancia y sus denuncias:

30. 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 quienes eran los reaseguradores (folios 6459 y 6461 confidenciales AUSNCANC).

31. 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”*.

32. 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).

33. 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 (folio 6398 confidencial AUSBANC).

34. 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 formulas 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”* (folios 6396 y 6397 confidenciales AUSBANC).

35. 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”* (folio 2284). Traducción de la CNC: *“le taux minimum imposé étant de 0,55% ”*,”La prime minimum

de 2000 E est bien respectée à partir de 2003.”, “est ce normal que le guide de tarification est considéré comme une recommandation et non comme une obligation?”.

36. En diciembre de 2004 VITALICIO informó a MÜNCHENER, en su calidad de líder del contrato de reaseguro con ALLIANZ, de que en la página web de FÉNIX DIRECTO, compañía del grupo ALLIANZ, había un vínculo con la página web de la correduría ALFA RISK, en la que se podía cotizar on-line con resultados inferiores a las primas mínimas. A este respecto, MÜNCHENER contestó afirmando que: “*No es el primer corredor (ni será el último) que se lance a ofrecer decenal a condiciones que nadie sabe de donde salen, y con soportes cuando menos dudosos (ya conocemos el caso más sonado, y cómo acabó)*” y que, tras una comprobación de dicha cotización on line, había llegado a la conclusión de que las tasas mínimas para edificios en altura y para unifamiliares se correspondían con las mínimas (0,55% y 0,7% respectivamente), si bien para las unifamiliares arrojaba una prima mínima neta de 1.800 euros en lugar de los 2.100 euros y que la tabla de valores de referencia del m² no estaba actualizada porque no les habían avisado o no se habían enterado de dicha actualización. Finalmente, VITALICIO trasladó a SCOR la contestación de MÜNCHENER y le pidió absoluta discreción (folios 6376 a 6377 confidenciales AUSBANC).

37. SUIZA comunicó a CASER con fecha 28 de diciembre de 2005 que “*estamos viendo algunos casos de pólizas con tasas inferiores (...)*” y pidió confirmación de que “*no han sido cedidas al contrato pólizas con tasas inferiores a los mínimos*” (folios 598 y 599).

38. 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 euros por vivienda establecida como obligatoria por acuerdo de mercado. Al respecto, ASEFA reconoció que era un error (folio 6382 confidencial AUSBANC).

39. 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).

Reacción de los miembros del cártel ante la no aplicación de los precios mínimos pactados

40. A finales de 2006, se produjeron los primeros anuncios de algunos operadores del mercado de ofrecer precios inferiores a los mínimos acordados, que comenzarían a aplicarse a principios de 2007, en el marco de un nuevo esquema de reaseguro.

Fue el caso de MUSAAT (folios 2704 a 2712), a quien HANNOVER RE había ofrecido reasegurar su negocio en decenal para 2007 sin condicionarlo a la aplicación de los precios mínimos pactados. Otros agentes que intervinieron en la nueva oferta de MUSAAT fueron la correduría de seguros DIAGONAL y el corredor de reaseguros AON RE.

41. Ante esta situación, 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 MUSAAT no pudiera reasegurar su negocio (folios 3374, 3375, 6262 a 6264; folios 6384, 6386, 6444, 6445 y 6986 confidenciales AUSBANC). Así en un email interno de ASEFA se dice (folio 6444): “...me parece que hay una actuación más grave que la de Aon Re y es la de los 3 grandes reaseguradores, o al menos Suiza y Scor, ya que parece que su única forma de solucionar este problema es esperar a que desde Asefa se bloquee a todos sus reaseguradores e instarnos a que presionemos a Aon. Desde mi punto de vista ellos deberían presionar a MUSAAT mediante el resto de sus contratos (...) de la misma forma que nosotros lo hemos hecho con Partner, Nacional, XL Re y, de manera muy especial con Hannover Re. Ya que no debemos olvidar que si Suiza y Scor tienen algo que perder al presionar a MUSAAT, Asefa con el “órdago” lanzado a Hannover ha jugado una capacidad facultativa en el decenal de hasta (...) y casi (...) de riesgo facultativo en caución...”.

42. Con fecha 12 de diciembre de 2006, ASEFA envió a HANNOVER RE un correo en el que se informaba de que tras conocer que el apoyo recibido por MUSAAT 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” (folio 6986 confidencial AUSBANC).

43. SCOR, a través de diversos correos internos de 13 y 14 de diciembre de 2006, informó que: “Hannover estaba dispuesto a apoyar a MUSAAT con un XS [XS son las siglas en francés con las que se denomina al contrato de reaseguro obligatorio no proporcional de exceso de siniestro] sobre el 100% de la prima, suprimiendo toda guía de tarificación, lo que sería el fin de la disciplina de mercado. Pienso que sería necesario pasar esta información y sugerir a las cedentes que hagan presión sobre hannover para evitar esto” y que “Hannover Alemania, (...) ha retirado su propuesta de apoyo al 0,45% bajo la presión de las cedentes españolas y sobre todo de Asefa y Caser... paralelamente. Los representantes de Hannover en España y Francia han intervenido igualmente sobre sus colegas alemanes para hacer retirar su proposición y proteger sus intereses principales” (folios 3374 y 3375). Traducción CNC: “Hannover était prêt à supporter Mussat avec un XS sur 100% de leur prime, en supprimant tout guide de tarification, ce qui serait la fin de la discipline de marché. Je pense qu’il fait faire passer cette information et suggéré aux cédantes de faire pression sur Hannover pour éviter cela. » « Hannover Allemagne (...) a retiré sa proposition de soutien a 0,45 pour cent sous la pression des cédantes espagnoles, et surtout d’Asefa et de Caser ...parallèlement. Les représentants de Hannover en Espagne et en France sont également intervenus auprès de leur collègues allemandes pour faire retirer la proposition et protéger leur intérêts principaux.».

44. Con fecha 13 de diciembre de 2006, HANNOVER informó a CASER de que realmente su casa matriz había apoyado a MUSAAT, al desconocer “las realidades del

mercado de Decenal”, pero que había retirado la oferta existente, dado que la prioridad de HANNOVER RE era mantener las buenas relaciones con CASER (folio 6384).

45. Con fecha 21 de diciembre de 2006, ASEFA informó a SCOR y a SMABTP de que las nuevas condiciones de suscripción ofertadas por MUSAAT 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”* (folio 6264).

46. Con esa misma fecha SCOR contestó a ASEFA informándole que *“estoy intentando montar una reunión para la semana próxima, en principio en Cepreven, pues en Unespa no se puede hablar de esto”* (folio 6263).

47. A continuación ASEFA informó a SCOR y a SMABTP sobre un almuerzo que había tenido lugar el día anterior (20 de diciembre de 2006) con MAPFRE EMPRESAS, CASER, SUIZA y MÜNCHENER, en el transcurso del cual se trató ese tema. Según su relato: *“Caser, Munich [El documento menciona Munich refiriéndose a Münchener] y Suiza fueron firmes en su decisión de seguirnos en no rebajar ni un ápice las condiciones de suscripción. Al que no vi muy convencido fue a Antonio Ariza, [Mapfre Empresas] pero creo que si José Luis [Münchener] (que sí estaba de acuerdo con nosotros) no le deja, Mapfre no hará nada. Como sabes la Suiza es hasta el 31-12-2006 el líder del contrato decenal de MUSAAT (...) y se ha enterado por nosotros de las presentaciones de MUSAAT y Diagonal y estaban indignados. En cuanto a Munich ni siquiera estaba en MUSAAT. (...) El que iba a liderar el affaire de MUSAAT era Hannover pero ha retirado su aceptación y nos ha pedido disculpas. (...) En cuanto a AON nos entrevistamos ayer con su dirección general para manifestarles nuestra preocupación por la actuación de AON Re en este asunto y nos dijo que iba a intentar buscar una solución para salir airosos sin perjudicar los intereses de AON.”* (folios 6262 y 6263).

48. A principios de 2007 MUSAAT consiguió el reaseguro y comenzó a trabajar con tasas inferiores a las mínimas.

Una vez rota la homogeneidad de las condiciones de mercado existentes desde 2002 con los nuevos precios de MUSAAT, a lo largo de 2007 algunos miembros del cártel continuaron presionando para mantener el acuerdo de primas mínimas, mientras que otros propusieron eliminar esas barreras (folio 7453).

49. Así, por un lado, MAPFRE RE celebró una reunión en su sede el 22 de enero de 2007, a la que acudieron las tres reaseguradoras (SUIZA, SCOR y MÜNCHENER) y en la que propuso liberar la barrera de las tasas mínimas con el fin de no perder clientes y argumentando la normativa sobre competencia, pero las reaseguradoras se opusieron (folios 3381, 6394, 6395 y 7456).

50. Con fecha 19 de enero de 2007, SCOR informó internamente de que se había recibido una llamada de MUSAAT comunicando que finalmente habían logrado colocar el programa de reaseguro 2007 y que se había convocado una reunión para hablar de

MUSAAT. Textualmente el correo menciona: “*para hablar de MUSAAT, el lunes 22 a las 11 h estamos citados por Mapfre Re, MÜNCHENER/ Swiss/ Scor/ Mapfre empresas*” (folio 3381).

51. En diversos correos internos de MAPFRE RE y MAPFRE EMPRESAS (de fecha 12, 16 y 22 de enero de 2007), estas entidades se plantearon “*la necesidad de convocar urgentemente a MÜNCHENER, suiza y scor para acordar con ellos posibles estrategias de actuación para defenderse de la agresiva actuación de Musaat*” (folios 6394 y 6395).

52. Con fecha 2 de febrero de 2007, ASEFA elaboró un informe interno en el que mencionó que: “*se ha producido una reunión en las oficinas de Mapfre RE, fueron invitados por iniciativa de Antonio Ariza, Suiza, Scor (asistieron Diego y Paco) y MÜNCHENER (asistieron José Luis Montull y Antonio Manzanares). El motivo era hablar de la problemática planteada por Musaat. Mapfre proponía que se liberasen las barreras del 0,55 y 0,7 con el fin de no perder clientes y argumentando el Tribunal de Defensa de la Competencia y la respuesta de los 3 reaseguradores fue TAJANTE en el sentido de no modificar ni una sola de las reglas de suscripción*” (folio 7456).

53. Por otro lado, CASER presionó a AON RE, su principal corredor de reaseguro, para que no distribuyera una oferta alternativa en decenal (folios 6389 y 6390). Concretamente, con fecha 27 de febrero de 2007, CASER informó internamente de que se confirmaba que AON estaba distribuyendo una oferta alternativa en decenal con el respaldo de Premier Guarantee de Liberty en LLOYD’S y que, teniendo en cuenta que AON era el principal corredor de reaseguros de CASER y siendo a su vez CASER su tercer proveedor de directo, se había comunicado a AON el descontento de CASER con esa actitud que “*pone en riesgo el recorrido futuro de un negocio con cierto desarrollo, pero todavía con un grado de maduración corto y por tanto de resultado incierto, y adicionalmente a reducir los márgenes actuales que permiten suscribir con mayor prudencia ante la referida falta de experiencia real*”. En dicho informe CASER indicó también que sus reaseguradores seguían firmes en su posición y que CASER les había solicitado que actualizaran o construyeran un “*estudio técnico que sirva de fundamento para garantizar que la tarifa actual que nos tienen recomendada es la adecuada, y sobre la que añadir costes de gestión y distribución*” (folio 6389).

54. SCOR transmitió información a ASEFA sobre las ofertas que le llegaron de MUSAAT a tasas inferiores y ASEFA presionó a entidades financieras para que no trabajasen con MUSAAT (folios 6435 y 6436). En particular, en abril de 2007, SCOR reenvió a ASEFA un correo adjuntando la primera prueba de penetración de MUSAAT en las entidades bancarias, concretamente en CAJA BURGOS. ASEFA contestó que: “*es fundamental que no aceptes ni una sola operación por debajo de las reglas establecidas*” y que el resultado tras la visita de ASEFA a todas las entidades financieras con las que trabajaba, había sido que éstas “*no solo no van a trabajar con Musaat sino que algunas ya han instruido a sus departamentos de crédito para que no la acepten*” (folios 6435 y 6436 confidenciales AUSBANC).

55. En mayo de 2007, tras una Jornada sobre el seguro de la construcción patrocinada por ASEFA y como respuesta a un mensaje de agradecimiento de esta entidad a los participantes en dicha jornada, SWISS RE (SUIZA) respondió describiendo la evolución del mercado del seguro decenal y las conductas de los operadores en él con la siguiente metáfora: “...agradecerte la oportunidad (...) de expresar nuestra opinión en un ramo en el que tantas horas hemos trabajado juntos y que, a juzgar por el interés de los corredores, está alcanzando una madurez temprana que debemos cuidar para que mantenga los principios que hemos inculcado desde su nacimiento. Como ocurre con nuestros hijos, lo peor sin duda es la pubertad y de nosotros depende que el tronco siga derecho a pesar de que siempre hay vientos que intentan inclinarlos,....¡para eso están los puntales; Nos agrada compartir criterios básicos y mantenemos la oferta de colaboración” (folio 6433 confidencial AUSBANC).

56. Además, 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 (folios 3382 a 3384; 6429 a 6432 confidenciales AUSBANC).

57. 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 MUSAAT tampoco en 2008. Concretamente, con fecha 8 de octubre de 2007, ASEFA envió a esas entidades un documento por el que las reaseguradoras debían declarar que ni ellas directamente, ni ninguna entidad de su grupo, había participado en el reaseguro de garantía decenal de MUSAAT de 2007, ni tenían previsto participar en el de 2008 (folios 6425 a 6428 confidenciales AUSBANC). También envió ese documento a HANNOVER RE, pero en este caso con fecha 25 de octubre de 2007, es decir, una semana después de las inspecciones llevadas a cabo por la DI (folios 7001-7011 confidenciales AUSBANC). HANNOVER RE se negó a firmar ese documento y ASEFA canceló todos sus negocios con HANNOVER RE, tanto en el ramo del decenal como en el resto de ramos (folio 7439 confidencial AUSBANC).

58. 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 porque ciertas aseguradoras del mercado decenal tendieran a reducir la tasa mínima. SCOR había sugerido una reunión con SUIZA, MÜNCHENER, MAPFRE, CASER, ALLIANZ para aclarar posiciones y en principio había manifestado su postura contraria a dicha reducción (folio 6424).

59. De acuerdo con los datos de los informes anuales de ICEA sobre el seguro de daños a la edificación en España la evolución de la tasa media aplicada en este sector del seguro decenal hasta 2008, tanto para obra fundamental como datos generales, ha sido la que resulta de las tablas 1 y 2 que siguen:

TABLA

1

Tasas medias de primas de **obra**

fundamental recalculadas

Año de emisión de la póliza	2008	2007	2006	2005	2004
2000	0,63%	0,63%	0,64%	0,64%	1,09%
2001	0,58%	0,59%	0,63%	0,62%	1,00%
2002	0,63%	0,63%	0,64%	0,64%	0,91%
2003	0,67%	0,67%	0,67%	0,67%	0,99%
2004	0,68%	0,68%	0,68%	0,67%	1,04%
2005	0,68%	0,68%	0,67%	0,67%	
2006	0,67%	0,67%	0,66%		
2007	0,65%	0,66%			
2008	0,63%				

Fuente: ICEA. Varios años

TABLA

2

Tasas medias de primas de **datos**
generales

Año de emisión de la póliza	2008	2007	2006	2005	2004
2000	0,69%	0,68%	0,68%	0,67%	0,67%
2001	0,63%	0,63%	0,67%	0,67%	0,63%
2002	0,66%	0,67%	0,66%	0,65%	0,66%
2003	0,72%	0,73%	0,73%	0,73%	0,74%
2004	0,75%	0,75%	0,75%	0,75%	0,76%
2005	0,76%	0,76%	0,77%	0,77%	
2006	0,74%	0,74%	0,76%		
2007	0,70%	0,70%			
2008	0,68%				

Fuente. ICEA. Varios años

Las tablas anteriores reflejan la existencia de variaciones entre las cifras correspondientes a un mismo año. Esta circunstancia se producen como consecuencia de que el número de pólizas inicialmente contratadas puede variar posteriormente, como también puede cambiar la suma asegurada comunicada por la aseguradora a ICEA por razón, por ejemplo, de modificaciones en los presupuestos de las obras, lo que hace variar a la prima contratada. Además también pueden producirse variaciones de un año a otro en las

entidades aseguradoras que proporcionan datos a ICEA, incluso sobre años anteriores. Las tablas 3 y 4 cuantifican el % de variación tanto para obra fundamental como para datos generales:

TABLA

3

Variaciones anuales tasas medias de primas de **obra fundamental**

Año de emisión de la póliza	2008	2007	2006	2005	2004
2000					
2001	-7,43%	-5,77%	-1,20%	-1,96%	-8,95%
2002	7,31%	7,10%	0,93%	2,46%	-8,17%
2003	6,96%	6,76%	5,22%	4,66%	8,44%
2004	1,54%	1,05%	1,10%	0,45%	5,36%
2005	-0,45%	-0,61%	-0,57%	0,05%	
2006	-0,74%	-0,33%	-2,44%		
2007	-3,39%	-2,79%			
2008	-3,20%				

Fuente: ICEA. Varios años

TABLA

4

Variaciones interanuales tasas medias de primas de **datos generales**

Año de emisión de la póliza	2008	2007	2006	2005	2004
2000					
2001	-8,87%	-6,88%	-1,80%	-0,53%	-6,03%
2002	5,95%	6,31%	-1,56%	-1,76%	4,73%
2003	9,32%	8,63%	11,79%	11,83%	11,26%
2004	3,18%	2,55%	2,34%	2,55%	2,72%
2005	1,84%	1,73%	2,32%	2,64%	
2006	-2,52%	-2,17%	-1,04%		
2007	-5,11%	-5,12%			
2008	-3,51%				

Fuente: ICEA. Varios años

Las partes han hecho sus propios análisis de los datos de ICE y han aportado en sus alegaciones cuadros y tablas que, con alguna variación, son en lo sustancial coincidentes con las anteriores en la tendencia de la evolución de la tasa media (precio medio) del seguro decenal en España en los años de referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 MUNCHENER 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 “medidas correctoras SDD” y posteriormente fueron traspasados a las guías o manuales de suscripción y tarificación que utilizaron las aseguradoras para tarificar los riesgos, tanto las que han participado en el acuerdo (ASEFA, MAPFRE EMPRESAS y CASER) como otras aseguradoras (MUSAAT, 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 MUNCHENER) 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 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 MUNCHENER 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.”

La DI valora que este conjunto de conductas se puede calificar como un acuerdo de fijación de precios mínimos para el seguro de daños a la edificación en España, en el que intervinieron conjuntamente aseguradoras y reaseguradoras, prohibido por el art. 1.1.a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, como también del art. 81.1.a) del TCE, por cuanto *“el acuerdo afectó al comercio intracomunitario en la medida en que se aplicó en todo el territorio español, participaron en él entidades que pertenecen a grupos internacionales cuyo ámbito geográfico de actuación es mundial y afectó también a la actividad reaseguradora, de carácter global. En particular, ha quedado acreditado... en el caso concreto de HANNOVER RE y MUSAAAT, que las partícipes en el cártel trataron de impedir la penetración o permanencia de empresas reaseguradoras extranjeras a primas inferiores a las pactadas.”*

La conducta que la DI imputa como infracción de la legislación nacional de defensa de la competencia se habría iniciado según la DI en el segundo semestre de 2001, vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Ambas normas prohíben en su artículo 1.1.a) la misma conducta: los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de “la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio” en todo o en parte del mercado nacional. Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene ninguna relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia. De hecho la DI considera que la conducta imputada constituye una infracción del art. 1.1.a) de la Ley 16/1989 hasta su derogación y del art. 1.1.a) de la Ley 15/2007 desde su entrada en vigor. La DI califica la conducta imputada como un cártel, en el que intervinieron tanto aseguradoras como reaseguradoras, por lo que también a efectos de la eventual sanción de la infracción del art. 1.1.a) Ley 16/1989 carece de trascendencia la aplicación de una u otra norma. Por último, la DI considera que la conducta ha durado como mínimo seis años y medio, al menos hasta la fecha que se inspeccionaron los locales de algunas de las imputadas, el 17 de octubre de 2007, por lo que, en este caso, también a los efectos de valorar la aplicación del instituto de la prescripción carece de trascendencia aplicar una u otra norma.

En casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, el Consejo considera que es necesario aplicar una de las dos, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para la empresa imputada conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto. Dado que en el marco de este expediente no es posible afirmar que la Ley 15/2007 sea más favorable que la ley 16/1989 para ninguna de las empresas imputadas, el Consejo considera que ésta última debe ser la Ley sustantiva aplicable a la conducta imputada; a su calificación y sanción. Sin embargo, puesto que la incoación del expediente se produjo el 1 de abril de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de

la Ley 15/2007, pues así resulta a contrario de la Disposición transitoria primera.1 de la misma.

Por último el Consejo comparte con la DI que la conducta imputada también puede infringir el art. 81.1 TCE, por cuanto en el acuerdo han participado las tres principales aseguradoras del mercado español del seguro de daños a la edificación, así como las tres principales reaseguradoras del mercado de reaseguro del seguro de daños a la edificación en España por cuota de mercado (cuadros nº 2 y 4 de los HP 2.4 y 2.5). Un acuerdo que ha sido impuesto a las demás empresas del seguro directo de daños a la edificación activas en territorio español y que quisieran reasegurar el riesgo asumido con alguna de las reaseguradoras concertadas. A este respecto, las Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en el art. 81 del TCE, con base en la jurisprudencia comunitaria, afirman que los acuerdos que abarcan la integridad del territorio de un Estado miembro producen “por su propia naturaleza el efecto de consolidar la compartimentación de los mercados a escala nacional impidiendo la penetración económica que el Tratado pretende lograr” (párrafo 78). De hecho, la información contenida en los HP 41 a 44 hace prueba de que varias de las imputadas presionaron a la reaseguradora HANNOVER RE para que no reasegurase el riesgo decenal de MUSAAT a precios inferiores a los mínimos pactados.

Segundo.- Alegaciones de procedimiento

Previamente al análisis sustantivo de la infracción imputada procede responder a las cuestiones de procedimiento que las partes han suscitado en la tramitación del expediente, tanto en la fase de instrucción ante la DI como en la fase de resolución ante el Consejo, que habrían generado indefensión. De forma sintética:

SUIZA y SWISS Re han alegado indefensión y vulneración del derecho de defensa por la denegación por la DI y por el Consejo de la práctica totalidad de las pruebas propuestas, así como por la negativa del Consejo a tomar vista del expediente y obtener copia de los documentos obrantes en el mismo. También por su negativa a la celebración de vista, en la medida en que ha impedido al Consejo valorar adecuadamente el expediente y, en particular, conocer el contexto jurídico y económico en el que se produjeron los hechos investigados.

SCOR ha alegado que “la inexplicable urgencia con que la DI parece haber afrontado los últimos trámites procedimentales de la fase de instrucción ha dificultado el pleno ejercicio” de sus derechos de defensa en el expediente, por cuanto esa determinación “al cierre urgente” ha llevado a la DI a: (i) no contestar en forma alguna a sus alegaciones relativas al acceso por AUSBANC a información confidencial de SCOR que obra en el expediente; (ii) denegar la ampliación del plazo legal para contestar al PCH; (iii) la imposibilidad material de que haya analizado mínimamente las alegaciones de las partes al PCH en el plazo que media entre la recepción de las alegaciones y la formulación y notificación de la PR a las partes; (iv) rechazar sin motivación la denegación de la práctica totalidad de la prueba solicitada por las partes en la contestación al PCH; (v) denegar la ampliación del plazo legal para contestar a la PR. Igualmente, SCOR ha

alegado que la denegación por el Consejo de la práctica totalidad de las pruebas solicitadas en sus escrito de contestación a la PR ha afectado a su derecho de defensa, así como la denegación de celebración de vista impediría a las partes explicar al Consejo las especialidades de este sector y clarificar los errores en que habría incurrido la DI.

CASER ha alegado nulidad del procedimiento sancionador por el vicio esencial de falta de concreción de los hechos imputados y la determinación de su presunta autoría, con la consiguiente indefensión.

ASEFA ha alegado indefensión por vulneración del derecho de defensa: (i) por infracción del plazo de 15 días para contestar al PCH; (ii) por la utilización como prueba de cargo en el PCH de determinados documentos considerados confidenciales, y la imposibilidad de acceder a documentación confidencial que podría haber sido utilizada como prueba de descargo; (iii) por denegación de la ampliación del plazo legal para contestar al PCH y a la PR; (iv) por no pronunciarse la DI sobre la mayor parte de las alegaciones realizadas al PCH; (v) por la denegación sin motivación por la DI y por el Consejo de la práctica de las pruebas solicitadas; (vi) por la imposibilidad de acceder al expediente en la fase de resolución ante el Consejo y formular alegaciones en todas las fases del procedimiento; (vii) por la denegación de la celebración de vista.

MRSEP ha alegado que la conducta de la DI de no ampliar el plazo legal de 15 días para contestar al PCH y más tarde a la PR, así como el escaso tiempo que ha tenido la DI para valorar sus alegaciones al PCH (en la medida que no le ha permitido un examen detenido del caso y del contexto fáctico, legal y económico en el que se enmarca) han mermado sus derechos de defensa. Considera que se ha infringido su derecho de defensa al mantenerse confidenciales documentos que han sido utilizados como prueba fundamental de cargo contra MRSEP, y por el acceso tardío imputable a la DI de documentación no confidencial y empleada por la DI para fundar su imputación. Así mismo ha alegado indefensión por la negativa del Consejo a tomar vista del expediente y a obtener copias de la documentación no confidencial obrante en el mismo en la fase de resolución ante el Consejo, por la denegación de las pruebas solicitadas por las demás partes, y por la no celebración de vista.

MAPFRE EMPRESAS manifiesta que la DI no ha podido realizar una valoración adecuada de las alegaciones de las partes al PCH en el breve espacio de tiempo que media entre su presentación y la PR notificada a las partes. MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE también ha alegado que la denegación de celebración de la vista le ha impedido ejercer en su integridad todos los derechos de defensa previstos en la Ley 15/2007 y el RDC. Así mismo han manifestado que el acceso al expediente constituye un derecho esencial en el procedimiento administrativo sancionador, que al ser negado por el Consejo produce vulneración del principio de igualdad de armas y del derecho de defensa.

En primer lugar, y en relación a la alegación de acceso incompleto al expediente formulada por varias empresas, el Consejo considera que no ha existido, por cuanto la DI ha acreditado que todos los interesados han tenido la posibilidad de acceder a la

documentación no confidencial del expediente desde su incoación, a medida que ésta ha ido incorporándose al mismo o, en su caso, a medida que se iba levantado la confidencialidad (apartado II.1. de la PR, pág. 61 a 64).

En segundo lugar, y en lo que respecta a las alegaciones de indefensión por la conducta de la DI de no conceder ampliación de los plazos de 15 días que dispone la Ley 15/2007 para que las partes contesten al PCH y a la PR, el Consejo ha tenido la oportunidad de reiterar en resoluciones anteriores que la ampliación por la DI del plazo legal de 15 días para formular alegaciones al PCH o a la PR no es un derecho del administrado sino una potestad discrecional de la CNC, como ratifica el art. 49.3 de la Ley 30/1992 al disponer que los acuerdos sobre ampliación de plazos o su denegación no son susceptibles de recurso. Por ello el acuerdo de la DI de denegación de la solicitud de ampliación del plazo para formular alegaciones no puede generar nunca indefensión, máxime cuando las imputadas han tenido acceso a la información obrante en el expediente desde su incoación, y en el PCH quedan definidos los hechos (con cita de los folios correspondientes del expediente) en base a los cuales se imputa la conducta, facilitando con ello el ejercicio de su defensa a través de las alegaciones. En definitiva, las partes no han dispuesto de sólo 15 días para analizar el expediente administrativo, sino de todos los meses que ha durado la instrucción del expediente desde su incoación, así como una doble oportunidad de formular alegaciones (al PCH y a la PR) que no existe en otros procedimientos de competencia, como el comunitario donde las partes sólo pueden alegar al Pliego de Cargos de la Comisión Europea.

En tercer lugar, no comparte el Consejo la alegación de las partes de que la DI no ha tenido tiempo material de valorar adecuadamente las alegaciones formuladas al PCH, por cuanto en la PR que la DI presenta al Consejo se recogen y se valoran de forma adecuada las distintas alegaciones formuladas por cada una de las partes. Ello por no decir que el órgano que realmente debe valorarlas a efectos de la resolución del expediente, es decir, el Consejo, tiene conocimiento de las mismas, lo que evitaría en todo caso la indefensión.

En cuarto lugar, y en lo atinente a la alegación de indefensión por denegación por la DI y por el Consejo de las pruebas solicitadas, éste observa que la DI ha motivado, ciertamente, de forma parca pero suficiente, su conducta denegatoria con el argumento de que las pruebas propuestas por las partes *“no aportan nuevas informaciones en este caso susceptibles de modificar la calificación de los hechos y conductas analizados. En todo caso, podrán ser reproducidas ante el Consejo...”*. Y en efecto las partes reprodujeron su solicitud de prueba ante el Consejo, así como solicitaron la práctica de nuevas pruebas. Propositiones de prueba que el Consejo resolvió en su Acuerdo de 20 de julio de 2009, argumentando, una por una, por qué accedía a su práctica y por qué la denegaba, sobre la base de que sólo son admisibles como prueba de descargo aquellas que, habiendo sido rechazadas por la DI o no pudiéndolas proponer en la fase de instrucción, tienen por objeto refutar los hechos imputados, la participación en los mismos de las empresas imputadas, o los efectos dañinos sobre el mercado. En definitiva, y siguiendo al Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002) para la estimación de la nulidad invocada sería preciso acreditar que la resolución final pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese

admitido o si admitida se hubiera practicado, por resultar “decisiva en términos de defensa” (STC 258/2007, de 18 de diciembre). Siendo así, el Consejo entiende que no es posible que genere indefensión material el ejercicio motivado de una facultad de uso discrecional atribuida por art. 51.1 de la Ley 15/2007, en virtud de la cual resolvió denegar la práctica de todas aquellas pruebas que, por no tener relación con los hechos que fundamentan la imputación de un acuerdo de precios mínimos (cuya existencia niegan todas las empresas imputadas), no podrían alterar la resolución final.

Tampoco puede haber generado indefensión material la negativa del Consejo a celebrar vista en este expediente, pues ésta es una facultad del Consejo que podrá ejercer cuando “la considere adecuada para el examen y enjuiciamiento del objeto del expediente” (art. 19.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia; RDC), máxime cuando todas las partes no sólo han tenido la ocasión de formular alegaciones por partida doble como establece la Ley 15/2007; primero al PCH y luego a la PR, sino que también ante el Consejo en esta fase de resolución han presentado, en varias ocasiones (en realidad, cuantas veces y con la extensión que han querido), escritos en los que reiteran sus alegaciones al PCH y a la PR, además de formular nuevas alegaciones, como las ya citadas de indefensión por la negativa del Consejo a tomar vista del expediente y a obtener copias de la documentación no confidencial obrante en el mismo en la fase de resolución (escritos de las partes referenciados en los AH 10 a 12).

Como ha tenido ocasión de manifestar en su Acuerdo de 20 de julio de 2009, las partes deben ser conscientes de que la Ley 15/2007 ha diseñado un procedimiento sancionador netamente distinto del que establecía la Ley 16/1989, en el que las fases de instrucción y resolución están claramente diferenciadas y atribuidas a órganos distintos de la Comisión Nacional de la Competencia. Decía entonces el Consejo y ratifica ahora que *“Igualmente es preciso subrayar que a diferencia de la Ley 16/1989, la vigente Ley 15/2007 establece un único procedimiento sancionador, en el que con “claridad” se separa la fase de instrucción por parte de la Dirección de Investigación (“en la que se realizarán todos los actos precisos para el esclarecimiento de los hechos y se garantizará la contradicción y el derecho de defensa de los denunciados”), y la fase de “pura” resolución por parte del Consejo, que adopta decisiones sobre la base de las propuestas formuladas por la DI, consiguiendo así eliminar la duplicación de actuaciones que se producía en la anterior LDC y, por ello, alcanzando un mayor grado de eficacia administrativa sin merma del principio de seguridad jurídica. Este esquema de reparto de tareas en el ámbito de procedimiento sancionador (y también en el de concentraciones) entre la DI y el Consejo, que se anticipa y justifica en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, se confirma en el texto de la Ley y del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). Así, en lo que atañe a la práctica de pruebas, de la inexistencia en la LDC y en el RDC de un preceptivo periodo probatorio ante el Consejo, se puede colegir que esta fase del procedimiento sancionador no será contradictoria con carácter general. La lectura conjunta de los artículos 51.1 LDC y 36.1 RDC ratifica la excepcionalidad de un periodo probatorio y del carácter contradictorio de la fase de resolución, pues el Consejo podrá rechazar la*

práctica de aquéllas pruebas propuestas por los interesados que pudiendo haber sido propuestas en la fase de instrucción ante la DI no lo hubieren sido (art. 36.1 RDC), podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas “distintas de la ya practicadas” ante la DI en la fase de instrucción, y podrá ordenar la realización de actuaciones complementarias “con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio”. La excepcionalidad también se aprecia en el hecho de que los interesados tienen derecho a formular alegaciones al acuerdo del Consejo de práctica de pruebas y/o de realización actuaciones complementarias (art. 51.1 LDC), así como en que es a la DI a quién le compete realizar la práctica de estas pruebas y actuaciones complementarias ordenadas por el Consejo (arts. 51.2 LDC y 36 del RDC). Todavía más, la vista, concebida bajo la Ley 16/1989 como una forma alternativa de conclusión del procedimiento ante el TDC alternativa a las conclusiones escritas (art. 41 Ley 16/1989), en la vigente LDC es una actuación (de naturaleza contradictoria: art. 19.2 RDC) que el Consejo puede acordar discrecionalmente, “cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente” (art. 19.1 RDC).”

En definitiva, y salvo que el Consejo ordene la práctica de pruebas o diligencias complementarias, en cuyo caso es preciso dar a las partes la participación e intervención que establece la Ley, al haberse elevado al Consejo el expediente había quedado listo para su resolución, y el Consejo no tenía más información que aquella que las partes habían podido conocer durante la fase de instrucción, salvo los escritos de alegaciones de las partes a la PR y el informe de la DI que debe acompañar a la remisión del expediente al Consejo. Documentos estos que están dirigidos al Consejo, como claramente se desprende del texto del los art. 50.4 y 5 de la Ley 15/2007 y 34.1 y 2 del RDC, sin que la falta de conocimiento por las partes genere menoscabo de su derecho de defensa. Esta y no otra era la situación en que se encontraba el expediente hasta el Acuerdo de 20 de julio de 2009, y por ello en el Acuerdo de 14 de mayo de 2009 (AH 10) el Consejo denegó a las partes el acceso al mismo: porque el último trámite de audiencia, es decir, de acceso al expediente que la Ley 15/2007 reconoce a las partes es el posterior a ser dictada y notificada la propuesta de resolución (art. 50.4 Ley 15/2007), el cual tiene lugar ante el propio órgano instructor (que no resolutorio), por lo que de no realizarse ninguna actuación posterior y encontrándose el expediente listo para resolución, no hay vulneración de derecho alguno, ya que la ley no contempla ningún trámite de audiencia ante el Consejo, salvo que se celebre vista o se practiquen pruebas o actuaciones complementarias. Por ello, porque puede no haber trámite de audiencia ante el Consejo, tiene pleno sentido que el Reglamento de Defensa de la Competencia regule el acceso al expediente dentro de la fase de instrucción (art. 31). Siendo así, de acuerdo con la Ley 15/2007, el Consejo podría haber resuelto el expediente en cualquier momento dentro del plazo legal establecido, sin que la falta de acceso de las partes al expediente en esta fase de resolución pueda generar indefensión, y a la misma conclusión se llegaría de aplicar la Ley 30/1992, pues conforme al art. 84.4 “*Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado*”.

Se ha alegado por las partes vulneración esencial del derecho de defensa, en la medida en que se han mantenido por la DI y por el Consejo como confidenciales documentos en los que se fundamenta la imputación; es decir, pruebas esenciales de cargo. En particular, las partes que han alegado esta infracción procesal se refieren a un buen número de documentos en los que se contienen guías de tarificación y tratados de reaseguro suscritos por las empresas imputadas y también por terceros; documentos en definitiva que según la DI acreditan la aplicación del acuerdo de precios mínimos alcanzado a finales de 2001 de forma continuada desde que comenzó 2002 y hasta finales de 2007. La DI contesta esta alegación en la PR afirmando. *“Esta DI considera que la documentación declarada confidencial contiene, principalmente, información 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 (anexas en muchos casos a los contratos de reaseguro).*

Esa documentación es necesaria para la resolución del expediente porque demuestra el cártel que se investiga, es conocida por cada parte y no resulta necesario darla a conocer al resto. En particular, en cuanto a los numerosos contratos de reaseguro y de retrocesión y las guías de tarificación que constan en el expediente, suscritos cada uno de ellos por varias entidades, el levantamiento de la confidencialidad exigiría obtener la conformidad de todas ellas en cuanto a los elementos a censurar, algo excesivamente costoso e innecesario, puesto que cada entidad dispone de esos contratos, como parte firmante de los mismos, y puede leerlos y comprobarlos.”

Con la DI, el Consejo entiende que la confidencialidad de estos documentos está justificada y no genera indefensión a las partes, pues los datos en ellos contenidos y que son relevantes para sostener la imputación y, por ello, necesarios para el pleno ejercicio por las partes de su derecho de defensa forman parte de la documentación no confidencial del expediente. En efecto, la DI imputa un pacto de precios mínimos y sustenta esta imputación en la existencia de reuniones e intercambios de información realizados por parte de las imputadas a lo largo del segundo semestre de 2001, que tuvieron como resultado el documento elaborado el 31 de agosto por ASEFA denominado “Medidas Correctoras SDD” (HP 7, folios 6498 a 6504 del tomo I confidencial sólo para AUSBANC), en el que se recoge el acuerdo alcanzado por ellos respecto de los criterios técnicos y de tarificación más importantes que se pretendían homogeneizar; entre otros: (i) unas franquicias mínimas y máximas para cobertura básica y cobertura complementaria; (ii) duración de las garantías complementarias; (iii) tasas mínimas por renuncia a recurso (frente al contratista y técnicos); (iv) primas mínimas por cobertura; (v) tasas mínimas aplicables a riesgo normales y sistemas tradicionales; y (vi) criterios para aceptar a los Organismos de Control Técnico (OCT’s). El HP 10 acredita que el 5 de diciembre de 2001 ASEFA remitió a MAPFRE EMPRESAS, MRSEP, SUIZA y SCOR una nueva versión de ese documento, denominado “medidas correctoras SDD-2002”, en el que se recogen los valores definitivos del acuerdo de precios mínimos y 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 se debe aplicar el acuerdo (folio 6472 a 6480 confidenciales sólo para AUSBANC).

En estos documentos se fundamenta la imputación de la DI de un acuerdo de precios mínimos, y en la medida en que han estado accesibles a las partes imputadas no puede prosperar a juicio de este Consejo alegación alguna de indefensión. Por el contrario, la imputación de que el acuerdo fue aplicado de forma continuada desde 2002 hasta 2007, la DI la sustenta fundamentalmente en la existencia en el expediente de guías o manuales de suscripción y tarificación que se adjuntan a los tratados de reaseguro (HP 21 a 24), y de pólizas de contrato de seguro decenal elegidas al azar (HP 28), en las que se constata el uso de las tasas, primas y recargos mínimos recogidos en el documento “medidas correctoras SDD-2002”, accesible y conocido por parte de todas las empresas imputadas. Pero es que, además, el contenido de esa documentación que resulta indispensable para el pleno ejercicio del derecho de defensa por las partes imputadas ha sido desvelado por la DI, en la medida en que ésta ha elaborado un cuadro en el PCH y en la PR 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”. En concreto esa información la detalla la DI en el cuadro nº 5 reproducido en el HP 25, y el Consejo considera que el contraste de esta información con la contenida en el referido documento “medidas correctoras SDD-2002” no confidencial, y el conocimiento que cada empresa tiene de las guías de tarificación o de las tasas, primas y recargos mínimos utilizadas en sus contratos de seguro y reaseguro decenal es adecuado y suficiente para el pleno ejercicio de sus derechos de defensa.

Algunas empresas se han quejado de la filtración de información contenida en el PCH a varios medios de comunicación, y atribuyen a AUSBANC su autoría, sobre la base de que es la única parte interesada en el expediente que no tiene la condición de imputada, solicitando la apertura de una investigación y a la depuración de responsabilidades por esta infracción del deber de secreto que impone el art. 43 de la Ley 15/2007. El Consejo ha demostrado en el pasado su disposición a ejercer las facultades que le permite la Ley, poniendo a disposición de la Fiscalía los hechos que pudieran probar la infracción. En este caso, el Consejo no tiene indicio o evidencia alguna de que la filtración a la prensa de información del expediente haya partido de AUSBANC o de cualquiera otra persona. No obstante, en el Acuerdo de 20 de julio de 2009 el Consejo adoptó la decisión de restringir a AUSBANC el acceso al expediente, al considerar que “... *aun siendo parte interesada, AUSBANC puede tener un acceso al expediente más limitado que aquellas otras partes que sí ejercen el derecho constitucional de defensa, por estar en el expediente en calidad de imputadas (...). Así lo ha entendido la DI que, al admitir a AUSBANC como parte, solicitó de las empresas imputadas la comunicación de los documentos para los que se solicitaba razonadamente la confidencialidad frente a esa Asociación, existiendo en el expediente un tomo de documentación referida a información aportada o relativa a las empresas imputadas confidencial exclusivamente frente a AUSBANC.*”

Por último, el Consejo tampoco comparte la alegación de CASER de nulidad del procedimiento sancionador por el vicio esencial de falta de concreción de los hechos imputados y la determinación de su presunta autoría, con la consiguiente indefensión. Los HP 38, 41, 44, 47 y 53 recogen información contenida en los hechos acreditados en el PCH, y la PR incluye la calificación jurídica que los mismos le merecen a afectos de la legislación de defensa de la competencia (infracción de los arts. 1.1 Ley 16/1989 y 81.1 TCE desde 2006 y hasta 2007), así como individualiza la responsabilidad que le corresponde por su participación activa en un acuerdo de precios mínimos (apartados VII.3 –págs. 43 y 44 - y VIII -págs. 80 y 81- de la PR). Por consiguiente, el Consejo considera que la actuación de la DI ha respetado escrupulosamente las normas de procedimiento aplicables a este expediente sancionador, y en particular los arts. 33.1 y 34.1 del RDC.

Tercero.- Sobre la existencia de un acuerdo de precios mínimos en el ramo del seguro decenal de daños a la edificación en España

La DI considera que la información contenida en los HP 3 a 11 de esta Resolución revelan un acuerdo entre aseguradoras y reaseguradoras para la fijación de precios mínimos para el seguro decenal de daños a la edificación en España, prohibido por el art. 1.1 de la Ley 16/1989 y por el art. 81.1 del TCE, pues afectó también al comercio intracomunitario.

Todas las empresas imputadas niegan la existencia y participación en un acuerdo para fijar precios mínimos del SDD. No niegan la existencia de reuniones y de intercambio de experiencias e información entre ellas, pero alegan que la DI ha hecho una interpretación interesada y sesgada de esa documentación. Según las empresas, las reuniones y contactos documentados en el expediente tuvieron como único fin 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, y añaden que ese intercambio y consenso debe ser analizado en el contexto económico y jurídico en el que se produjo, que de forma esquemática es el que sigue.

La implantación por la LOE del SDD suponía la necesidad de cubrir un “riesgo nuevo” a los efectos del art. 2.7 del Reglamento CE 358/03 de la Comisión, relativo a la aplicación del art. 81.3 del TCE a determinadas categorías de acuerdos en el sector de los seguros, que vino a sustituir desde el 1 de abril de 2003 al Reglamento CE 3932/92. Un riesgo nuevo sobre el que, según las empresas investigadas, no existía información estadística y experiencia siniestral que permitiera una correcta valoración del mismo para la determinación de las primas. Esto es, las aseguradoras y reaseguradoras individualmente carecían de la información necesaria para evitar situaciones de infraseguro y de insuficiencia de las primas, en un tipo de seguro que tiene un periodo largo de maduración (+ 10 años) y en el que, por su carácter obligatorio, se preveía una elevada contratación. Por ello, durante la elaboración de la LOE el mismo Ministerio de Fomento promovió y coordinó reuniones con las entidades aseguradoras y reaseguradoras (incluso habría potenciado la existencia de una póliza única acorde con la LOE), teniendo un

papel muy activo aquellas que tenían experiencia previa por operar en el mercado francés, donde se habrían producido importantes pérdidas a su introducción como seguro obligatorio.

En este contexto jurídico y económico, varias aseguradoras cedentes (MAPFRE EMPRESAS entre ellas) han señalado que se hizo necesario recurrir a la modalidad de reaseguro obligatorio proporcional o cuota parte, que permite a la aseguradora ceder un porcentaje muy alto del riesgo asegurado a una o varias reaseguradoras. Ante este hecho (que las reaseguradoras aceptaban un porcentaje elevado del riesgo asumido por la cedente), resultaría lógico que aquéllas condicionaran la suscripción del contrato de reaseguro obligatorio proporcional a la observancia por la aseguradora cedente de unas condiciones especialmente prudentes, que garantizaran la estabilidad y suficiencia de las primas contenidas en el contrato de SDD firmado con el tomador. Es decir, que la identidad de los criterios mínimos de tarificación que resultan del cuadro nº 5 del HP 25, en todo caso, sería la “consecuencia natural” de la modalidad del reaseguro obligatorio proporcional o cuota parte, por lo que existiría una explicación alternativa a la concertación.

El Consejo no puede compartir estas alegaciones, porque a su juicio existe evidencia directa y cierta de que las partes alcanzaron 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.

En los HP 3 a 10 se hace referencia a la situación de competencia generada con la entrada en vigor de la LOE, y a la existencia de reuniones desde el verano de 2001 en la que participaron aseguradoras competidoras (ASEFA y MAPFRE EMPRESA) y reaseguradoras competidoras (SCOR, SUIZA y MRSEP), que tuvieron por objeto poner remedio a la bajada de primas derivada de la situación competitiva del mercado nacional, negociando un incremento de las tarifas del SDD y estableciendo condiciones de suscripción uniformes para todo el mercado.

En cuanto a la situación del mercado tras la implantación por la LOE del SDD como seguro obligatorio, SUIZA la describe así *“los dos primeros años fueron en cierta medida caóticos por la competencia dentro del seguro directo [...] Sin duda el 2002, fue el año del necesario golpe de timón de algunas reaseguradoras y de las principales aseguradoras al observar una sustancial baja de las primas de riesgo, tanto por las menores tasas aplicadas como por las sumas aseguradas que situaban el ratio euros/m² en valores muy por debajo de los mínimos conocidos en el mercado de la construcción”* (folios 3372 y 3372 vlt.a; también folio 3373 vlt.a.)”.

Ese “golpe de timón” se empieza a preparar en reuniones como la de 6 de julio de 2001, celebrada en la sede de SUIZA y en la que al menos participaron ASEFA y MAPFRE EMPRESAS. Reunión en la que se dijo que había que *“incrementar sustancialmente las tarifas y endurecer los criterios de suscripción”* (folio 6447 confidencial AUSBANC), y que se trataba de *“condiciones a introducir en todo el mercado, y no solamente para ser cumplidas por Mapfre y Asefa, ya que en ese caso carecerían de sentido”* (folio 6498

confidencial AUSBANC). Tras esas reuniones ASEFA preparó el 31 de agosto de 2001 el documento “medidas correctoras SDD” que recoge los criterios más importantes, técnicos y de tarificación, que se pretendían homogeneizar (HP 7). A la vuelta del verano existe constancia (sin fecha) de una reunión en la sede de SUIZA y a la que también asistieron MAPFRE EMPRESAS, MRSEP SCOR y ASEFA en la que se abordaron, entre otras cuestiones, los criterios de tarificación recogidos en el mencionado documento “medidas correctoras SDD” (folio 7447 confidencial AUSBANC). Más tarde, el 30 de noviembre de 2001 se produce una nueva reunión en la sede de ASEFA a la que asistieron algunas reaseguradoras (no identificadas en el documento obtenido), y en la que aquélla manifiesta discrepancias con MAPFRE EMPRESAS sobre los criterios de tarificación utilizados, y donde termina diciendo que *“cuando nuestra Entidad compruebe fehacientemente que todos nuestros competidores respetan escrupulosamente los criterios técnicos y de tarificación indicados en el documento denominado Medidas Correctoras SDD con los que estamos de acuerdo y los que no estando de acuerdo hemos indicado los nuestros, en ese momento y exclusivamente en ese momento Asefa con mucho gusto participará en otras reuniones como la presente”* (folios 6447 a 6451). Finalmente el 5 de diciembre de 2001 ASEFA envió a MAPFRE EMPRESAS, MRSEP, SUIZA y SCOR una nueva versión de aquel documento, denominada “medidas correctoras SDD-2002” a aplicar 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 renuncias 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 (folios 6474 a 6480 confidenciales AUSBANC).

Primas, tasas y coeficientes correctores mínimos acordados que aparecen reproducidos en las guías de tarificación anexas a los contratos de reaseguro y en las pólizas suscritas por las empresas investigadas y terceras (HP 12 y 21 a 28), como así demuestra el cuadro nº 5 del HP 25, que se reproduce por su elevado valor probatorio:

Cuadro nº 5. Tasas y primas mínimas coincidentes en las guías de tarificación
Tasas mínimas para cobertura básica a 10 años

Para viviendas en bloque	0,55%
Para vivienda unifamiliares	0,70%

Tasas mínimas para cobertura a 3 años

Para estabilidad de fachadas no portantes (Nota 1):	
edificios en bloque	0,05%
unifamiliares adosadas o pareadas	0,03%
unifamiliares aisladas	0,04%
Para impermeabilización de fachadas:	
edificios en bloque	0,05%
unifamiliares adosadas o pareadas	0,06%
unifamiliares aisladas	0,075%
Para impermeabilización de cubiertas:	

edificios en bloque	0,07%
unifamiliares cubierta plana	0,15%
unifamiliares cubierta inclinada	0,11%

Tasa para revalorización automática de la suma asegurada y de la franquicia (% sobre la tasa resultante): (Nota 2)

Con revalorización del 3,5%	6%
Con revalorización del 5%	8%

Primas mínimas para edificios de viviendas (Nota 3)

Para garantía básica:

por póliza (Nota 4)	2000 €
Por vivienda	600 €

Para estabilidad de fachadas no portantes:

por póliza	400 €
Por vivienda	50 €

Para impermeabilización de fachadas:

por póliza	400 €
Por vivienda	50 €

Para impermeabilización de cubiertas:

por póliza	600 €
Por vivienda	100 €

Renuncia a recurso contra agentes intervinientes en el proceso edificatorio.

Recargo en % sobre la tasa neta final - Tasa mínima:

Promotor constructor	20% - 0,15%
Contratista principal	20% - 0,15%
Técnicos ajenos al tomador:	
Proyectista	20% - 0,15%
D. Obra	10% - 0,10%
D. ejecución de obra	10% - 0,10%
Técnicos en plantilla del tomador:	
Proyectista	10% - 0,10%
D Obra	7,5% - 0,075%
D Ejecución de obra	7,5% - 0,075%

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.

En definitiva, el Consejo considera que el documento “medidas correctoras SDD-2002” constituye, como afirma la DI, un acuerdo colusorio sobre primas de tarifa comercial mínimas uniformes, por cuanto que aplicadas tales primas, tasas y recargos mínimos a la suma asegurada en cada contrato de seguro directo se obtiene el precio que debe pagar el tomador del seguro. Por el contrario las empresas imputadas han alegado que las reuniones y contactos mantenidos tenían por objeto suplir la ausencia de información estadística siniestral a la 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*, lo que está permitido 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 Consejo se ratifica en su consideración que ASEFA, MAPFRE EMPRESAS, SUIZA, MRSEP y SCOR acordaron el precio mínimo del SDD de aplicación a partir de 2002, y que este precio mínimo sería impuesto por las reaseguradoras citadas a todas las demás aseguradoras cedentes que operan en España en este mercado. Esta afirmación, de que el acuerdo ha afectado a la prima comercial y no a la prima pura se apoya en diversos hechos probados:

Constan en el expediente 20 pólizas de contratos de SDD –suscritas por ASEFA, CASER y MAPFRE EMPRESAS- elegidas al azar por la DI, en las que se anexan guías de tarificación con las condiciones mínimas de tarificación establecidas en ese documento “Medidas Correctoras SDD-2002” (HP 28). Los tratados o contratos de reaseguro establecen la obligatoriedad de las guías de tarificación. Por ejemplo, en el tratado de reaseguro para SDD suscrito por CASER y SCOR (folios 3960 2 3980 confidenciales de CASER), el art. 5 dispone que con carácter general todos los riesgos en los que el presupuesto inicial de la obra sea inferior a 6.000.000 Euros serán tarificados sin consultar al reasegurador, ya que el contrato contiene directrices de suscripción y de tarificación adjuntas que le han sido remitidas a la cedente en el anexo I, para su uso exclusivo y que son parte integrante del Tratado. También es relevante el hecho de que en ese mismo anexo I al contrato de reaseguro, que recogen las tasas y primas del documento “Medidas Correctoras SDD”, se especifica que se trata de primas mínimas y tasas mínimas “después de bonificaciones”. Todavía más, y aún no siendo relevante para la cuestión que aquí se debate, el Consejo quiere poner de manifiesto que los mencionados Reglamentos CE de exención de ciertas categorías de acuerdos en el sector de seguros consideran fundamental que los cálculos en común del coste medio de la cobertura de un riesgo determinado tengan carácter meramente orientativo (no vinculante), y en este expediente se puede considerar probado que el objetivo de las partes era que el acuerdo fuese vinculante para ellas (folio 6454 confidencial AUSBANC) y aplicado por todo el mercado (folio 6471 confidencial AUSBANC), y a tal fin se realizaron diversas actuaciones, incluido prácticas de retorsión y boicot de competidores.

Esta interpretación que sostiene el Consejo –que se trata de un acuerdo de precios mínimos- es congruente con la conclusión alcanzada en el estudio publicado en el

número 67 de la revista Construcción Alimarket correspondiente a enero de 2007, en el que se afirma que existía una total homogeneidad en las primas propuestas por las distintas aseguradoras en el ramo del SDD (AH 1), así como con lo afirmado por SUIZA en el documento que recoge el HP 3 “*Estudios realizados por la SMBTP [matriz de ASEFA] (...) situaban la tasa mínima neta en el 0,4% por lo cual, al incrementar gastos externos de gestión y gastos internos de suscripción y administración, no permitían suscribir por debajo del umbral del 0,55%*”, que es la tasa mínima para cobertura básica a 10 años para viviendas en bloque acordada en el documento “medidas correctoras SDD-2002”. Y la interpretación del Consejo también es congruente con lo manifestado por otras de las empresas imputadas, que reconocen la ausencia de competencia en el mercado del SDD; entre otras manifestaciones documentadas en el expediente, cabe citar las siguientes:

- En el informe interno elaborado por SCOR sobre la renovación de este seguro para 2005 se dice: “*no hay verdadera competencia entre las compañías debido a las guías de suscripción y tarificación impuestas por las reaseguradoras, sino más bien una fuerte rivalidad por la personalidad de los dirigentes de las compañías. (...) La renovación para 2005 no ha puesto en tela de juicio este funcionamiento y hay que reconocer que esto nos conviene a todos. El mercado de reaseguro permanece estable. Las principales reaseguradoras desde el origen son Swiss re, Munich re y Scor*” (Traducción del francés. Subrayado añadido. folios 6260 y 6261).
- En correos electrónicos internos de SCOR de 13 y 14 de diciembre de 2006, informó que: “*Hannover estaba dispuesto a apoyar a Musaat..., suprimiendo toda guía de tarificación, lo que sería el fin de la disciplina de mercado*” Pienso que sería necesario pasar esta información y sugerir a las cedentes que hagan presión sobre hannover para evitar esto” y que “*Hannover Alemania, (...) ha retirado su propuesta de apoyo al 0,45% bajo la presión de las cedentes españolas y sobre todo de Asefa y Caser... paralelamente. Los representantes de Hannover en España y Francia han intervenido igualmente sobre sus colegas alemanes para hacer retirar su proposición y proteger sus intereses principales*” (Traducción del francés, folio 3374). En el folio 3375 se dice “*existe el rumor de que Musaat ha llegado a un acuerdo con el grupo Diagonal... según parece estos les exigen romper la disciplina del mercado, para lo que tendría que reasegurarse en el exceso de pérdida... De momento un rumor de ayer, que ha desatado el pánico*”.
- MAPFRE EMPRESAS reconoce de forma repetida en sus alegaciones a la PR que el documento “medidas correctoras SDD-2002” incluye referencias a primas comerciales. Así, se puede leer en la pág. 9: “*el documento medidas correctoras se refiere principalmente a cuestiones técnicas y sólo de forma marginal a condiciones comerciales... La inclusión de referencias a primas comerciales en el documento no puede considerarse como una presunción iures et de iure de que éste implica un acuerdo horizontal entre MAPFRE EMPRESAS y ASEFA sobre las mismas...*” En la pág. 11 “*...el hecho de que el documento medidas correctoras se refiera, en cierta*

medida, a condiciones comerciales no prueba, en absoluto un concierto de voluntades...”. Y en la pág. 13 “...el envío por ASEFA a MAPFRE EMPRESAS, MUNCHENER, SCOR y SUIZA el 5 de diciembre del correo electrónico con un documento que además de cuestiones técnicas, contenía primas comerciales, no puede servir de base probatorio para imputar la comisión de infracción alguna por parte de MAPFRE EMPRESAS”.

- ASEFA en un documento denominado “Preparación Plan Estratégico 2008 fechado en octubre de 2007, en un apartado titulado “Amenazas” realizó los siguientes comentarios en relación con las tasas: “Desde 2002 ha habido un alineamiento marcado por las entidades reaseguradoras en cuanto a tasas de SDD. Sin embargo, después de la ruptura de MUSAAT en 2007, hay presiones por parte de nuestros competidores hacia los reaseguradores para reducir las tasas en 2008” (folio 7453 confidencial AUSBANC).

Todavía más, determinadas expresiones de las empresas investigadas relativas al carácter reservado de determinadas reuniones y documentación apuntan en esa dirección, de que las empresas eran conscientes de que no se habían limitado a poner en común su experiencia para el cálculo de coste medio de la cobertura de riesgo o prima neta (que sería bajo ciertas condiciones una conducta exenta conforme a los Reglamentos CE de exención por categorías citados), sino que habían alcanzado un acuerdo ilegal de precios mínimos vinculante para todo el mercado. Entre otra documentación:

- El 21 de diciembre de 2001 SCOR contesta a ASEFA que está intentando montar una reunión (para abordar la actuación díscola de MUSAAT) que sería en Cepreven, pues “en Unespa no se pueda hablar de esto” (HP 46).
- ASEFA con fecha 4 de septiembre de 2001, advirtió: “*CUIDADO CON EL TRIBUNAL DE LA COMPETENCIA y los acuerdos entre los líderes de los mercados. El documento de Fernando tiene que ser estrictamente confidencial*” (folio 6481 confidencial AUSBANC). El documento de Fernando al que se hace referencia es el documento denominado “medidas correctoras SDD-2002”.
- Informe interno de SUIZA denominado “Un paseo por la historia” en el que se describe y justifica el origen del cártel en 2002 lleva en la cabecera bien visible la advertencia “DOCUMENTO EXTRA-OFICIAL, USALO CON CUIDADO.... OK?”. (folio 3371).
- Con fecha 2 de febrero de 2007, ASEFA elaboró un informe interno en el que mencionó que: “*se ha producido una reunión en las oficinas de Mapfre RE, fueron invitados... Suiza, Scor... y Munchener... El motivo era hablar de la problemática planteada por MUSAAT. Mapfre proponía que se liberasen las barreras del 0,55 y 0,7 con el fin de no perder clientes y argumentando el Tribunal de Defensa de la Competencia y la respuesta de los 3 reaseguradores fue TAJANTE en el sentido de no modificar ni una sola de las reglas de suscripción*” (folio 7456 confidencial AUSBANC, HP 52).

Cuarto.- Inexistencia de amparo legal para el acuerdo de precios mínimos

Frente a las alegaciones de las partes, el Consejo considera que un acuerdo horizontal de precios mínimos como el imputado y probado en este expediente no se puede considerar exento de la prohibición de los arts. 1.1 Ley 16/1989 y 81.1 TCE, por aplicación: (i) del art. 4.1 Ley 16/1989 en relación con la legislación sectorial de seguros; (ii) de los Reglamentos CE de exención de ciertas categorías de acuerdos en el sector de seguros; y (iii) por aplicación de los arts. 81.3 TCE y 1.3 Ley 15/2007.

En primer lugar, es cierto que la legislación de seguros establece -para todo tipo de seguros y no sólo para el SDD- la obligación de las compañías de seguros de evitar las situaciones de infraseguro, estableciendo tarifas de primas suficientes que les permitan atender a sus obligaciones, y constituir provisiones técnicas adecuadas (art. 25.3 del RDL 6/2004). Pero ese mismo precepto legal señala que al actuar en el cumplimiento de esa obligación legal, las empresas de seguros están sometidas al “*régimen de libertad de competencia*” que también rige en el mercado de seguros, sin que se pueda considerar que tiene “*carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes*”. En consecuencia, de ningún modo se puede interpretar que la legislación de seguros ampara acuerdos de intercambio de información que tengan como objeto o como efecto concertar e imponer primas comerciales mínimas, que es lo que según la imputación de la DI aceptada por este Consejo han hecho las empresas imputadas, por cuanto al aplicar las tasas o porcentajes mínimos acordados sobre la suma asegurada en cada póliza se obtiene el importe de la prima comercial (el precio del seguro) que debe pagar el tomador del SDD. Prima comercial que, de acuerdo con esa misma legislación del seguros, debería resultar de sumar al importe de la prima pura o de riesgo (para cuyo cálculo en común se permite, bajo ciertas condiciones, el intercambio de información estadística) los recargos de seguridad, de gestión y el porcentaje de beneficios que, individualmente, debe determinar cada empresa. En definitiva, no es posible considerar que la conducta de fijación de precios mínimos imputada esté exenta de la prohibición del art. 1.1 Ley 16/1989, por resultar de la aplicación de una Ley en el sentido del art. 2.1 L1y 16/1989 (art. 4.1 Ley 152007) que, por lo demás y como resulta del propio art. 2.1, no sería obstáculo para la aplicación del art. 81.1 TCE a la conducta imputada.

En segundo lugar, el Consejo no considera aplicable al acuerdo de precios mínimos alcanzado por las empresas imputadas ni el Reglamento CE 3932/92 (vigente desde el 1/04/1993 hasta el 31/03/2003) ni el Reglamento CE 358/2003 (vigente desde el 1/04/2003), relativos a la aplicación del art. 81.3 TCE a determinadas categorías de acuerdos en el sector de los seguros. El Reglamento CE 3932/92 permitía declarar inaplicable el art. 81.1 TCE a cuatro categorías de acuerdos de cooperación en el sector de los seguros. En concreto, el art. 1 declaraba inaplicable, bajo ciertas condiciones, la prohibición de colusión a los acuerdos entre aseguradoras que tuvieran por objeto cooperar en lo relativo a: a) la fijación en común de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas colectivas o el número de siniestros; b) el establecimiento de condiciones tipo para los contratos de seguro; c) la cobertura en común de determinados tipos de riesgos; y d) el establecimiento en común de normas para la verificación y aceptación de

equipos de seguridad. En relación con la primera categoría de acuerdos, el art. 2.a) señalaba que puede tener por objeto “el cálculo del coste medio de la cobertura de los riesgos (primas puras)”, pero se deja claro que estos acuerdos no podrán tener por objeto o efecto la fijación de las “*primas comerciales*” (Considerando 6), por ello el art. 3.b) condiciona la exención a que tales cálculos “*no comprendan en modo alguno los márgenes de seguridad, ni el producto financiero de las reservas, ni los gastos administrativos o comerciales, incluidas las comisiones que puedan pagarse a los intermediarios, ni las cargas fiscales o parafiscales ni el beneficio previsto de las empresas participantes*”.

El vigente Reglamento CE 358/2003 sigue proporcionando amparo a las mismas categorías de acuerdos, con algunas novedades, como la exigencia de que las agrupaciones o *pools* de coaseguro o de correaseguro amparadas por el Reglamento deben tener por objeto cubrir exclusivamente “riesgos nuevos” (art. 7.1 en relación con el art. 2.7). Así, la exención de aplicabilidad del art. 81.1 TCE que establece el art. 3.1 a) para los acuerdos entre empresas de seguros que tengan por objeto el “*establecimiento y la difusión conjuntos de cálculos sobre el coste medio de la cobertura de un riesgo determinado en el pasado*”, se condiciona a que esos cálculos “*no contengan en forma alguna recargos de seguridad, ingresos procedentes de reservas, costes administrativos o comerciales o contribuciones fiscales o parafiscales, y no tengan en cuenta los beneficios de las inversiones ni los beneficios anticipados*” (art. 3.1.c) pues, añade el art. 4, el Reglamento no cubre este tipo de acuerdos cuando “*las empresas participantes se comprometen u obliguen mutuamente, u obliguen a otras empresas, a no utilizar los cálculos o tablas que difieran de los establecidos con arreglo a la letra a) del artículo 1*”. Y por si existiesen dudas, en el Considerando 10 la Comisión manifiesta que “***no quedan exentos los acuerdos relativos a las primas comerciales***”, pues añade “*éstas pueden ser, en efecto, inferiores a los importes resultantes de los cálculos, tablas o estudios en cuestión, puesto que los aseguradores pueden recurrir a los ingresos de sus inversiones para reducir las primas.*” .

En definitiva, este somero análisis de los Reglamentos CE de exención es suficiente para concluir que una conducta colusoria como la imputada, de fijación de precios mínimos (tasas mínimas, primas mínimas, recargos mínimos y valores del metro cuadrado construido mínimos) en el SDD en España, no tiene encaje en ninguna de las categorías exentas en virtud de tales Reglamentos comunitarios.

Por último, el Consejo considera que un acuerdo que tiene por objeto la fijación de precios mínimos como el que se analiza en este expediente, celebrado entre las tres principales aseguradoras y reaseguradoras del SDD en España, y que se ha tratado de imponer por las reaseguradoras concertadas a las demás empresas aseguradoras cedentes mediante su inclusión, como contenido obligatorio, de los contratos de reaseguro obligatorio proporcional o cuota parte, no puede cumplir, cualquiera que sea el contexto económico y jurídico del mercado en el que haya tenido lugar, los requisitos positivos y negativos de exención de los arts. 81.3 TCE y 1.1 Ley 16/1989. Tal y como prueba la información contenida en el HP 3, el objeto del acuerdo era poner fin a la caída del precio

provocada por la intensa competencia existente en los dos primeros años de aplicación de la LOE. Por ello, el Consejo no alcanza a comprender, siquiera de forma aproximativa, cómo un acuerdo de precios mínimos puede cumplir alguno de los requisitos de exención.

Probada, pues, la existencia de un acuerdo de precios mínimos del SDD en España, y que el mismo no se puede considerar exento de la prohibición de acuerdos colusorios de los arts. 1.1 Ley 16/1989 y 81.1 TCE, el Consejo considera que no es preciso entrar a analizar determinadas alegaciones formuladas por las partes (y contestadas por la DI en la PR) que no están relacionadas con la imputación de un acuerdo de precios mínimos del SDD en España, tales como: (i) si el SDD de la LOE es un nuevo producto que proporciona cobertura a un riesgo nuevo a los efectos del Reglamento CE 358/2003; (ii) si un acuerdo entre las principales aseguradoras y reaseguradoras relativo a estimaciones y cálculos sobre los costes de cobertura del riesgo cubierto por el SDD de la LOE, bajo una estructura de reaseguro proporcional obligatorio, se puede considerar exento en virtud de los Reglamentos CE de exención citados, o por aplicación directa de los arts. 81.3 TCE y 1.3 Ley 15/2007; (iii) la obligación legal de operar en el mercado del seguro con primas suficientes; (iv) la experiencia francesa que habría arrojado cuantiosas pérdidas en su introducción como seguro obligatorio, o (v) que el Ministerio de Fomento no sólo era consciente de la necesidad de la cooperación entre las aseguradoras y las reaseguradoras para hacer viable el SDD que introdujo la LOE, sino que alentó y amparó los contactos reconocidos por las empresas.

Cualquiera que fuese la consideración que adoptase el Consejo sobre estas alegaciones de parte, en nada haría variar su afirmación razonada en los párrafos precedentes sobre la existencia de un acuerdo ilícito de precios mínimos en el SDD por parte de ASEFA, MAPFRE EMPRESAS/MAPFRE RE, CASER, SCOR, SUIZA/SWISS RE y MRSEP a aplicar a partir de 2002 y a todo el mercado del seguro decenal de daños en España. Pero en relación con la última de ellas, con la DI, el Consejo considera que los contactos que pudiera haber mantenido la Administración con el sector nada tienen que ver con la imputación realizada en este expediente. Como reflejan los HP (4 y ss.) se enjuician contactos, reuniones y conductas realizadas por las aseguradoras con posterioridad a la aprobación de la LOE, producidos a partir del segundo semestre de 2001 y en lo relativo al establecimiento de precios mínimos para el SDD.

Quinto.- Inexistencia de explicación alternativa a la colusión

Las empresas imputadas (SUIZA, SCOR y ASEFA) han alegado que existe una interpretación lógica y alternativa a la colusión que explica esta homogeneidad de los criterios de tarificación o económicos del SDC. En concreto se argumenta que la uniformidad de las guías de tarificación (reflejada en el cuadro 5 del HP 25) es la consecuencia natural del funcionamiento del mercado de SDD sobre la base de contratos de reaseguro obligatorio proporcional y de su carácter novedoso. Así, SUIZA justifica la semejanza de las condiciones “técnicas” de suscripción de los contratos de reaseguro, primero, en el uso por las reaseguradores de estimaciones similares para el cálculo de sus

costes mínimos de cobertura de riesgo como resultado de haber puesto en común sus experiencias en el mercado francés. En segundo término, porque la reaseguradora líder exige a las demás reaseguradoras que participen en el reaseguro de la cedente que utilicen al menos las mismas condiciones que ofrece ella.

ASEFA lo explica así: “Dado que, en virtud de los tratados de reaseguro proporcionales cuota parte, las reaseguradoras no realizan verificaciones de cada uno de los riesgos asegurados, éstas imponen a las aseguradoras unas condiciones de suscripción mínimas y un precio mínimo para aceptar la cesión de riesgos cubiertos por el seguro decenal. Sin embargo, a partir de dicho precio mínimo que es necesario respetar para obtener el reaseguro, ASEFA, así como el resto de aseguradoras, ofertan sus propios precios o primas comerciales de SDD”.

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 incurren en situación de infraseguro y que las primas percibidas y cedidas (en un % elevado) son suficientes en relación con el riesgo asumido.

Ahora bien, en el expediente existe prueba directa y suficiente para concluir que MAPFRE EMPRESAS, ASEFA, SUIZA, SCOR y MRSEP alcanzaron en 2001 un acuerdo de precios mínimos para el SDD aplicable a todo el mercado (HP 4 a 11), por lo que no es necesario analizar la existencia de una explicación alternativa a la colusión.

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).

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:

- Como anexo de aplicación obligatoria para la aseguradora en los contratos de reaseguro celebrados para 2002 por CASER con SCOR y SUIZA (folios 3975 a 3980 y 4017 a 4022 confidenciales CASER).
- Como anexo de aplicación obligatoria para la aseguradora cedente en el contrato de reaseguro suscrito por MUSAAT con SCOR y SUIZA para 2002 (folios 6726, 6735, 6743, 6752, 6757 y del 6763 al 6779 confidenciales MUSAAT).
- En la guía de tarificación con anagrama de SCOR para el año 2002 (folios 6407-6423 confidenciales ASEFA y SCOR).
- En las guías de tarificación aportadas por MAPFRE EMPRESAS para el ejercicio 2002 (folios 5499-5549 confidenciales MAPFRE), que se consideran de aplicación obligatoria en los contratos de retrocesión suscritos entre MAPFRE RE como cedente y SCOR, MUNCHENER y SUIZA como retrocesionarios (folios 5775, 5834, 5872, 5893, 5917, 6072, 6083 y 6094 confidenciales MAPFRE RE).

En conclusión, la homogeneidad y la falta de competencia en el mercado del SDD en España no tiene su causa u origen en la negociación bilateral entre aseguradoras y reaseguradoras en el marco de los contratos de reaseguro obligatorio proporcional o cuota parte, sino en el cártel formado entre las principales aseguradoras y reaseguradoras del SDD en España, que como confirma el documento “medidas Correctoras SDD” de 5 de diciembre de 2001 incluye un acuerdo para fijar primas comerciales mínimas aplicables al mejor riesgo. Acuerdo de precios mínimos entre los principales operadores del mercado de seguro directo y del reaseguro de SDD en España que fue impuesto por las reaseguradoras concertadas al resto del mercado de SDD a partir de 2002, a través de las guías de tarificación que suelen anexarse a los contratos o tratados de reaseguro de SDD.

Sexto.- Aplicación y vigilancia del acuerdo de precios mínimos

El acuerdo que en 2001 alcanzaron las aseguradoras ASEFA y MAPFRE EMPRESAS y las reaseguradoras SUIZA, SCOR y MUNCHENER 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 en España, y cuyos

términos quedaron recogidos en el documento denominado “medidas correctoras SDD-2002”, fue puesto en práctica en 2002 por las citadas empresas, y fue impuesto por las mencionadas reaseguradoras a las demás aseguradoras cedentes principalmente a través de las guías o manuales de suscripción y tarificación que utilizaron las aseguradoras para tarificar los riesgos. Así lo acreditan los documentos referenciados en el HP 12; entre otros: (i) los contratos de reaseguro suscritos para ese año por CASER con SCOR y SUIZA y por MUSAAT con SCOR y SUIZA; (ii) las guías de tarificación de SCOR y MAPFRE EMPRESAS para 2002; y (iii) los contratos de retrocesión firmados por MAPFRE RE con SCOR, MRSEP y SUIZA.

El Consejo considera igualmente probado que a lo largo del año 2002 SUIZA, MRSEP, SCOR, MAPFRE EMPRESA y ASEFA mantuvieron contactos y realizaron conductas que tenían por objeto lograr que el mencionado acuerdo de precios mínimos fuese aplicado por todos los operadores del mercado del SDD en España. Estas conductas quedan acreditadas con los documentos que se citan en los HP 13 a 19; entre otros, en los siguientes:

- El 24/04/02 ASEFA da cuenta a SCOR de las visitas realizadas a varias entidades financieras tras haber detectado ciertos retrasos e incumplimientos, y sugiere una reunión entre las tres reaseguradoras por un lado, y ella y MAPFRE EMPRESAS por otro, para *“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”*.
- SCOR informó a MRSEP y a SUIZA de esa actividad desplegada por ASEFA, lo que dio lugar a una serie de contactos entre ellas, que desembocaron en la reunión celebrada en 7/5/02 en la sede de ASEFA, MRSEP, SCOR, SUIZA y ASEFA, donde acordaron que el 1/5/02 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 (HP 18).
- Pocos días después, el 17/05/02, ASEFA reiteró a las tres reaseguradoras participantes en la referida reunión la necesidad de que advirtieran por escrito a las aseguradoras 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. MAPFRE EMPRESAS no participó en esta reunión, pero está probado que se comprometió a aplicar las tasas mínimas acordadas desde el 1/07/02 (HP 18, folio 6459 confidencial 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 el constructor (HP 33).

La información recogida en los HP 20 a 28 de esta Resolución permiten al Consejo considerar probado que el acuerdo de precios mínimos fue aplicado de forma continuada hasta el término del año 2007, tanto por las aseguradoras que participaron en el acuerdo (ASEFA y MAPFRE EMPRESAS), como de forma pasiva por otras aseguradoras cedentes que ofrecían el SDD en España (CASER, MUSAAT, SABADELL ASEGURADORA, CATALANA OCCIDENTE, VITALICIO...), y que se instrumentalizó, principalmente, mediante las guías o manuales de suscripción y tarificación, que las reaseguradoras imponían a las aseguradoras cedentes como parte integrante y de aplicación obligatoria de los contratos de reaseguro.

En relación con CASER, el HP 21 permite acreditar que los contratos de reaseguro que ha celebrado en el periodo analizado con las reaseguradoras están acompañados de guías de tarificación que recogen el acuerdo de precios mínimos imputado. No obstante, no existiendo en el expediente evidencia documental de que CASER hubiese participado en la conformación del acuerdo de precios mínimos, resulta obligado concluir que la aplicación del mismo le fue impuesta por las reaseguradoras concertadas (que son sus principales reaseguradoras, HP 1.2). No obstante, existe evidencia documental de que CASER en algún momento pasó de ser un sujeto pasivo del acuerdo a desarrollar un papel activo en su aplicación y defensa frente a los competidores. En efecto, el HP 38 hace prueba de que CASER en junio de 2006 informó a SCOR de una oferta de ASEFA que no respetaba el pacto de precios mínimos, reconociendo finalmente ésta que había sido un error. Y los HP 41, 44, 47 y 53 acreditan la participación de CASER durante 2006 y 2007 en conductas de presión o retorsión frente a las empresas que con su actuación ponían en riesgo el acuerdo de precios mínimos imputado.

El Consejo también considera acreditado que el cumplimiento del acuerdo de precios mínimos por todo el mercado fue objeto de una estrecha vigilancia, por parte de las entidades inicialmente participantes en el cártel (ASEFA, MAPFRE EMPRESAS, SCOR, SUIZA y MRSEP) y por parte de CASER. La vigilancia se centró, sobre todo, en lo relativo a las tasas mínimas, el valor de referencia del metro cuadrado construido y los recargos por renuncia a recurso. Las empresas eran conscientes de la complejidad del acuerdo de precios mínimos y de la existencia de desviaciones y, por ello, desarrollaron conductas de vigilancia del mismo, denunciándose o comunicándose entre ellas los incumplimientos detectados. La existencia de estas conductas por parte de todas las empresas concertadas resulta de los HP 29 a 39).

Por último, el Consejo considera que los HP 40 a 58 permiten acreditar que ante la conducta de algunas aseguradoras cedentes, y de forma particular de MUSSAT, de aplicar precios inferiores a los pactados, ASEFA, CASER, SCOR, SUIZA y MRSEP reaccionaron de forma coordinada con el objetivo de mantener el nivel de precios mínimos acordado, presionando a las reaseguradoras (como HANNOVER RE) que se mostraban dispuestas a contratar con MUSSAT su negocio en SDD para 2007 a precios inferiores a los acordados. Así, a modo de ejemplo, el 12/12/2006 ASEFA se dirigió a HANNOVER RE comunicándole su decisión de no contratar con ningún reasegurador que *“contribuya a apoyar prácticas que puedan desestabilizar este mercado”*. SCOR, en

correos electrónicos internos de 13 y 14/12/06 respecto de la conducta de MUSAAT, afirma que sería el fin de la disciplina de mercado, que sería necesario pasar esta información y sugerir a las cedentes que hagan presión sobre HANNOVER para evitar esto, y que finalmente HANNOVER Alemania había retirado su propuesta bajo la presión de las cedentes españolas, sobre todo de ASEFA y CASER. El 13/12/06 HANNOVER informó a CASER de que la casa matriz había apoyado a MUSSAT al desconocer “*las realidades del mercado Decenal*”, pero que había retirado su oferta, pues su prioridad era mantener buenas relaciones con CASER. Y que el 20/12/06 se produjo una reunión a la que asistieron ASEFA, MAPFRE EMPRESAS, CASER, SUIZA y MRSEP, de cuya existencia fue informada SCOR, en la que se abordó la actuación de MUSSAT y la posición a adoptar.

El hecho de que finalmente, a principios de 2007, MUSSAT lograra reasegurar su negocio en SDD con tasas inferiores a las mínimas acordadas por las imputadas no supuso la ruptura del acuerdo (HP 48 a 58). En concreto, existe evidencia de que: (i) MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE propusieron a las demás empresas concertadas “*que se liberasen las barreras del 0,55% y 0,7 con el fin de no perder clientes y argumentando el Tribunal de Defensa de la Competencia*”; (ii) que las tres reaseguradoras imputadas se opusieron de forma “*TAJANTE en el sentido de no modificar “ni una sola de las reglas de suscripción”*” (HP 52); (iii) que CASER presionó a su principal corredor de reaseguro para que no distribuyera una oferta alternativa en decenal (HP 53); (iv) que ASEFA presionó a entidades financieras para que no trabajasen con MUSAAT (HP 54), a las reaseguradoras concertadas para que no reasegasen a aquélla tampoco para 2008 (HP 57), y que propuso a éstas 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 (HP 56).

Séptimo.- Infracción única, compleja y continuada de los artículos 1.1 de la Ley 16/1989 y 81.1 del TCE

Para el Consejo el conjunto de conductas realizadas por las empresas imputadas a lo largo del periodo investigado, con el distinto nivel de participación que resulta de los HP, configura una infracción única, compleja y continuada del art. 1.1 de la Ley 16/1989 y del art. 81.1 del TCE.

La infracción se inicia en 2001 con los contactos mantenidos entre las aseguradoras MAPFRE EMPRESAS y ASEFA por un lado, y las reaseguradoras SCOR, MRSEP y SUIZA por otro, con el objetivo de fijar precios mínimos para el SDD introducido por la LOE. Estos contactos e intercambio de información fructificaron en el documento, elaborado por ASEFA y remitido a las demás empresas cartelizadas, denominado “*medidas correctoras SDD-2002*”, en el que además de criterios técnicos para la valoración del coste de cobertura del riesgo decenal de daños a la edificación, se pactan tasas mínimas, primas mínimas, recargos mínimos y valores del metro cuadrado construido mínimos.

Este acuerdo anticompetitivo fue puesto en práctica en 2002 mediante comportamientos coordinados, calificables jurídicamente como prácticas concertadas, realizados por las empresas que diseñaron el acuerdo de precios mínimos, con el objetivo de que éste fuese aplicado no sólo por ellas sino por todo el sector (folio 6459 confidencial AUSBANC), para lo cual trasladaron el acuerdo de precios mínimos a las guías o manuales de suscripción y tarificación que utilizan las aseguradoras para tarificar los riesgos, que fueron impuestas por las reaseguradoras al resto del mercado, mediante su inclusión como parte integrante de los contratos de reaseguro obligatorios proporcionales concertados con las aseguradoras cedentes.

El acuerdo de precios mínimos se aplicó de forma continuada durante los años 2002 a 2007, periodo en el que a las cinco empresas iniciales (ASEFA, MAPFRE EMPRESAS, SCOR, MRSEP y SUIZA) se sumaron MAPFRE RE (que lo aplicó desde 2002) y CASER (desde 2006), y en el que las imputadas desarrollaron diversas prácticas concertadas de vigilancia del acuerdo, así como de presión y boicot a las empresas que se habían o pretendían no aplicar los precios mínimos pactados.

La DI ha utilizado el término *cártel* para referirse a esta infracción, que califica de acuerdo complejo, y considera que fue al tiempo un acuerdo horizontal entre competidoras (aseguradoras por un lado y reaseguradoras por otro) y vertical entre empresas que operan en mercados relacionados (aseguradoras y reaseguradoras). Por el contrario el Consejo considera que si bien los contactos fueron horizontales y verticales la infracción constituye un único acuerdo complejo de fijación de precios mínimos entre competidores; un *cártel* de fijación de precios. A estos efectos, 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. Dada esta modalidad de reaseguro, un acuerdo de fijación de precios mínimos para todo el mercado solo podía ser efectivo si en el mismo participaban, al menos, los principales operadores del seguro directo y del reaseguro de daños a la edificación en España. Por ello, el acuerdo que se plasma en el documento “medidas correctoras SDD-2002” constituye una infracción de la prohibición de acuerdos colusorios única y compleja entre competidores, que tiene por objeto la fijación de precios mínimos del SDD en España.

Una infracción compleja, muy grave, única y continuada en el tiempo (2002-2007), que se lleva a término mediante la realización por las empresas imputadas, si bien con un distinto grado de intensidad o de implicación, de comportamientos coordinados subsumibles unos en la categoría jurídica de acuerdos y otros en la de las prácticas concertadas prohibidas por los arts. 81.1 TCE y 1.1 Ley 16/1989. Frente a lo alegado por algunas de las empresas infractoras, los acuerdos de reaseguro obligatorio proporcional, que se podrían calificar como acuerdos verticales o entre no competidores, no forman parte en sí mismos de esta infracción compleja imputada. El reproche *antitrust* radica en el origen concertado de la conducta de las reaseguradoras imputadas de imponer el acuerdo de precios mínimos pactado con las aseguradoras ASEFA y MAPFRE

EMPRESAS al resto del mercado de seguro directo, mediante su inclusión (pactada con aquéllas) en las guías de tarificación que se anexan a los contratos de reaseguro obligatorio proporcional como parte integrante de su contenido obligatorio. Es decir, la exigencia de las reaseguradoras imputadas a (todas) sus cedentes de respetar unos precios mínimos en los contratos de seguro directo de daños a la edificación, se considera parte integrante de la infracción compleja imputada, en la medida y sólo en la medida en que tiene un origen concertado, en tanto que práctica a través de la cual se materializa por las reaseguradoras el tantas veces señalado acuerdo de fijación de precios mínimos recogido en el documento “medidas correctoras SDD-2002” de 5 de diciembre de 2001.

Este mismo argumento es válido para el seguimiento de competidores realizado por las empresas aseguradoras, así como por parte de reaseguradoras mediante auditorías que verificaban el método de suscripción y que no se habían cedido al contrato de reaseguro pólizas a primas inferiores a las pactadas. Desde la legislación de competencia nada hay que reprochar a la conducta individual de los operadores de observar o vigilar la conducta de mercado de sus competidores, y a que modifiquen o adapten de forma individual su conducta en la forma que consideren más favorable a sus intereses, como tampoco merece reproche alguno que en el marco de contratos de reaseguro obligatorios proporcionales las reaseguradoras auditen la actividad de su cedente que es objeto del contrato. De nuevo el reproche *antitrust* a estas conductas surge por su origen coordinado o concertado y por su finalidad anticompetitiva: vigilar que el acuerdo de precios mínimos era respetado por las partes y por todo el mercado, y en caso de detectarse incumplimientos ponerlos en conocimiento de los miembros del cártel de precios mínimos para, en su caso, adoptar medidas de presión, retorsión y boicot.

Cuando se trata de infracciones complejas y continuadas, la jurisprudencia comunitaria ha afirmado que no es necesario que la autoridad de competencia las defina exclusivamente como acuerdo o como práctica concertada, pues incluso puede no ser factible o realista establecer dicha distinción, ya que la infracción puede presentar al mismo tiempo distintas características de ambos tipos de conductas prohibidas. Más aún incluso sería artificial subdividir en varias infracciones menores lo que constituye claramente un empeño común con un objetivo global único e idéntico de todas las empresas infractoras; en este caso, eliminar la competencia mediante el establecimiento de precios mínimos aplicables a todo el mercado (Decisión de 13/07/1994, As. IV/C/33.833 Cartoncillo, apartado 128, y STPI de 14/05/1998, Ass. T-308, 334, 338, 348 y 354, apartado 43). Igualmente esta jurisprudencia ha señalado que el concepto de infracción única puede referirse a la calificación jurídica de un comportamiento contrario a la competencia, y que asimismo también puede referirse al carácter personal de la responsabilidad por las infracciones de las normas sobre competencia. Por ello es posible, y no contraviene ningún derecho de defensa de las empresas, el hecho de que la autoridad de competencia pueda imputar responsabilidad por la infracción compleja considerada en su conjunto aun cuando se haya acreditado que la empresa de que se trate sólo participó directamente en uno o en varios de los elementos constitutivos de la infracción. Del mismo modo, esta jurisprudencia añade que el hecho de que diferentes empresas hayan

desempeñado diversas funciones en la persecución de un objetivo común no elimina la identidad de objeto contrario a la competencia y, por tanto, de infracción, a condición de que cada empresa haya contribuido, a su propio nivel, a la persecución del objetivo común (por todas, STPI de 12/12/2007, Ass. T-101/ BASF AG y T-111 UCB SA, apartados 159 a 161).

Por cuanto antecede, el Consejo califica el conjunto de actuaciones ilícitas realizadas por las empresas imputadas como conformadoras de una infracción única, compleja y continuada en el tiempo de los artículos 81.1 del TCE y 1.1 de la Ley 16/1989, que también podríamos denominar cártel como hace la DI. Un cártel o infracción única, compleja y continuada en la que han participado ASEFA, MAPFRE EMPRESAS, CASER, MRSEP, SUIZA, SWISS RE, SCOR y MAPFRE RE, pero con una intensidad temporal y conductual diversa, por lo que su concreta responsabilidad por la infracción cometida es distinta, lo que necesariamente se tendrá que tener en cuenta al punto de determinar el importe de la sanción, momento en el que se detallará el nivel de participación de cada una de las empresas imputadas.

MAPFRE EMPRESAS y MRSEP y CASER han alegado la prescripción de su responsabilidad administrativa. En particular MAPFRE EMPRESAS alega que de haber cometido una infracción de la normativa de competencia su duración se habría limitado al periodo del verano de 2001- febrero de 2002, por lo que ésta estaría prescrita por aplicación del art. 13 de la Ley 16/1989 (art. 68 de la Ley 15/2007). MRSEP ha alegado que su cooperación con aseguradoras y reaseguradoras iniciada en 2001 habría finalizado en el año 2003, por lo que también su responsabilidad habría prescrito por el paso de los 4 años que establecen los dos preceptos legales antes citados. El Consejo considera que las consideraciones anteriores relativas la naturaleza de infracción única, compleja y continuada del conjunto de actuaciones concertadas realizadas por las empresas imputadas en el periodo 2001-2007 sirven para desvirtuar ésta y cualquier otra alegación de prescripción de la responsabilidad administrativa que incumbe a las empresas imputadas en este expediente. Además, con independencia del concreto grado de participación de cada una de las empresas en el cártel, en los HP existe evidencia suficiente de que MAPFRE EMPRESAS y MRSEP, han aplicado el acuerdo de precios mínimos durante toda la vigencia del acuerdo, y CASER desde junio de 2006.

Octavo.- La participación y responsabilidad de SWISS RE en el acuerdo de precios mínimos.

A instancia de la DI, ASEFA, MAPFRE EMPRESAS, MAPFRE RE, CASER, SCOR, MRSEP y SUIZA han manifestado que adoptan sus decisiones en el ámbito del SDD en España de manera plenamente autónoma.

No obstante, en relación con la actuación de SUIZA, la DI considera que de la documentación existente en el expediente se desprende que SWISS RE *“también ha participado en el cártel, puesto que ha sido la que ha reasegurado el riesgo, figurando como titular de todos los contratos de reaseguro y obteniendo las primas cedidas en el marco de los mismos”*.

SWISS RE, por el contrario, ha alegado que ni ha participado ni ha tenido conocimiento de las conductas imputadas en este expediente, no dio instrucciones en ese sentido a su filial SUIZA ni influyó en la actuación de ésta en relación con tales conductas, correspondiéndole a la CNC la carga de probar lo contrario, y al no haberlo hecho y considerársele imputada se está vulnerando el principio de presunción de inocencia.

Con la DI, el Consejo considera que SWISS RE no está imputada en este expediente en aplicación de la doctrina de la corresponsabilidad de la empresa dominante, recogida en el art. 8 Ley 16/1989 (y en el art. 61.2 Ley 15/2007), sino que lo está en calidad de autora directa de la infracción, por el simple pero jurídicamente trascendente hecho de que es la matriz (SWISS RE) y no su filial al 100% para España (SUIZA) la que firma el contrato de reaseguro. SWISS RE es la parte contratante de los contratos de reaseguro que, en calidad de agente, por cuenta y en nombre de ella, negocia su filial SUIZA con las aseguradoras cedentes. En tanto que parte contratante, SWISS RE es quien formalmente reasegura (asume) el riesgo cedido, es quien recibe las primas resultantes, y es quien jurídicamente y económicamente responde del cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de reaseguro, que incluye guías de tarificación que recogen elementos relevantes del acuerdo de precios mínimos en el que participó directamente su filial SUIZA. Por tanto se le debe considerar autor de la infracción administrativa imputada.

No obstante, el Consejo considera conforme a Derecho la alegación de SWISS RE de que no se le puede imponer una sanción distinta a la que corresponda a SUIZA por su participación en la infracción sancionada, por cuanto su conducta no se diferencia materialmente de la realizada por ésta; el comportamiento de la matriz no ha sido materialmente distinto del realizado por su filial al 100%.

SWISS RE también ha alegado que su imputación en este expediente vulnera el principio de igualdad, por discriminación con relación a las matrices de las imputadas SCOR y MRSEP, que no han sido consideradas por la DI como responsables de las conductas de éstas.

El Consejo considera que no existe el trato discriminatorio alegado, sino un trato desigual de situaciones que no son jurídicamente equivalentes. En efecto, y SWISS RE no lo desconoce, SCOR y MRSEP carecen de personalidad jurídica propia, ya que jurídicamente son sucursales españolas de una sociedad que no tiene ni nacionalidad española ni domicilio social en territorio español. Por tanto, la relación jurídica no es de matriz a filial, como sucede en el caso de SWISS RE y SUIZA, sino de oficina principal a sucursal en territorio español, aun cuando como sucursal inscrita en el Registro Mercantil pueda haber sido dotada del mismo grado de autonomía de comportamiento que pueda tener SUIZA. A estos efectos, es oportuno traer aquí la noción de sucursal del art. 295 del Reglamento del Registro Mercantil “*todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad*”. En consecuencia, la DI no tenía necesidad de imputar formalmente a las sociedades extranjeras con sucursal en territorio español “MUNCHENER RUCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT

AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN” y “SCOR GLOBAL P&C, SE”, porque ya lo están a través de sus sucursales MRSEP y SCOR Ibérica. Esto es, la persona jurídica responsable de la infracción ya está imputada al estarlo su sucursal sin personalidad jurídica abierta en España. En definitiva, no existe en estos dos supuestos la dualidad de personas jurídicas que se produce en el caso de SWISS RE y SUIZA, y sólo pueden considerarse sujetos infractores a las personas jurídicas que realicen las conductas tipificadas como infracción (art. 61.1 Ley 15/2007), por lo que no se ha producido el trato discriminatorio alegado ni tampoco indefensión de las dos sociedades extranjeras señaladas. Por ello, la Resolución del Consejo debe declarar responsables de la infracción administrativa a MUNCHENER RÜCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN y a SCOR GLOBAL P&C, SE, en calidad de personas jurídicamente responsables de las conductas ilícitas realizadas por sus sucursales domiciliadas en territorio español: MÜNCHENER RÜCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT, SUCURSAL EN ESPAÑA y PORTUGAL (MRSEP) y SCOR GLOBAL P&C IBERICA SUCURSAL (SCOR), respectivamente.

Noveno.- La responsabilidad de MAPFRE RE

MAPFRE RE ha alegado que si bien ella y MAPFRE EMPRESAS actúan dentro del grupo MAPFRE de manera independiente, cada una en su correspondiente mercado, MAPFRE RE no ha desarrollado un comportamiento diferenciable del de MAPFRE EMPRESAS que justifique una imputación separada, ya que en el ámbito del SDD se ha limitado esencialmente a canalizar el negocio de reaseguro cedido del Grupo, por lo que ambas sociedades del Grupo constituyen sociedades cedentes en el ámbito del SDD.

El Consejo no comparte esta alegación. MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE son personas jurídicas independientes y, como se reconoce, actúan de manera independiente una de la otra en su respectivo ámbito del mercado; una realizando seguro directo y la otra retrocediendo el riesgo cedido por las empresas del Grupo, aunque no sólo (párrafo 4º del HP 1.4). Por ello, aunque el nivel de implicación o participación de cada una de ellas en la infracción compleja imputada varía, los HP 12, 32 a 34, 49 a 52 permiten considerar probado que: (i) MAPFRE RE recibió información sobre las ofertas detectadas a precios inferiores a los mínimos pactados; (ii) participó en la aplicación del acuerdo, al actuar como reasegurador de MAPFRE EMPRESAS y de otras cedentes ajenas al grupo, y al retrotraer el riesgo asumido a SUIZA, SCOR y MRSEP mediante contratos sujetos a las condiciones de contratación acordadas entre la cedente y el retrocesionario líder; (iii) hizo seguimiento de sus competidores denunciando a los incumplidores a las reaseguradoras SUIZA y MRSEP; (iv) y participó en la convocatoria a principios de 2007 de una reunión con MRSEP, SCOR y SUIZA, en la que junto con MAPFRE EMPRESAS propuso una rebaja de las tasas mínimas, para no perder clientes y evitar problemas con la legislación de competencia.

Por ello, si bien con distinta intensidad, ambas empresas son autores de una infracción única y continuada de la normativa de competencia. No obstante, no cabe desconocer que

pertenecen a un mismo grupo empresarial, que ha decidido operar en esta rama del seguro de daños mediante dos personas jurídicas diferenciadas, que se reparten internamente las funciones captación de seguro directo y de canalización del negocio de reaseguro cedido al grupo empresarial. De hecho el SDD ajeno al grupo que retrocede MAPFRE RE es absolutamente marginal (párrafo 6º del HP 1.4) e insignificante en el período 2003/2007 según la propia empresa. Por todo ello, el Consejo considera que se debe imponer una única multa a ambas empresas, de cuyo pago son solidariamente responsables (art. 130.3 de la Ley 30/1992).

Décimo.- Efecto de la infracción sobre la competencia y los precios

La DI considera que el acuerdo de precios mínimos imputado “*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*”. Las empresas han alegado que el acuerdo por ellas alcanzado no ha eliminado la competencia, por cuanto como ha reconocido la DI existen diferencias entre las guías de suscripción y tarificación utilizadas por unas y otras aseguradoras y reaseguradoras, así como en las tasas efectivamente aplicadas con respecto a las condiciones que supuestamente se habrían pactado. En segundo lugar, las reaseguradoras alegan que la competencia entre ellas se produce en las comisiones de reaseguro que pagan a las aseguradoras cedentes.

A juicio del Consejo ninguna de estas alegaciones puede prosperar, por cuanto la imputación que se hace a las empresas es de un acuerdo de tasas, primas y recargos mínimos; esto es, del precio mínimo que debe pagar el tomador del seguro. Por tanto, la alegación de que las reaseguradoras compiten en las comisiones que deben pagar a las aseguradoras cedentes no puede desvirtuar aquella imputación. Igual suerte debe correr la alegación relativa a la existencia de diferencias entre las guías de tarificación, porque aun siendo ciertas (HP 25 y 27) su magnitud no es suficiente para desvirtuar la sustancial homogeneidad que revela el cuadro nº 5 del HP 25. Homogeneidad que reconocen las empresas, si bien la imputan al funcionamiento natural del mercado del SDD en España. Este mismo argumento -que la imputación es de un acuerdo de precios mínimos-, permite al Consejo rechazar las alegaciones, como la de ASEFA, de que en 2002 estableció tasas de prima mayores a las pactadas, como también aquellas alegaciones que hacen referencia a la existencia de desviaciones a la baja. En efecto, la praxis de las autoridades de competencia muestra que es relativamente habitual en los cárteles de fijación de precios, y más en los que presentan una cierta complejidad en su aplicación como es el caso, que se produzcan desviaciones o incumplimientos puntuales. Precisamente por ello, siendo las partes conscientes de este riesgo, vigilaron su cumplimiento y se denunciaron los incumplimientos detectados (por ejemplo, folios 6396 y 6397 confidenciales AUSBANC), que son calificadas como conductas de competencia desleal (folios 6373 y 6375 confidenciales AUSBANC). Por último también se ha alegado que la existencia en muchos casos de recargos, suplementos y descuentos permite singularizar las pólizas y desvirtuar la existencia de la infracción imputada. A este respecto, la DI ha aclarado (HP 27) que el acuerdo de precios mínimos no ha alcanzado a las tasas adicionales o suplementarias que algunas aseguradoras establecen cuando determinadas características

técnicas de la construcción determinan (número de sótanos, número de plantas sobre rasante etc.) un mayor riesgo, tasa que se añade a la mínima pactada que, por tanto, son aplicables al mejor riesgo. La DI también ha excluido que forme parte del acuerdo los recargos o descuentos que en función del tipo de suelo, pendiente, nivel freático, cimentación, tipo de estructura, etc., aplican algunas aseguradoras.

Por otra parte, a mayor abundamiento, el Consejo considera que existe en los HP evidencia suficiente de que la finalidad de la concertación era *“incrementar sustancialmente las tarifas y endurecer los criterios de suscripción”* (HP 5, folio 6447 confidencial AUSBANC), adoptando una *“serie de medidas mínimas que de acuerdo con nuestros criterios de suscripción eran imprescindibles para mantener los criterios que antes de la publicación de la LOE habían hecho del ramo un modelo a seguir”* (HP 16, folio 6452 confidencial AUSBANC), lo que se hizo en 2002, que *“fue el año del necesario golpe de timón de algunas reaseguradoras y de las principales aseguradoras al observar una sustancial baja de las primas de riesgo, tanto por las menores tasas aplicadas como por las sumas aseguradas que situaban el ratio euros/m² en valores muy por debajo de los mínimos conocidos en el mercado de la construcción”* (HP 3, folios del 3371 al 3373 vlt.a).

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 los años posteriores. No es menos relevante, a los efectos de valorar el impacto restrictivo sobre la competencia de la infracción imputada, observar la evolución de la cuota conjunta de mercado de las empresas implicadas en la infracción, tanto de aseguradoras como de reaseguradoras, que nos muestran los cuadros nº 2 y nº 4 de los HP 2.5 y 2.7, respectivamente. Para el Consejo ambos cuadros permiten afirmar que 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. Así, la cuota conjunta de SCOR, SUIZA y MRSEP ha oscilado durante el periodo 2002-2007 entre el 61%-70%, en tanto que la cuota conjunta de las aseguradoras ha oscilado en la banda 38%-63%. Igualmente, el cuadro nº 2 permite observar que la ruptura del cártel en 2007 ha permitido a MUSAAT mejorar su penetración en el mercado (del 4% en 2006 al 15% en 2008), que estaba en caída libre desde la aplicación de cártel en el año 2002 (16,24%).

La conducta realizada (un cártel complejo de fijación de precios mínimos) es una infracción por objeto, por lo que no es necesario 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.

No obstante, la DI ha considerado que *“La infracción tuvo un impacto real, ya que al aplicarse los precios mínimos por los miembros del cártel e imponerse al resto de los operadores, se eliminó por completo la competencia en precios en todo el mercado.*

Como consecuencia de ello se produjo un incremento del precio de este seguro en España. Así lo reflejan los datos aportados por ICEA y UNESPA y así ha sido

reconocido por algunos operadores (SCOR), que han llegado a establecer una relación causa-efecto entre el incremento de la tasa media y la utilización de las guías de tarificación (folio 6252).

De acuerdo con los valores reflejados en un cuadro elaborado por UNESPA e incluido en un informe de SUIZA (folio 3372 vlt) la tasa media anual, que resulta de dividir el importe de primas contratadas entre la suma asegurada y que refleja el precio medio del seguro, invirtió en 2002 la tendencia decreciente anterior a ese año y pasó del 0,65% en 2002 al 0,77% en 2005, lo que representa un incremento del 18,4% tan sólo en 3 años.

Del mismo modo, según los cálculos realizados por la DI (cuadro n° 1 del PCH) a partir de los datos publicados por ICEA en su informe n° 1025 de junio de 2007 (folio 3693 vta.), la evolución de la tasa media anual coincide con la publicada por UNESPA, si bien comprende también el año 2006 en el que dicha tasa se situó en el 0,76%, por lo que el incremento de la misma durante el periodo 2002/2006 fue del 16,9%.”

Las empresas imputadas han cuestionado la utilización del Informe de ICEA correspondiente al año 2006, cuando ya estaba disponible el Informe del año 2007, y que la DI no utilizó porque consideró que podría no reflejar la realidad del mercado, en tanto que se formula con información aportada por las aseguradoras con posterioridad a la incoación de este expediente sancionador. El Consejo acordó de oficio, como prueba complementaria, la aportación al expediente de todos los informes elaborados por el ICEA en este mercado, y con la información contenida en los mismos ha elaborado las tablas que se recogen en el HP 59. De su análisis, en resumen, y en relación con el argumento de una posible manipulación de los datos, el Consejo considera que con la información disponible no es posible concluir que los datos han sido “manipulados”, si bien es cierto que las cifras se modifican a la baja en 2007, y que la evolución de la tasa media es más suave. Igualmente observa que las cifras revisadas en 2008 sufren escasas variaciones con respecto a 2007 y, por otro lado, el descenso de la tasa media en el periodo 2007-2008 es coherente con la disminución de la demanda, y con la nueva situación competitiva del mercado generada por la ruptura del acuerdo de precios mínimos. Ruptura del cártel que, además, tiene otra consecuencia de naturaleza contractual (probablemente motivada por la conducta de MUSAAT): una mayor utilización de la modalidad de reaseguro de estructura no proporcional o de exceso de siniestro o XL, a precios inferiores a los mínimos del cártel.

Varias empresas han cuestionado la validez o robustez de los datos estadísticos de ICEA para valorar el impacto del acuerdo sobre los precios. En particular, MRSEP valora la prueba practicada por el Consejo en el sentido de que el carácter provisional, mutable y extraordinariamente heterogéneo de los datos base, determina 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. Además, y en relación a la consideración de la DI sobre el continuo incremento de la tasa comercial hasta un total de 10 puntos porcentuales entre 2002-2006 como efecto del acuerdo de precios mínimos, MRSEP considera que los datos más recientes (del Informe ICEA del año 2008) revelan,

por el contrario, una tendencia abiertamente decreciente de la tasa media desde 2005, año en el que aun estaría vigente el cártel. ASEFA, SUIZA y SWISS Re, además, alegan 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. Pero, aun con todas estas limitaciones, las citadas empresas entienden que el análisis de la DI debería haberse centrado en la evolución de las tasas medias de cobertura básica de la Obra Fundamental, dado que la mayor parte de los seguros contratados se refieren a ésta, y es además el único obligatorio en aplicación de la LOE. Y a su criterio esas estadísticas de ICEA ponen de manifiesto que los efectos anticompetitivos del pretendido acuerdo de precios mínimos ha sido insignificante; en todo caso, muy lejos de los 10 puntos básicos de la tasa media que afirma la DI. En definitiva, las empresas sostienen que si el Consejo aprecia la existencia de un acuerdo de precios mínimos, éste no ha tenido el impacto sobre precios que la DI ha afirmado, tanto si se toman las estadísticas de ICEA relativas a Datos Generales del SDD como si se toman las relativas a Obra Fundamental.

El Consejo considera que el mercado afectado es el del seguro de daños a la edificación, porque así lo entendieron también las empresas. En efecto, en el informe que elabora ASEFA de la reunión de 7/05/2002, ante la afirmación de SCOR de que se pueden realizar operaciones por debajo de los precios mínimos pactados cuando se trata de reaseguro facultativo, aquélla da cuenta del “*gran estupor*” que causa este comentario en los demás (SUIZA y MRSEP), y “*se deja claro que las condiciones estipuladas debe ser para todos los casos (...), y si posibilidad de reducciones, bonificaciones ni otras zarandajas*” (HP 18).

El Consejo acepta el valor probatorio relativo de los datos de ICEA y, por ello, de las tablas del HP 59 para cuantificar el impacto del acuerdo en el nivel de la tasa media del SDD. No obstante, como se ha puesto de relieve a lo largo de los fundamentos de derecho precedentes y así resulta también de los HP (en particular, de los HP 3 y 12), el objeto y el efecto del acuerdo de precios mínimos era eliminar, en palabras de las propias empresas, la “caótica” competencia existente en los dos primeros años de aplicación de la LOE, que había producido una bajada generalizada de las tasas en un contexto de explosión de la demanda. Este objetivo se alcanzó, y así es reconocido por las empresas: “*no hay verdadera competencia entre las compañías debido a las guías de suscripción y tarificación impuestas por las reaseguradoras*” (traducción del francés. folios 6260 y 6261 confidenciales AUSBANC). La relación existente entre el incremento de las tasas medias en 2002 y el pacto de precios trasladado a las guías de tarificación es reconocido por SCOR en un documento interno de 2005: “*Constatamos que las tasas medias aumentaron a partir de 2002 debido al efecto de la nueva guía de tarificación aplicada. Las tasas medias son consistentes con los precios mínimos del 0,55% de los edificios y de 0,70% para las casas. La prima mínima de 2.000 € se cumple a partir de 2003*” (folio 6252 confidencial AUSBANC. Traducción del francés de la CNC). Estos porcentajes mínimos son los que recoge el cuadro nº 5 elaborado por la DI sobre la base de las guías

de tarificación que se mantienen confidenciales; cuadro que está reproducido en el HP 25 y en el FD 3°.

Como consecuencia de esa ausencia de competencia producida por el cártel, en los años 2002 y siguientes se produce un incremento de las tasas medidas, tanto si se tienen en cuenta los datos de Obra Fundamental como los Datos Generales del SDD (tablas 1 y 2 del HP 59). Este hecho resulta todavía más llamativo si tenemos en cuenta el crecimiento del mercado en aquellos años. El espectacular crecimiento de la suma asegurada, especialmente entre los años 2000 y 2005, fruto del boom inmobiliario que ha vivido el país, sumado al carácter obligatorio del seguro decenal, han provocado un crecimiento del volumen de primas contratadas muy significativo que hace que la elevación de las tasas tenga un impacto mayor. Un objetivo que se logra sustancialmente hasta el momento en que determinadas aseguradoras (en especial MUSAAT) logran romper la disciplina que imponían de forma particular las reaseguradoras a todo el mercado, consiguiendo reaseguro para 2007 a precios inferiores a los mínimos pactados, en un contexto ya de reducción de la demanda derivado de la crisis inmobiliaria. Los datos de 2008, y el hecho de que varias compañías pasen a utilizar programas de reaseguro no proporcional hasta entonces prácticamente inexistentes (HP 2.7), indicarían que el acuerdo de precios mínimos ha dejado de estar en vigor. Esta valoración, como ya se ha dicho más arriba, es compartida por las empresas. Así ASEFA en el documento denominado “Preparación Plan Estratégico 2008, de octubre de 2007, realiza el comentario siguiente sobre las tasas de SDD *“Desde 2002 ha habido un alineamiento marcado por las entidades reaseguradoras en cuanto a tasas de SDD. Sin embargo, después de la ruptura de MUSAAT en 2007, hay presiones por parte de nuestros competidores hacia los reaseguradores para reducir las tasas en 2008” (...). “La situación actual ha dado la vuelta, hay gran oferta de reaseguros, los tipos de interés se han incrementado y las bolsas están marcando posiciones cercanas a los máximos. Esto contribuye a un mayor rendimiento financiero, y relajación en la suscripción, es decir bajada de precios”* (folio 7453 confidencial AUSBANC).

Décimo.- Procedencia e individualización de la sanción

El artículo 9 de la Ley 16/1989 establece que quienes realicen conductas de las descritas en el artículo 1 de la misma Ley podrán ser requeridos por el Consejo de la CNC para que cesen en los mismos y en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 faculta al Consejo para imponer a las empresas que deliberadamente o por negligencia sean autores de un acuerdo restrictivo de la competencia la imposición de una multa de hasta 150.000.000 de pesetas (900.000€), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución del Consejo.

El Consejo de la CNC considera que en el expediente existe evidencia suficiente para afirmar que se trata de una infracción deliberada de la normativa nacional y comunitaria de defensa de la competencia. Expresiones tales como: (i) que la reunión sería en Cepenven pues *“en Unespa no se puede hablar de esto”*; esto es, de la conducta de

MUSAAT; (ii) *“cuidado con el Tribunal de la Competencia y los acuerdos entre los líderes de los mercados”*; (iii) o *“con el fin de no perder clientes y argumentando el Tribunal de Defensa de la Competencia”*, que las dos MAPFRE manifestaron con el objeto de relajar el acuerdo de precios mínimos. También es relevante en este sentido el hecho de que SUIZA en su informe de la reunión celebrada el 7/05/2002 hubiese borrado de la lista de asistentes a sus competidores SCOR y MRSEP (HP 18). Estas conductas y expresiones de las imputadas (referenciadas al final del Fundamento de Derecho Tercero), acreditan por sí mismas que las empresas eran conscientes del carácter ilícito de su acuerdo de precios mínimos.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la discrecionalidad que el art. 10 de la Ley 16/1989 otorga a la CNC debe ser ejercitada ponderando las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad, entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida, y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho (entre otras, STS de 21/02/2006). El propio art. 10 de la Ley 16/1989 establece criterios que deben ser tenidos en cuenta para alcanzar esa proporcionalidad entre la gravedad de la conducta ilícita y la responsabilidad exigible al autor de la misma. Criterios objetivos que como también ha expresado el Tribunal Supremo vienen a acotar, dentro de márgenes amplios pero no absolutamente indeterminados, el inevitable margen de apreciación que es preciso otorgar al Consejo de la CNC para fijar el importe de las multas *“sin vinculaciones aritméticas a parámetros de “dosimetría sancionadora” rigurosamente exigibles (...) pues resulta inherente a toda decisión sancionadora de este género, además de la finalidad estrictamente represiva, la de defender los intereses públicos “concretados en el funcionamiento concurrencial del mercado, su transparencia y la defensa de los consumidores” incorporando a los instrumentos represivos elementos disuasorios de conductas futuras.*

Ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989, puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno).” (STS de 23/03/2005).

Con este objetivo, que la infracción de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia no puede resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de la norma infringida (arts. 1.1 Ley 16/1989 y 81.1 del TCE), uno de los criterios objetivos del art. 10 de la Ley 16/1989 que acota la potestad sancionadora es la duración de la infracción. La DI sitúa el inicio del acuerdo en el segundo semestre de 2001, que es cuando se reúnen ASEFA, MAPFRE EMPRESAS, SCOR, SUIZA y MRSEP para diseñar el acuerdo, que se fija en un primer borrador de fecha 31 de agosto de 2001. Las

reuniones sobre dicho borrador continuaron en los meses siguientes, y el 5 de diciembre de 2001 ASEFA remite a las demás empresas citadas el acuerdo definitivo, llamado “medidas correctoras SDD-2002”. Acuerdo restrictivo que se instrumentaliza fundamentalmente mediante las guías de tarificación que se anexan a los contratos de reaseguro obligatorio proporcional, que tienen una duración anual y permiten a la aseguradora que lo firma ceder al reasegurador todo el seguro decenal suscrito en ese año y que se ajuste a las condiciones del contrato de reaseguro. Por ello, el Consejo considera como fecha de inicio de la infracción de la normativa de competencia el 1 de enero de 2002.

La DI afirma que el acuerdo estuvo vigente hasta, al menos, el 17 de octubre de 2007, que es la fecha de incoación del expediente y probablemente hasta el 31 de diciembre. Nuevamente, dada la vigencia anual de los contratos de reaseguro obligatorios proporcionales, el Consejo considera como fecha final de la infracción el 31 de diciembre de 2007. Este periodo que va del 1/01/2002 al 31/12/2007 es el que el Consejo tiene en cuenta para determinar la sanción de todas las empresas imputadas, excepto para CASER que, de acuerdo con lo establecido en el Fundamento de Derecho Sexto, y por las razones antes expuestas sobre la vigencia anual de los contratos de reaseguro obligatorio proporcional, se considera que ha participado en el acuerdo de precios mínimos desde el 1/01/2006 al 31/12/2007.

Además de la larga duración de la infracción, el Consejo también ha tenido en cuenta los siguientes factores o circunstancias objetivas: (i) Que se trata de un acuerdo o cártel entre competidores para la fijación de precios mínimos; (ii) Que las aseguradoras y reaseguradoras imputadas son las tres primeras del mercado español de seguro directo y de reaseguro de SDD, con una cuota conjunta de mercado de las aseguradoras del 61-70% (HP 2.5) y las reaseguradoras del 38/63% (estimados: HP 2.7) en el periodo 2002 a 2007; (iii) Que el acuerdo ha afectado a un producto de contratación obligatoria, por lo que la demanda es inelástica; (iv) Que el promotor de la edificación, en tanto que tomador del seguro, tiene la posibilidad de transferir el coste del seguro al comprador final de la vivienda; y (v) Que es una infracción deliberada, en el sentido de que las empresas eran conscientes del carácter restrictivo de la competencia de su conducta.

El Consejo ha tomado como base de cálculo de la sanción para las aseguradoras las primas brutas emitidas o contratadas de SDD, y para las reaseguradoras las primas brutas aceptadas o devengadas por año de suscripción del contrato de reaseguro. Las tres aseguradoras han cuestionado esta base de cálculo de la sanción, y entienden que el Consejo debe tomar en consideración únicamente las primas emitidas o contratadas netas de reaseguro; es decir, el volumen de las primas retenidas por la aseguradora y no cedidas a las reaseguradoras. Similar alegación han hecho las reaseguradoras (SUIZA, SWISS RE), pues entienden que el Consejo únicamente debe tomar como base de cálculo de las multas las primas aceptadas o devengadas netas de comisión y de agencia por año de suscripción.

El Consejo no puede aceptar estas alegaciones. El art. 10 de la Ley 16/1989 deja claro que las multas sancionadoras tienen como base el “volumen de ventas” o de negocios (art. 63 Ley 15/2001) correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior al de imposición de la sanción. Según el Plan General Contable y la metodología seguida por Eurostat y el INE de publicación oficial, se define el volumen de ventas o cifra de negocios como “*los importes facturados por la empresa durante el año de referencia por prestación de servicios y ventas de bienes que son objeto del tráfico de la empresa*”. Su información se obtiene de la cuenta de pérdidas y ganancias de la contabilidad de la empresa. Por ello, la apreciación de las empresas sobre la necesidad de contabilizar los ingresos netos no procede. La partida de gastos correspondientes a los pagos prima cedida, por comisiones de cedentes y agentes debe figurar contablemente en partidas de “gastos de venta” y solamente serán minoradas al importe de las ventas para el cálculo del Resultado Neto de Explotación, no para la cifra de negocios. También resulta adecuada la computación de las primas devengadas (y no las ingresadas) cada año corrigiéndolas (cuando corresponda) cuando se hacen efectivas, ya que es en el momento de firmar el contrato cuando se generan los derechos de cobro. Por todo ello, la cifra de negocio de las empresas debe recoger el volumen de las primas contratadas/aceptadas ajustadas, en su caso, por aquellas primas previstas contablemente que finalmente no se han ejecutado, y en términos brutos, es decir, que incorporan los gastos. Este es también el criterio que establece el art. 5.7.c) del RDC para determinar el volumen de negocios de las aseguradoras a los efectos de determinar la existencia de obligación de notificación de una operación de concentración, y el que deben seguir las aseguradoras para comunicar su volumen de negocio a la Dirección General de Seguros y de Fondo de Pensiones.

De acuerdo con los datos facilitados por las empresas a la CNC, el volumen de negocio en el mercado afectado por el acuerdo de precios mínimos de cada una de las empresas en los años en que han participado en la infracción es el que se observa en el cuadro que sigue:

Primas contratadas / aceptadas (miles €)	2002	2003	2004	2005	2006	2007
ASEFA	45.300	72.030	89.180	102.840	102.390	86.509
Mapfre Empresas/ Mapfre RE	30.050	52.580	79.220	74.870	90.650	80.200
CASER					71.200	76.068
SCOR	26.500	44.700	40.400	54.400	78.700	63.400
MÜNCHENER	26.600	35.000	47.300	49.800	67.300	55.900

SUIZA /SWISS RE	27.943	25.955	45.723	89.826	94.612	81.643
-----------------	--------	--------	--------	--------	--------	--------

El conjunto de circunstancias o criterios relevantes ex art. 10 de la Ley 16/1989 antes considerados para determinar el importe de la multa, conducen al Consejo a calificar la conducta sancionada como una infracción muy grave del art. 1.1 de la Ley 16/1989 y del art. 81.1 TCE.

Por ello resulta adecuado a la señalada finalidad de las sanciones en materia de defensa de la competencia tomar como base de cálculo de la multa el 10% del volumen de ventas de la empresa en cada ejercicio, medido en primas contratadas/aceptadas y en el mercado afectado, ponderando el periodo de tiempo de infracción atribuido a cada empresa. De esta forma se obtiene para cada empresa la multa base siguiente:

ASEFA	25.235
Mapfre Empresas/ Mapfre RE	21.632
CASER	12.947
SCOR	16.908
MÜNCHENER	15.101
SUIZA /SWISS RE	21.563

Sobre esta multa base es preciso aplicar las atenuantes y agravantes que concurran en cada una de las empresas.

En cuanto a las agravantes, a diferencia de la DI que considera aplicable a ASEFA y a las tres reaseguradoras la agravante de líderes o instigadores del cártel, el Consejo entiende que no concurre en ninguna de ellas esta agravante.

Pero en la labor de individualización de la multa para cada empresa imputada, el Consejo cree necesario considerar dos tipos de conductas como agravantes, pues si bien la aplicación del acuerdo de precios mínimos es una consecuencia lógica de la participación en su adopción, ante la existencia de incumplimientos del acuerdo por los competidores las empresas concertadas tenían varias opciones: (i) romper unilateralmente el acuerdo, (ii) seguir aplicándolo vigilando y denunciando a quien lo incumple, y (iii) adoptar medidas de presión, retorsión o boicot a aquellos que lo incumplen o que hacen posible que se incumpla. Por esta razón, el Consejo considera las conductas de vigilancia y denuncia así como las de retorsión y boicot como dos circunstancias distintas que agravan la responsabilidad de las empresas en que concurran, y atribuye a cada agravante el valor de incrementar en un 5% de la cuantía de la multa base.

Conforme a los HP:

- **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 de incumplimientos (HP 31, 38-39),

llegando a desarrollar actuaciones de presión y boicot frente a las empresas que no cumplieran el acuerdo anticompetitivo o facilitaban su incumplimiento (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.

- **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). Por tanto, no le son de aplicación ninguna de las agravantes.
- **CASER** no participó en las reuniones preparatorias del acuerdo de precios mínimos, ni tampoco fue destinataria del documento “Medidas Correctoras SDD-2002” elaborado por ASEFA. No obstante está probado que CASER aplicó el acuerdo de precios mínimos desde el principio, pues así resulta de las guías de tarificación y las pólizas que constan en el expediente, pero no existe prueba de que haya participado activamente en su aplicación, vigilancia y medidas de retorsión hasta junio de 2006. Desde junio de 2006 existe prueba de que vigiló que sus competidores aplicasen el acuerdo, notificando a SCOR el incumplimiento detectado por parte de ASEFA. Así mismo era consciente del carácter anticompetitivo del acuerdo. En el marco de la negociación del contrato de reaseguro para 2007, comentó con SUIZA “*Entendemos que las Condiciones no deben estar en el marco del contrato de Reaseguro, si no que debe ser las de la tarifa Caser, aceptada por los reaseguradores, con esto además evitamos problemas de falta de competencia*” (HP 53). Tras la irrupción de MUSSAT con precios inferiores a los mínimos pactados, a finales de 2006 y principios de 2007 adoptó diversas iniciativas dirigidas a que el cártel mantuviese los precios mínimos pactados. Esta probada su participación en actos de retorsión o boicot frente a MUSAAT (HP 44). Por tanto le es aplicable la agravante de vigilancia y denuncia de los incumplimientos de precios ofrecidos por sus competidores, y la agravante de presionar a una entidad para que retirara su apoyo a MUSAAT, la entidad que rompió la homogeneidad de primas.

- **SUIZA, SCOR y MRSEP** han tenido una participación y una responsabilidad en la infracción imputada de los arts. 81.1 TCE y 1.1 Ley 16/1989 imputada muy similar, si bien no idéntica. Las tres reaseguradoras participaron en los contactos y reuniones desarrollados durante el segundo semestre de 2001 preparatorios del acuerdo de precios mínimos, recibieron de ASEFA el documento “Medidas Correctoras SDD-2002” que recogía tal acuerdo anticompetitivo, y su conducta fue decisiva para aplicar el acuerdo a los restantes operadores del mercado mediante su imposición a través de los contratos de reaseguro, en los que se incluían cláusulas y anexos que recogían las condiciones de suscripción y tarificación mínimas pactadas. Las tres vigilaron el cumplimiento del acuerdo por parte de las cedentes, y contactaron entre sí cuando detectaron incumplimientos (HP 30 a 38). Consta que SCOR llegó a deshacer una operación por este motivo (folio 7452 confidencial AUSBANC). Tras la ruptura por MUSSAT de la homogeneidad del mercado creada por el Cártel, las tres adoptaron conductas dirigidas a mantener el acuerdo de precios mínimos. En este sentido no aceptaron la propuesta de MAPFRE de rebajar las condiciones mínimas pactadas (HP 47 y 49). Existe prueba de que SUIZA y SCOR, siendo reaseguradoras tradicionales de MUSSAT, no concertaron con esta aseguradora reaseguro para 2007 (folio 6654 confidencial AUSBANC). Está probado que ha sido SCOR quien ha negado a MUSAAT reaseguro para 2007 como respuesta a su conducta de no respetar el acuerdo de precios mínimos (folios 3374 y 3375; HP 43, 46, 49, 52, 54, 57 y 58). Pero no está probado que SUIZA haya negado reaseguro a MUSAAT como consecuencia de su conducta. La única prueba de que SUIZA habría participado en medidas de retorsión o boicot es el hecho de no haber contratado reaseguro con MUSAAT, y SUIZA alega que ha sido ella quien no ha querido seguir reasegurando SDD en 2007, y presenta un email de MUSAT a SWISS Re de 19/09/2006 por el que MUSAAT cancela provisionalmente el contrato de reaseguro. No obstante, MUSSAT afirma lo contrario en el folio antes señalado; en concreto afirma que *“los reaseguradores de años anteriores, y básicamente los líderes de nuestros contratos, no nos dieron apoyo, a pesar de que contactamos con ellos, como cualquier otro año, para negociar el seguro del año 2007”*. Tampoco existe prueba de que MRSEP haya participado en actuaciones de boicot o retorsión.

En consecuencia, el Consejo considera que a SUIZA, SCOR y MRSEP les resulta de aplicación la agravante de vigilancia y denuncia de los incumplimientos del acuerdo, y a SCOR, además, la agravante de boicot a MUSAAT.

No aprecia el Consejo que concurra en ninguna de las empresas circunstancia alguna que atenúe su responsabilidad. Es cierto que el SDD representa para la mayoría de las empresas imputadas (CASER, MAPFRE EMPRESAS, MRSEP y también para SUIZA) un porcentaje mínimo o menor en relación con su volumen de negocios global (si bien creciente para todas ellas, lo que se puede considerar como un efecto del cártel). Pero no se trata de un hecho que deba ser valorado como atenuante al determinar la sanción, pues la multa además de tener un efecto disuasor de conductas futuras (como ha señalado el TS) debe evitar que al infractor le resulte más beneficioso el incumplimiento que el cumplimiento de la norma. Y a juicio del Consejo, para evitar este resultado indeseado

hay que atender al volumen de ventas de la empresa en el mercado afectado por el cártel de precios mínimos, y al grado de participación efectiva en el mismo. Tampoco el contexto jurídico y económico, o la actuación de la Administración en los tiempos de la elaboración de la LOE, pueden ser considerados como atenuantes de la infracción, pues la relativa novedad del SDD y la inexistencia de datos estadísticos que eventualmente hubiesen impedido a las empresas valorar individualmente el riesgo asumido, podría haber justificado el tipo de acuerdos que amparan los Reglamentos CE de exención por categorías en el sector de los seguros, pero nunca un acuerdo de fijación de precios mínimos aplicado a todo el mercado del SDD en España. La alegación de confianza legítima en la actuación de la Administración tampoco puede considerarse atenuante, porque los hechos que se imputan como infracción de la normativa de defensa de la competencia son posteriores (a partir del segundo semestre de 2001) a la implantación por la LOE del SDD como seguro de suscripción obligatoria, a partir del 6 de mayo de 2000. Algunas empresas (SUIZA/SWISS RE, CASER - sancionada por el Consejo por obstrucción a la labor inspectora de la DI-, ASEFA y MAPFRE EMPERSAS) consideran que el Consejo debe tener en cuenta la atenuante de colaboración activa con la DI en la instrucción del expediente sancionador, pero el Consejo no ha observado en las imputadas una conducta que haya ido más allá del estricto cumplimiento del deber de colaboración que la Ley les impone. Tampoco se puede considerar atenuante la conducta desplegada por las dos MAPFRE, porque si bien es cierto que en 2006 propusieron flexibilizar el acuerdo de precios mínimos, ante la oposición de las demás optaron por permanecer en el mismo pudiendo haber optado por salirse o incluso denunciarlo. Además, y así lo señala la DI, este comportamiento se produce tarde y como reacción a la competencia generada por las aseguradoras que, como MUSAAT, deciden aplicar precios inferiores a los del cártel. MRSEP ha alegado como atenuante la novedad del caso, pero el Consejo no encuentra qué novedad relevante presenta un acuerdo de fijación de precios mínimos entre empresas aseguradoras y reaseguradoras en relación con acuerdos de precios en otros sectores. Ni tampoco aprecia el Consejo en este mercado del SDD singularidades especiales que puedan ser relevantes como atenuante de la infracción cometida.

Valoradas las circunstancias que concurren en la infracción de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia imputada, el Consejo considera que procede imponer las siguientes multas:

Empresas sancionadas	Valor sanción (miles €)
ASEFA	27.759
Mapfre Empresas/ Mapfre RE	21.632
CASER	14.241
SCOR	18.599
MÜNCHENER	15.856
SUIZA /SWISS RE	22.641

El art. 46.5 de la Ley 16/1989 ordena la publicación de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado. Además, conforme al art. 9 de la misma Ley, el Consejo considera necesario ordenar la cesación inmediata de esta conducta y la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en la sección de economía de dos diarios de ámbito nacional de mayor difusión.

Por todo ello, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por mayoría

HA RESUELTO

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 AKTIENGESELLSCHAFT 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía Administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

VOTO PARTICULAR

DISCREPANTE que formula el Señor Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución acordada y aprobada por el Pleno del Consejo de la Comisión de la Competencia, en su sesión del día 28 de Octubre del 2009 ; posteriormente deliberada en el Consejo Extraordinario del día 10 de Noviembre, en el Expediente Sancionador S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal.

El Pleno del Consejo, por mayoría, **RESUELVE:** primero, haber 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 CE y por el Artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia; segundo, por consecuencia de ello, declara responsables de esta infracción a...; y tercero, impone multas en diferentes cuantías.

Mi discrepancia la concreto y desarrollo seguidamente,

PRIMERO.- El Artículo 9 de la Constitución Española consagra, de forma meridiana e incuestionable, los principios de seguridad jurídica y legalidad, con sujeción al Ordenamiento Jurídico, garantizando la responsabilidad a la par que prohíbe (la interdicción) la arbitrariedad de la administración (de los poderes públicos). Y ello, en armonía concordante con lo dispuesto en el siguiente Artículo 103, en aras a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, según dispone el Artículo 24.

Ello viene al caso, como *punto de partida para fijar las reglas del juego*, que no pueden ser otras, procedimentalmente hablando, que las concretadas en la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y como subsidiarias- complementarias en la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.

Así, la Ley 30/1992 (según Ley 4/1999 de 13 de Enero) dispone en su Artículo 54 que “*los actos administrativos serán motivados, con sucinta referencia de hechos probados y fundamentos de derecho*” y concreta el siguiente Artículo 89.3 que “*las resoluciones serán motivadas...en los términos del anterior Artículo 54*”.

Estos preceptos administrativos tienen su concurrencia en los propios de la adjetiva Ley de Ritos, en la que se dispone, y sin ánimo de agotar el tema, que “*las resoluciones serán motivadas, congruentes y contendrán, en párrafos separados los antecedentes de hecho, los hechos probados y los fundamentos de derecho*” (ex Artículos 208 y 209) y “*ser claras, precisas y congruentes*”.

Tiene una especial relevancia, en el orden general de las resoluciones administrativas que dicta este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y, en particular, en esta sobre la que formulo mi discrepancia, lo dispuesto en el Artículo 218 de la Ley 1/2000 al exigir que “*el tribunal sin apartarse de la causa de pedir **acudiendo a fundamentos de hecho y de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá...***”.

De lo anterior, procede establecer:

1º en orden a resolver, no es lo mismo establecer hechos acreditados que *Hechos Probados*, por cuanto se trata de conceptos desiguales.

2º en orden a resolver, este Consejo no viene obligado a *trasladar miméticamente* el Informe Propuesta que le eleva la Dirección de Investigación, de la que puede y debe discrepar, tanto en la asunción, concreción y establecimientos de Hechos Probados, si entendiere que no se ajustan a lo instruido; como en la valoración jurídica de los mismos, dado que responde en primera persona de la bondad de sus resoluciones. Resoluciones, las del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que son revisadas jurisdiccionalmente, lo que no ocurre con la Propuesta de la Dirección de Investigación.

3º en orden a resolver, y en aras a la seguridad jurídica de las partes, de ahí mi permanente posicionamiento, este Consejo debe ser cauto en cuanto a la valoración de las conductas por la vía excepcional de la prueba de presunciones, haciendo abstracción a los medios probatorios directos. Vía aquella por la que hemos sido *revisados reiteradamente* (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo).

SEGUNDO.- Con base en los anteriores establecimientos, formulo mi discrepancia con el seguimiento mimético que en la Resolución de este Consejo se hace asumiendo sin más la propuesta que eleva la Dirección de Investigación, tanto en lo atañente a la concreción de Hechos Probados, por cuanto aquella, de forma confusa y hasta difusa, confunde *probanza con acreditación*, lo que necesariamente produce una indefensión a la parte que ejerza su derecho a discrepar y recurrir ; como a la notoria extensión de los mismos, siempre contraria a una *sucinta pero suficiente* concreción de los Hechos Probados.

Lo que *prima facie* produce una notoria indefensión a la parte o partes interesadas que puedan interponer recursos, en uso de su derecho a hacerlo, “al desconocer cuáles sean definitivamente los Hechos Probados, en lo que la Resolución se fundamenta para sancionar”.

En un desarrollo intelectual y lógico, entiendo que los Hechos Probados debieron ser:

1º la probanza, cierta e indubitada, de las reglas de juego en las que se mueven las empresas de seguros y que no es otra que la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación. Tendente, según su Exposición de Motivos, a “*proteger y garantizar al usuario*”, “*normas que revisten un interés público*”, “*en concurrencia con la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea*”.

Ley en la que se crea *ex novo* el establecimiento de un seguro de daños o de caución; se establecen plazos de responsabilidad en periodos de uno, tres y diez años, en función de los diversos daños materiales que puedan aparecer en los edificios, fijando el plazo de tres años, para responder de los causados por vicios o defectos que afecten a la habitabilidad y, diez años, a los que afecten a la seguridad estructural del edificio.

La Ley que, por lo que se refiere a las garantías para los edificios de viviendas, establece la *suscripción obligatoria y durante el plazo de un año*, de un seguro de daños materiales o de caución, o bien la retención por el promotor de un 5% del coste de la obra, para hacer frente a los daños materiales ocasionados por una deficiente ejecución. La Ley no admite *franquicias* para cubrir los daños en el supuesto de un año y éstas no podrán exceder del 1% del capital asegurado para los otros dos supuestos.

La Ley que, al abordar *ex novo* este campo, fija las normas sobre *las garantías de suscripción obligatoria, así como los importes mínimos de garantía para los tres supuestos de uno, tres y diez años, respectivamente*.

2º El seguro decenal de daños a la edificación es obligatorio en España para los nuevos edificios destinados a viviendas desde el día 6 de Mayo del 2000, fecha en la que entra en vigor la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación.

El Real Decreto Legislativo 6/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en su Artículo 25 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 seguros 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”.

El Artículo 24 de la Ley 30/1995 de 8 de Noviembre, de Seguros Privados (que sería de aplicación a las conductas habidas en el periodo 2002 y 2004) tiene la misma redacción.

Ítem más, el Real decreto 2486/1998, en sus Artículos 76 y 77 establece que *las tarifas de primas deberán fundamentarse en bases técnicas y en informaciones estadísticas...*

3º ciertamente no discrepo con la enumeración de las partes y su desarrollo descriptivo, que conforma el *Hecho Probado Primero*.

4º ciertamente no discrepo con lo descrito en el apartado titulado *Implantación del SDD por la LOE y los primeros contactos entre aseguradoras y reaseguradoras* (páginas 22 y siguientes), que amparan los numerales 3 a 11; ni tampoco discrepo con el numeral 12, bajo el título *Puesta en marcha del acuerdo en 2002*; ni de los numerales 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19.

Pero sí discrepo de su valoración, por extemporánea en este apartado de Hechos Probados y, lo que es más importante, de su valoración y calificación jurídica acudiendo a la probanza excepcional de presunciones y haciendo abstracción del amparo legal en el que puedan tener amparo.

5º los numerales 20 y siguientes, manifiestan que “la aplicación de los acuerdos, que comenzó en 2002, se desarrolló de forma continuada *al menos hasta el año 2007*, por parte de todos los operadores del mercado, principalmente mediante las denominadas “*guías o manuales de suscripción y tarificación*”. Lo que se califica como instrumentación del cártel, entiendo una vez más que de forma extemporánea dentro del apartados de Hechos Probados y haciendo abstracción de la posibilidad de venir amparados legalmente.

Entiendo que debería haberse asumido, como un realidad cierta e indubitada, la manifestación que hace ASEFA en el sentido que “*dado que, en virtud de los tratados de reaseguro proporcionales cuota parte, las reaseguradoras no realizan verificaciones de cada uno de los riesgos asegurados, éstas imponen a las aseguradoras unas condiciones de suscripción mínimas y sin un precio mínimo para aceptar la cesión de riesgos*

cubiertos por el seguro decenal. Sin embargo, a partir de dicho precio mínimo que es respetar para obtener el reaseguro, ASEFA como el resto de las aseguradoras ofertan sus propios precios o primas comerciales de SDD”.

Lo que lleva a la exigencia de desarrollar las actividades propias del seguro *in se*, y las del reaseguro *per se*, por cuanto las conductas y comportamiento son absolutamente diferentes y no puedan conformar el mismo *cajón da sastre totum revolutum*.

TERCERO.- Por el contrario la presente Resolución, de la que discrepo, ignora y hace abstracción de los siguientes hechos que considero de relevante naturaleza. Y son:

1° obvia definir conceptualmente que es un seguro de riesgo. Concepto relevante, por cuanto *el riesgo* a asegurar debe ser conocido por la totalidad del mercado y ello, a mayor abundamiento, cuando su implantación tiene un carácter obligatorio. De ahí que dicho concepto *el del riesgo*, debe ser interlocutorio y así lo entienden la totalidad de los preceptos normativos, anteriormente citados, que lo imponen.

2° lo anterior, me lleva a enfatizar la inexistencia de una definición de lo que es una compañía aseguradora y una compañía reaseguradora; cuáles son sus interrelaciones y cómo y de qué manera confluyen en el aseguramiento.

3° a todo lo largo y ancho del Expediente, ni en el Informe Propuesta que eleva la Dirección de Investigación a este Consejo, ni en la Resolución acordada y resuelta por este Consejo (de la que discrepo) se han abordado aspectos relevantes tales como (i) el de los efectos que las conductas imputadas hayan tenido sobre el mercado del seguro decenal ; (ii) ni del grado de participación que las empresas aseguradoras y las empresas reaseguradoras han tenido en las conductas que se les imputan ; (iii) ni se ha concretado cuál sea el mercado afectado, de conformidad a la norma del Artículo 10 de la Ley 16/1989 , ni se trata de un mercado relevante constreñido al papel de las aseguradoras, si el tal mercado lo es exclusivamente para las mismas y sin conexión con las reaseguradoras, si por el contrario estamos en presencia de un mercado unitario ; (iv) en ningún caso consta cifra alguna en la que se pormenore la imputable a las aseguradoras con independencia de las reaseguradoras, siquiera lo sea ésta por diferencias ; (v) y dentro del inexistente montante de la cifra de ventas en el mercado, nada se dice del diferencial entre lo que debió ser (conducta no infractora) y lo que se les imputa (conducta infractora), es decir, *la concreción y cuantificación del beneficio ilícito*.

CUARTO.- Por el contrario, entiendo que *reviste y tiene relevancia sustantiva* el hecho que determinados miembros del cártel reaccionen frente a terceros ante la no aplicación

de los precios mínimos pactados. Hechos que vienen relatados en los numerales 40 y siguientes.

Los mismos tienen una sustantividad propia, por lo que debieron ser establecidos como HECHOS PROBADOS.

QUINTO.- Partiendo de los para mí HECHOS PROBADOS, deviene incuestionable que este Expediente Sancionador, con cuya Resolución discrepo, *ha desfocalizado su real objeto o causa de infracción.*

Entiendo que de lo instruido por la Dirección de Investigación y asumido por la mayoría de este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, debería haber llevado a concluir estableciendo la existencia concurrencial de dos campos de eficacia y de actuación por parte de las empresas aseguradoras imputadas.

El *primero* vendría concretado por las conductas seguidas, puntualmente, por las imputadas, en orden a fijar unas pautas comunes de actuación en el campo del seguro decenal y, de ser ello probado suficiente y directamente, imputarles la conformación y creación de un cártel, como vía necesaria para el cumplimiento de sus objetivos. Y dentro de este campo de actuación, examinar si las citadas conductas tendrían o no un amparo legal.

El segundo de ellos tendría otra finalidad, *no alternativa y sí sustantiva per se*, cual sería la de obligar a todas aquellas otras empresas del sector asegurador que, si bien no son partes conformadoras, ni miembros de ese cártel, no ajustarían sus conductas a los intereses de los cartelistas, fijando *precios de referencia distintos*, lo que llevaría a aquéllos a fijar conductas comunes para sacarlos (expulsarlos) del mercado decenal.

SEXTO.- La Resolución de este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, aprobada por mayoría, y de la que discrepo, *“acuerda tener acreditado 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 por el Artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia (Primero) ; declarando responsables a las imputadas (Segundo) ; imponiéndoles unas multas o sanciones económicas por ello (Tercero).*

Obviamente, según lo entiende este Consejero discrepante, el Consejo asume y se decanta, única y exclusivamente, por el primero de los campos de actuación y eficacia, seguidos por las empresas aseguradoras imputadas.

Consecuentemente con ello, el marco legal que deviene de aplicación a tal conducta es el siguiente:

1º la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación que, como Hecho Probado, hemos referenciado anteriormente. En su Exposición de Motivos hemos dejado establecido que *“frente a las lagunas existentes, viene a proteger y garantizar al usuario”, “normas que revisten un interés público”, “en concurrencia con la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea”*.

Ley que, crea *ex novo*, el establecimiento de un seguro de daños o de caución; establece plazos de responsabilidad en periodos de uno, tres y diez años, en función de los diversos daños materiales que puedan aparecer en los edificios; fijando el plazo de tres años, para responder de los causados por vicios o defectos que afecten a la habitabilidad y, el de diez años, a los que afecten a la seguridad estructural del edificio.

Ley que, por lo que se refiere a las garantías para los edificios de viviendas, establece la *suscripción obligatoria y durante el plazo de un año*, de un seguro de daños materiales o de caución, o bien la retención por el promotor de un 5% del coste de la obra, para hacer frente a los daños materiales ocasionados por una deficiente ejecución. La Ley no admite *franquicias* para cubrir los daños en el supuesto de un año y éstas no podrán exceder del 1% del capital asegurado para los otros dos supuestos.

La Ley, al abordar *ex novo* este campo, fija las normas sobre *las garantías de suscripción obligatoria, así como los importes mínimos de garantía para los tres supuestos de uno, tres y diez años, respectivamente*.

2º el seguro decenal de daños a la edificación es obligatorio en España, para los nuevos edificios destinados a viviendas, desde el día 6 de Mayo del 2000, fecha en la que entra en vigor la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación.

3º el Real Decreto Legislativo 6/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en su Artículo 25 establece que *“las tarifas de primas deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer las obligaciones derivadas de poscontratos de seguros 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”*.

4º el Artículo 24 de la Ley 30/1995 de 8 de Noviembre, de Seguros Privados (que sería de aplicación a las conductas habidas en el periodo 2002 – 2004) tiene la misma redacción.

5º el Real Decreto 2486/1998, en sus Artículos 76 y 77, establece que “*las tarifas de primas deberán fundamentarse en bases técnicas y en informaciones estadísticas...*”.

6º la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea.

Por tanto, siguiendo dialécticamente la línea argumental que conforma la Resolución, de la que discrepo, y partiendo necesariamente de los HECHOS PROBADOS en la misma concretados, debió resolverse diciendo que con amparo en el Artículo 81 al existir norma legal que ampara tales conductas, no puede existir una imputación vía Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, por serles de aplicación lo dispuesto en el Artículo 2.1 de la citada Ley Nacional.

Por el contrario, si partimos de la realidad de los Hechos Probados por mí establecidos, que nunca fueron tenidos en consideración para resolver, ni por la Dirección de Investigación, ni por este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, debería haberse concluido acordando la inexistencia de conductas incardinables en el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia. Y ello, por inexistencia de prueba.

Y ello con amparo en lo dispuesto en las anteriormente citadas Leyes, Reales Decretos Legislativos, Reales Decretos y Directiva Comunitaria.

SÉPTIMO.- La Resolución, partiendo de sus Hechos Probados (de todo lo cual discrepamos) aplica lo dispuesto en el Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, con el añadido de un agravante.

De una parte, ignora lo que en dicho precepto normativo se dispone que “*el Tribunal PODRA IMPONER ...multas de hasta €901.518,16*”. La simple lectura de la Parte Dispositiva de la misma pone de manifiesto que *esta posibilidad ha sido excedida*, acogiéndose a la existencia de un agravante.

La *agravante* no es otra que “el seguimiento y la vigilancia por parte de los miembros del cártel, de su cumplimiento”. Tal establecimiento es aberrante y difícilmente defendible, por cuanto *la esencia misma* del cartel esa conceptualmente el seguimiento y vigilancia de lo acordado, pues caso de no seguir el seguimiento y vigilancia de lo acordado, aquella o aquellas empresas lo abandonarían sin más y no podrían ser imputadas.

De ahí, que negando a existencia de la circunstancia agravante que se les imputa; de ahí que al estar en presencia de una indefinición conceptual de lo que es una empresa aseguradora y de lo que es una empresa reaseguradora ; de ahí que al estar en presencia de una indefinición de los mercados y su participación en ellos de las empresas aseguradoras y reaseguradoras ; de ahí que al estar en presencia de un desconocimiento de cuáles sean las cifras del mercado de las aseguradoras y de las reaseguradoras ; de ahí que al estar en presencia de cuales puedan ser o son las imputables directas a las aseguradoras y cuáles lo sean a las reaseguradoras ; de ahí que al estar en presencia de un desconocimiento absoluto de cuál haya sido el beneficio ilícito obtenido por las aseguradoras, de cuál haya sido el beneficio ilícito obtenido por las reaseguradoras, por causa directa de las conductas que se les imputa, la Resolución no está capacitada para imponerles una sanción no ya del incremento de hasta el 10% del volumen de ventas, sino tampoco de hasta la cifra cerrada de €901.518,16

Al hilo de lo anterior, decir que

El régimen de sanciones económicas (*multas*) que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con amparo tanto en la anterior Ley 16/1989, como en la actual Ley 15/2007 tiene un amparo normativo legal, claro y contundente, en aras a evitar la vulneración de derechos constitucionales de las partes sancionadas (ex Artículo 25 y doctrina constitucional que lo desarrolla).

La Ley 16/1989 en su Artículo 10 autorizaba al Tribunal de Defensa de la Competencia, en la actualidad extinto, a imponer multas dentro de una amplia horquilla sancionadora, lo que de suyo “amparaba un amplio abanico de discrecionalidad en la fijación, puntual y concreta a cada caso, de la sanción económica a imponer”.

Sin perjuicio de lo anterior, la Audiencia Nacional y también el Tribunal Supremo, con base en dicho precepto normativo han ido consolidado una doctrina jurisprudencial, en la que exigía la aplicación de una serie de reglas, tales como la proporcionalidad, la disuasión de la conducta infractora....

La Ley 15/2007 es, a mi entender más parca que la anterior, por lo que este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en aras a poner en el conocimiento público, su principal preocupación de transparencia, consagró unas normas propias de comportamiento y las publicó mediante una Comunicación.

Esta Comunicación, loable y necesaria, si bien obliga a este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia *como marco propio de actuación*, no goza sin embargo del amparo estricto del *principio erga omnes* y, en todo caso, debe aplicarse teniendo siempre a la vista las reglas exigidas por la doctrina jurisprudencial.

Doctrina jurisprudencial que, en todo caso, está dictada bajo el paraguas del Artículo 103 de la Constitución Española, que meridianamente dispone que “*la Administración Pública sirve son objetividad los intereses generales...con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

Tiene para mí una especial relevancia que la palabra ley *lo es en minúscula*, mientras la palabra Derecho *lo es en mayúscula*. Lo que equivale a considerar que una norma legal viene atemperada en todo caso por el Ordenamiento Legal y, lo que es más importante, sujeta a los principios creadores del Derecho para servir con objetividad los intereses generales, superiores y no sólo concretados particularmente a un sector o campo de la actividad económica.

De ahí que, la doctrina jurisprudencial sin colisionar el principio de legalidad ha venido atemperando el régimen sancionador propio de la competencia, *adecuándolo en cada caso particular* a otras superiores reglas para no lesionar intereses generales, nunca particulares.

Acotado lo anterior como doctrina general, en este concreto caso debieron tenerse en cuenta los siguientes parámetros:

1º al tratarse de conductas sancionables, siendo tipificadas a tenor de lo dispuesto en la Ley 16/1989 (ex Artículo 10) las mismas deben concretarse exclusivamente a lo que en dicho precepto se dispone, no pudiendo hacerse un híbrido entre los preceptos de la Ley 16/1989 con las consideraciones de nuestra Comunicación a la Ley 15/2007.

2º al tratarse de comportamientos surgidos en la aplicación de la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación, en virtud de la cual se crea ex novo un seguro de daños o de caución, de suscripción obligatoria, el bien jurídico protegido (la concreción de cualquier infracción colusoria de conductas) puede llevarnos a tutelarlos por exceso vía sanción, perdiendo la objetividad de la misma y su proporcionalidad.

Dicho en otras palabras, la restauración del bien atacado y causado, no puede serlo, en exceso vulnerando el marco normativo, que no sólo desconocería las reglas de la proporcionalidad y de la disuasión venidera de tales comportamientos, sino que por exceso entraríamos en una dinámica discriminatoria y, en algunos casos, confiscatoria expulsando a operadores del mercado al no poder hacer frente a las multas impuestas.

Estaríamos en presencia, indirecta vía, de una *reformatio in Prius sui generis*.

3º la restauración del daño causado no puede serlo con abstracción al diferencial entre daño causado y beneficio obtenido, fundamentando la multa en el volumen de negocios (como término matemático puro y duro) tanto de las compañías aseguradoras como de las reaseguradoras, sin distinción de negocio, ni de intervención en la conducta.

Lo que nos lleva a un trato desigual y, por ende, discriminatorio.

En todo caso, *nada prudente*, contraviniendo el término *jurisprudencia*, en el que bien como sustantivo, bien como adjetivo está incurso el concepto de prudencia (Derecho prudente o prudencia en el Derecho).

OCTAVO.- A mi entender, en este orden sancionador, al no haberse acreditado las conductas que se imputan a las compañías aseguradoras y reaseguradoras y, en todo caso, al venir las mismas amparadas por Ley (Leyes, Reales Decretos Legislativos, Reales Decretos y Directiva Comunitaria) le resulta de aplicación *por excepción* lo dispuesto en el Artículo 81 de la UE, que lleva como consecuencia directa a la imposibilitar de hacer imputación por el Artículo 1 de la Ley Nacional.

Por ello, inexistente la mayor deviene inaplicable la menor, debiendo necesariamente concluir acordando: (1) inexistencia de conductas sancionables; (2) aplicación del Artículo 81 de la UE; (3) e inaplicación de Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

NOVENO.- El Expediente Sancionador S/0037/08 no aborda el segundo campo de eficacia, cual sería el de obligar a todas aquellas otras empresas del sector asegurador que, si bien no son parte conformadoras, ni miembros de ese cártel, no ajustarían sus conductas a los intereses de aquéllas otras, fijando precios de referencia distintos y no acomodándose a dichos planteamientos, lo que habría llevado a las empresas aseguradoras a fijar conductas comunes para sacarlos (expulsarlos) del mercado decenal.

Esta no *focalización* de unas conductas seguidas por las imputadas, sí debió ser materia y causa de incoación de expediente sancionador por parte de la Dirección de Investigación.

Así, por este Mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 28 de Octubre del 2009.

