



Roj: **STS 2536/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2536**

Id Cendoj: **28079130032015100177**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/05/2015**

Nº de Recurso: **583/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5233/2012,**
STS 2536/2015

SENTENCIA

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

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de Casación número 583/13, interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, contra la Sentencia de 14 de diciembre de 2012 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 869/09 , sobre sanción. Se han personado como recurridos la Procuradora D^a Maria Rosa García González en representación de CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA (CASER).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 869/09, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA (CASER), contra la Resolución de 12 de noviembre de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, que la sanciona con una multa de 14.241.000 Euros, por haberse acreditado la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, y considerarla responsable de una infracción del art. 81.1.a) del Tratado CE y por el art.1.1.a) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (Expediente S/0037/08 -Compañías de Seguro Decenal).

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

<< **PRIMERO.-** Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, prohibido por el artículo 81.1. letra a) del Tratado CE y por el artículo 1.1. letra a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia

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

TERCERO.- Imponer una multa de:

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

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



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

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

15.856.000 Euros a MUNCHENER RUCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN.

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

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

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

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

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

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

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

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

Primero.- Al amparo del art. 88.1.c) LJCA , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las sentencias con producción de indefensión para esta parte. Se han infringido los artículos 24 y 120.3 CE , el art. 33.1 de la Ley de la Jurisdicción por existir incongruencia y falta de motivación.

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

Termina suplicando dicte Sentencia por la que, estimándolo, case y anule la Sentencia recurrida y dicte en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que se declare la plena conformidad a derecho de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009 (Expediente S/0037/08 - Compañías Seguro Decenal) que la misma dejó parcialmente sin efecto, con lo demás que sea procedente.

Mediante otrosí digo, solicita formulación de cuestión prejudicial ante el TJUE para el caso de que tenga dudas sobre la interpretación de los preceptos del Tratado de la Comunidad Europea inaplicados por la Sentencia recurrida y de la jurisprudencia del TJUE que los aplica, en los términos expresados en los correspondientes motivos del recurso de casación.

CUARTO.- Oídas las partes sobre la posible causa de inadmisión parcial del recurso, por carecer manifiestamente de fundamento el primer motivo del recurso interpuesto, mediante Auto de 17 de octubre de 2013, acordó:

<< 1º) Inadmitir el motivo primero del recurso de casación nº 583/13 interpuesto por el Ser. Abogado del Estado, contra la sentencia de 14 de diciembre de 2012, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso número 869/2009

2º) Admitir el motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la misma representación procesal, con remisión de las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde según las normas de reparto de asuntos.



3º) Sin costas. >>

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

SEXTO.- Dado traslado para oposición, la representación procesal de CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPANÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA (CASER), formuló oposición al recurso de casación, mediante escrito de 17 de enero de 2014, en el que suplicó dicte Sentencia por la que inadmita, o en su caso, desestime el citado recurso, confirmando la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 14 de diciembre de 2012 e imponiendo las costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO - Formuladas alegaciones por ambas partes, mediante Providencia de 22 de enero de 2014, se dio traslado a la Comisión Europea, del escrito de interposición y de oposición en el presente recurso de casación, concediéndole un plazo de treinta días para presentar sus observaciones escritas.

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

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

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

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

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

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

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

OCTAVO.- Presentadas alegaciones por el Abogado del Estado, en escrito de 18 de marzo de 2014, efectuó las manifestaciones que consideró oportunas, y lo concluyó en el suplico "y teniendo en cuenta las observaciones de la Comisión Europea, haga un pronunciamiento estimatorio del presente recurso de casación".

La representación Procesal de CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPANÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, en escrito presentado el 15 de abril de 2014, efectuó, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas, y pidió a la Sala mediante otrosí que no sea concedida la autorización solicitada por la Comisión Europea para que las observaciones sean publicadas.



NOVENO. - Quedando las actuaciones pendientes de señalamiento, se señala para votación y fallo el día 12 de mayo de 2015 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpuso por la representación procesal de la Administración del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de diciembre de 2012 , que estimando el recurso contencioso- administrativo formulado por la entidad mercantil CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA (CASER), anula la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, recaída en el expediente S/0037/08. Ésta última declara acreditada la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, prohibido por el artículo 81.1, letra a) del Tratado CE , y el artículo 1.1, letra a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , de la que es responsable, entre otras compañías aseguradoras y reaseguradoras, la sociedad recurrente, a la que impuso una sanción de multa por importe de 14.241.000 euros..

En esa misma resolución de la Comisión Nacional de la Competencia fueron sancionadas otras entidades aseguradoras y reaseguradoras que interpusieron diferentes recursos contencioso-administrativos. Tales recursos fueron resueltos por otras tantas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que si bien coinciden en la decisión de estimar el recurso y anular la sanción, sin embargo sustentan ese pronunciamiento estimatorio en razones y fundamentos jurídicos no siempre coincidentes. Ello ha dado lugar a que los recursos de casación interpuestos por la Administración del Estado contra aquellas sentencias de la Sala de la Audiencia Nacional (recursos de casación 481/2013, 483/2013 , 486/2013 , 1043/2013 , y 2449/2013 , además del recurso de casación **583/2013** que ahora nos ocupa) hayan merecido respuestas diferentes por parte de esta Sala del Tribunal Supremo.

Las consideraciones jurídicas que la Sala de instancia expone en la sentencia recurrida para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo, son las siguientes:

<< [...] De los hechos declarados probados hemos de destacar:

" 2.1. El seguro de daños a la edificación

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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."

Tras analizar la evolución del mercado, en el que se observa un incremento de contratación a partir del 2001 y hasta el 2006, y determinar la cuota de mercado de cada entidad, en los años 2002 a 2008 - correspondiendo a Caser en cada uno de setos años una cuota de mercado de 13%; 12%; 15%; 19%; 19%; 16,0%: 12% -; se analiza en la Resolución 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...

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.

A continuación analiza la Resolución la evolución del mercado de reaseguro en España en el ámbito que nos ocupa, observándose un incremento en la contratación a partir de 2003, descendiendo en el 2008; así como la cuota aproximada de mercado que corresponde a las aseguradoras.

Respecto de los acuerdos, se afirma:

"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: " Baldomero , adjunto te remito el documento que ha preparado Celso (ASEFA), como resultado de las distintas reuniones mantenidas recientemente con Emilio (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." Tras diversas reuniones "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)."

En cuanto a la aplicación del Acuerdo:

"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)...", describiéndose a continuación la operativa respecto de las restantes entidades.

A continuación se describe en la Resolución las actuaciones de las aseguradoras para determinar la forma en que habría de aplicarse los Acuerdos.

Respecto de las Guías:

"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...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...

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."



Tras describir las actuaciones encaminadas a vigilar el cumplimiento de los acuerdos, se afirma en la Resolución:

"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)...

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 Emilio , [Mapfre Empresas] pero creo que sí Alberto [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 Emilio , Suiza, Scor (asistieron Victorio y Carlos Francisco) y MÜNCHENER (asistieron Alberto y Anibal). 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)..."

[...] Respecto de la calificación de la conducta, se contienen las siguientes afirmaciones en la Resolución impugnada:

"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."

En relación con las cuestiones de procedimiento hemos de señalar:

1.- Respecto de la caducidad del expediente, el artículo 36 de la Ley 15/2007 - aplicada al procedimiento -, establece:

"1. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente."

Ahora bien, el artículo 37 del mismo Texto Legal permite la suspensión del plazo:

"1. El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:

a...

b. Cuando deba solicitarse a terceros o a otros órganos de las Administraciones Públicas la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

c. Cuando sea necesaria la cooperación y la coordinación con la Unión Europea o con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros países..."

Y esta suspensión se ha producido en el presente caso, sin que podamos aceptar el planteamiento de la actora en cuanto al alzamiento automático de dicha suspensión, alzamiento que produce efectos una vez acordado y notificado - la notificación del alzamiento es necesaria pues en tanto no se produzca no puede continuarse el procedimiento; no así respecto al acuerdo de suspensión, pues desde la fecha del mismo, aún antes de la notificación, no puede continuarse el procedimiento -.

La suspensión se produce del 9 de junio de 2009 al 15 de octubre de 2009 - porque aún habiendo sido alzada la primera de ellas el 10 de julio, en el mismo día volvió a acordarse la suspensión -.

No se han excedido por ello los 18 meses para resolver.

2.- En cuanto a la falta de conocimiento de los datos confidenciales y la admisión de pruebas, es de recordar la jurisprudencia, aplicable a ambas cuestiones, pues la ratio es la misma ya se trata de aportar elementos fácticos al expediente:

"El presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.

La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, (STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podría ser causa de nulidad por vulnerar el art. 24 de la CE , pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión.

La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente (STC 258/2007, de 18 de diciembre), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa". (Sentencia cuatro de noviembre de dos mil diez, recurso 3/2009, de esta Sección).

3.- Concretamente respecto de la confidencialidad, "la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991 , recaída en el asunto Hércules Chemicals, a tenor de la cual, "el respeto del derecho de defensa no exige que la empresa implicada en un procedimiento pueda comentar todos los documentos que formen parte del expediente de la Comisión, puesto que no hay disposiciones que



impongan a la Comisión la obligación de comunicar sus expedientes a las partes interesadas (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82 , apartado 25)

En síntesis, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados". (Sentencia del TS de ocho de Junio de dos mil once, recurso 2385/2007).

Aplicando tal doctrina al supuesto de autos no podemos apreciar indefensión porque todos los elementos fácticos en los que se fundamenta la declaración de infracción y la sanción, han sido conocidos por la recurrente.

4.- En cuanto a la concreción de hechos imputados, compartimos las afirmaciones contenidas en la Resolución impugnada:

"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 81.1TCE 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."

[...] Entramos ahora a analizar las cuestiones de fondo referidas a la conducta imputada:

1.- La CNC considera que los hechos declarados probados constituyen una sola conducta única, compleja y continuada:

"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."

Estas apreciaciones son compartidas por la Sala, pues se trata de una sola conducta integrada por los acuerdos y su ejecución, integrándose esta última por los actos tendentes a la vigilancia y efectiva aplicación de los acuerdos.

2.- Respecto a la falta de cobertura legal de la conducta, podemos leer en la resolución impugnada:

"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 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."

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."

También compartimos estos planteamientos, pues una análisis pormenorizado y exhaustivo de las normas de aplicación llevan a la conclusión de que la conducta que enjuiciamos no encuentra cobertura legal.

[...] Ahora bien, toda infracción administrativa se compone de dos elementos, el objetivo, que es el que hemos venido analizando, consistente en el comportamiento y su ilicitud, así como su tipificación; y el elemento subjetivo que determina el conocimiento y voluntad del responsable, en su aspecto de dolo o intención y culpa o negligencia.

Este segundo elemento es el que pasamos a analizar.

Para poder sancionar administrativamente es necesario que el sujeto imputado haya actuado con intención de realizar una conducta, a pesar de conocer que es contraria a Derecho; o bien que no haya adoptado las medidas exigibles para evitar la realización de una conducta que se sabe contraria a Derecho, o adquirir el conocimiento de que la conducta es contraria a Derecho.

Que la conducta era anticompetitiva es algo que le era conocido a la recurrente y de manera clara resulta de sus propias afirmaciones recogidas en la Resolución impugnada; pero cuestión distinta es la relativa a la cobertura legal de la misma, esto es, la exención de la conducta. Ya hemos señalado que la Sala concluye con la CNC que la conducta enjuiciada no se encuentra exenta por Ley o por Reglamentos Comunitarios, pero cuestión distinta es que las normas de aplicación no admitan razonablemente una interpretación que sostenga la exención de la conducta.

Y precisamente es lo que ocurre en el presente caso, como se pone de manifiesto en el voto particular a la Resolución impugnada.

Veámoslo:

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.

La exposición de motivos de dicha Ley declara:

"6. Por lo que se refiere a las garantías la Ley establece, para los edificios de vivienda, la suscripción obligatoria por el constructor, 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.

Se establece igualmente para los edificios de vivienda la suscripción obligatoria por el promotor de un seguro que cubra los daños materiales que ocasionen en el edificio el incumplimiento de las condiciones de habitabilidad o que afecten a la seguridad estructural en el plazo de tres y diez años, respectivamente.

Se fijan 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.

No se admiten franquicias para cubrir los daños en el supuesto de un año, y no podrán exceder del 1 % del capital asegurado para los otros dos supuestos.

Además, con el fin de evitar el fraude a los adquirentes se exigen determinados requisitos que acrediten la constitución del correspondiente seguro para la inscripción de escrituras públicas y la liquidación de las sociedades promotoras."

Sistema que es posteriormente desarrollado en el artículo 19 de la propia Ley.

El Real Decreto Legislativo 6/2004, y en idéntico sentido la Ley 30/1995, determina en su artículo 25 :

"3. Las tarifas de primas deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas. Asimismo, responderán al régimen de libertad de



competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes.

4. Las entidades aseguradoras podrán establecer ficheros comunes que contengan datos de carácter personal para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico actuarial para permitir la tarificación y selección de riesgos y la elaboración de estudios de técnica aseguradora. La cesión de datos a los citados ficheros no requerirá el consentimiento previo del afectado, pero sí la comunicación a éste de la posible cesión de sus datos personales a ficheros comunes para los fines señalados, con expresa indicación del responsable, para que se puedan ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación previstos en la Ley.

También podrán establecerse ficheros comunes cuya finalidad sea prevenir el fraude en el seguro sin que sea necesario el consentimiento del afectado. No obstante, será necesaria en estos casos la comunicación al afectado, en la primera introducción de sus datos, de quién sea el responsable del fichero y de las formas de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación."

La norma se asegura de que las tarifas sean suficientes para la satisfacción de todas las obligaciones, esto es, se pretende que los riesgos queden suficientemente cubiertos, lo que lleva a la permisibilidad de transmisión de información estadística o informes de técnicas aseguradoras o cesión de datos.

El Reglamento CE 358/2003 - y en el mismo sentido el anterior Reglamento CE 3932/92 -, explica:

"La colaboración entre empresas de seguros, o en el seno de asociaciones de empresas, con vistas al cálculo del coste medio de la cobertura de un riesgo determinado en el pasado o, en el caso de los seguros de vida, a la elaboración de tablas de mortalidad y tablas de frecuencia de enfermedades, accidentes e invalidez, permite mejorar el conocimiento de los riesgos y facilita su evaluación por las distintas empresas. Esto puede facilitar, a su vez, la entrada en el mercado y beneficiar, por tanto, a los consumidores. Lo mismo ocurre con los estudios conjuntos sobre el probable impacto de circunstancias externas que pueden incidir en la frecuencia o el alcance de los siniestros o en la rentabilidad de distintos tipos de inversiones. Con todo, es necesario garantizar que dicha colaboración sólo quede exenta en la medida en que sea indispensable para alcanzar estos objetivos. Por ello, conviene estipular que no queden exentos los acuerdos relativos a las primas comerciales; 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 sus primas. Además, los cálculos, tablas o estudios en cuestión no deben ser vinculantes y han de tener un carácter meramente orientativo..."

La definición de «riesgos nuevos» contenida en el apartado 7 del artículo 2 del presente Reglamento aclara que la definición sólo abarca los riesgos que no existían previamente, quedando de este modo excluidos, por ejemplo, los riesgos que ya existían pero que no estaban asegurados. Además, un riesgo cuya naturaleza cambie de forma significativa (por ejemplo, un aumento considerable de actividades terroristas) queda fuera de la definición, dado que en tal caso el riesgo propiamente dicho no es nuevo. Un riesgo nuevo requiere, por su naturaleza, un producto de seguro completamente nuevo y no puede ser cubierto introduciendo añadidos o modificaciones en un producto de seguro existente."

El artículo 1 del Reglamento establece, en lo que interesa:

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

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

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

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

Y el artículo 2:

"«riesgos nuevos»: los riesgos que no existían previamente y cuya cobertura requiera el desarrollo de un producto de seguro totalmente nuevo que no suponga una extensión, mejora o sustitución de un producto de seguro existente;"

En el presente caso concurren las siguientes circunstancias:



- 1.- la Legislación española aplicable se asegura la cobertura del riesgo, de suerte que la prima sea suficiente para poder cubrir las obligaciones que pudieran derivarse del seguro;
- 2.- el riesgo asegurado de forma obligatoria en virtud de la Ley 38/1999 es nuevo, pues obliga a desarrollar un producto de seguro totalmente nuevo, en su configuración jurídica, temporal, subjetiva y objetiva;
- 3.- los hechos que analizamos coinciden con un momento de fuerte incremento de la actividad constructora, lo que implica la obligatoriedad de asegurar un gran volumen de riesgos.

La recurrente, a la vista de la normativa de aplicación, la novedad en la configuración del seguro y el volumen de actividad asegurada obligatoriamente, pudo racionalmente interpretar que los acuerdos y su ejecución se encontraban amparados por norma de rango legal y por los Reglamentos de aplicación de la UE.

Efectivamente, de los hechos declarados probados en la Resolución impugnada, aparece claramente el temor de las empresas implicadas a que los riesgos cuya cobertura asumían, bien como aseguradoras o reaseguradoras, estuviesen deficientemente valorados y se estableciesen primas que no alcanzasen a cubrirlos; y a este temor contribuyó de manera directa, tanto la novedad en la configuración del seguro, como el fuerte incremento del volumen de contratación aseguradora que aumentaba notablemente el riesgo asegurado y asumido por las entidades.

Concretamente y respecto de la recurrente podemos leer en la resolución:

"... 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)..."

Era pues, en el momento a que se refieren los hechos, razonable entender que el comportamiento, encaminado a garantizar la real cobertura de los riesgos asegurados, se encontraba legalmente amparado.

Hemos de concluir que no concurre el elemento subjetivo de la infracción.

Por último hemos de analizar los actos de boicot que se atribuyen a la recurrente a efectos de determinar si, por sí solos, pudieran ser constitutivos de infracción administrativa.

En la Resolución se afirma:

"...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."

"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."



Los actos de boicot imputados se insertan en el ámbito de la libertad de contratación, pues consistieron, al margen de negociaciones, en la negativa a contratar con entidades que aplicaban tarifas que se consideraban inferiores a la cobertura del riesgo asegurado.

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

De lo dicho resulta; de una parte, que no se aprecia culpabilidad en la recurrente, pues la circunstancias concurrentes hacían razonable la interpretación de las normas jurídicas de aplicación, de las que podía desprenderse la exención legal de la conducta.

Pero, lo que es más importante, la recurrente no participó en la toma de acuerdos objeto de la Resolución impugnada, y sólo interviene en un momento posterior para vigilar el cumplimiento de tales acuerdos. Pero, como hemos dicho, tal vigilancia se centró exclusivamente en el ámbito de la libertad de contratación, sin extralimitación de su ámbito, por tanto, desde este punto de vista, la concreta conducta imputada a la recurrente no es anticompetitiva, pues en ejercicio de su libertad de contratación, y sin perseguir un fin anticompetitivo, determinó su ámbito de contratación respecto de que aquellas Compañías del ámbito del seguro que garantizaban, a su juicio, la cobertura de los riesgos.

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

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

SEGUNDO. - El recurso de casación se articula en la formulación de dos motivos de casación.

El primer motivo de casación, al amparo del art. 88.1.c) LJCA, aduce la infracción de los artículos 24 y 120.3 CE, el art. 33.1 de la Ley de la Jurisdicción por incongruencia y falta de motivación de la sentencia impugnada, fue inadmitido por Auto de 17 de octubre de 2013, al carecer <<manifiestamente de fundamento, toda vez que el motivo previsto en el artículo 88.1.c) de la Ley de esta Jurisdicción únicamente es idóneo para hacer valer el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, es decir, para denunciar errores "in procedendo" en que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional "a quo" desde la iniciación del proceso hasta la sentencia misma, como acto procesal, cuando en su formación se desatienden normas esenciales establecidas al efecto (motivación, congruencia, claridad, precisión), y siempre que tales vicios generen indefensión al recurrente.>>

El segundo motivo de casación, que sí fue admitido por el mencionado Auto de la Sala, se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que resultaren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en particular del artículo 1.1 de la LDC en relación con el art. 81.1 del TCE (101 TFUE) y la jurisprudencia dictada en su aplicación.

TERCERO .- En el desarrollo argumental del segundo motivo de casación se aduce que la Sala de instancia considera que el documento titulado "Medidas Correctoras SDD" no reúne los requisitos precisos para ser calificado como acuerdo de voluntades, en contra de la jurisprudencia dictada en interpretación y aplicación de los preceptos que regulan la prohibición de acuerdos anticompetitivos.

Manifiesta la Administración del Estado recurrente que en realidad el acuerdo de voluntades en el que se concreta la conducta ilícita está prevista en los preceptos que se invocan como vulnerados ya que deben entenderse en un sentido amplio y no formalista, en el cual tendría perfecto encaje el documento titulado "Medidas correctoras SDD".

El motivo va a ser acogido. No compartimos los razonamientos de la Sala de instancia respecto de que la conducta imputada a la Compañía Reaseguradora CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA (CASER) no merece reproche sancionador, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, sobre la ausencia de intencionalidad de la recurrente y la inexistencia de una conducta ilícita, pues aún cuando en la sentencia se declara probado que la mercantil recurrente no participó en la elaboración del documento titulado "Medidas correctoras SDD", si declara acreditada la ulterior vigilancia del cumplimiento de los acuerdos, y la adopción de diversas iniciativas para que el cártel mantuviera los precios mínimos pactados, incluyendo No cabe considerar, como razona la sala de instancia, que dicha actuación de



vigilancia y de se inserte en el ámbito de la libertad de contratación sin extralimitación de su ámbito, ni que tuvieran una finalidad anticompetitiva.

Consideramos que la actuación expuesta y las concretas circunstancias no son determinantes para excluir la responsabilidad de la sociedad recurrente, pues, partiendo de lo ya dicho, de que no resulta acreditada su participación de forma activa en las reuniones celebradas para intercambiar información, con el objeto de implementar la aplicación del Documento «Medidas Correctoras - SDD 2002», si ha quedado acreditado que la recurrente participó en las actuaciones de vigilancia y de control del cumplimiento de lo acordado en dicho documento, en el que, además de arbitrar reglas sobre valores de referencia de los capitales asegurados, establecía franquicias mínimas y máximas y determinadas reglas sobre las garantías complementarias y la aplicación de recargos, lo que va más allá de la mera homogeneización de las primas puras o de riesgo, y en los contactos posteriores entre compañías aseguradoras y reaseguradoras para vigilar el cumplimiento de lo acordado, lo que constituye inequívocamente una conducta, por su objeto, restrictiva del libre juego de la competencia en los mercados de seguro afectados. Además CASER adoptó ciertas iniciativas para el mantenimiento de los precios mínimos pactados y actos de retorsión o boicot que se explicitan en la resolución sancionadora. En fin, como hemos declarado en relación a otras conductas similares. Siendo ello así, debe concluirse que las reuniones y las prácticas encaminadas al seguimiento y control del cumplimiento del acuerdo y, claro es, la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores -actividades que aparecen descritas con detalle en diversos apartados de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia-, comportan por sí mismas una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

La Sala de instancia ha estimado que <<no existe culpabilidad en la recurrente, pues las circunstancias concurrentes hacían razonable la interpretación de las normas jurídicas de aplicación, de las que podía desprenderse la exención legal de la conducta>> que considera determinante para declarar la inexistencia de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, sin tener en cuenta hechos debidamente acreditados en el expediente sancionador, respecto de las prácticas de seguimiento y control de los incumplimientos del mencionado Documento «Medidas Correctoras - SDD 2002», lo cual, como hemos declarado en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 (RC 2449/2013), revela el verdadero significado y alcance anticompetitivo del acuerdo adoptado por las empresas aseguradoras y reaseguradoras sancionadas, y en este caso, la recurrente CASER actuó con conocimiento del alcance de su actuación y las consecuencias que tenían sobre la libre competencia.

Dijimos en aquella ocasión:

<< En cuanto al documento denominado "Medidas Correctoras SDD-2002", la sentencia recurrida comienza afirmando que dicho documento "...no reúne en sí mismo los elementos precisos para ser calificado como acuerdo de voluntades, sino que lo único que queda acreditado es que constituyó una propuesta formulada por ASEFA a sus reaseguradoras...". Pero la aparente rotundidad de esa primera apreciación queda prontamente devaluada, pues aunque la sentencia no señala de manera expresa que aquella propuesta fue asumida por las demás entidades aseguradoras y reaseguradoras concernidas -y así lo corroboran hechos posteriores a los que luego aludiremos-, la propia Sala de instancia viene a admitirlo, siquiera de forma implícita, pues de otro modo no se entenderían las explicaciones que ofrece a continuación la propia sentencia para destacar que aquel documento tenía por objeto la búsqueda de criterios para el correcto cálculo de la prima de riesgo y no la fijación de primas comerciales, de manera -señala la sentencia- que <<...los "acuerdos" versarían, no sobre la prima comercial sino sobre el "coste" puramente objetivo del producto...>>.

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



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

Es cierto, como señala la sentencia recurrida, que tanto en la normativa comunitaria europea [artículo 81.3 TCE , ahora artículo 101.3 TFUE , y su desarrollo en el Reglamento (CE) nº 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, que vino a sustituir al Reglamento (CEE) nº 1534/1991, del Consejo, de 31 de mayo de 1991] como en el ordenamiento interno [artículo 24 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados , y luego artículo 25 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre , así como artículos 76 y 77 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados] se admite que en determinados ámbitos -en este caso, en el mercado del seguro- puedan entablarse entre dos o más empresas intercambios de datos estadísticos y acuerdos tendentes a la homogeneización de criterios para la determinación de costes, así como para utilización de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes, sin que tales acuerdos e intercambios de información tengan el carácter de práctica restrictiva de la competencia.

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

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

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de diciembre de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 869/2009 , que casamos.

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

Las mismas razones que hemos expuesto para acoger el motivo de casación nos llevan a concluir que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia es ajustada a derecho en cuanto declara que la conducta de la recurrente en lo relativo a las actuaciones de vigilancia y boicot descritos es constitutiva de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia -tanto en la Ley 16/1989, de 17 de julio como en la Ley 15/2007, de 3 de julio- y del artículo 81 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), ahora artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) ; sin que sea de aplicación en este caso, por las razones que también hemos expuesto al examinar el motivo de casación, la exención contemplada en los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia , 81.3 TCE , (ahora artículo 101.3 TFUE) y su desarrollo en el Reglamento (CE) nº 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, que vino a sustituir al Reglamento (CEE) nº 1534/1991, del Consejo, de 31 de mayo de 1991. Sin que sea apreciable la ausencia de culpabilidad de la recurrente, apreciación que no presenta fundamento a la vista de la conducta desarrollada, de vigilancia de los acuerdos y de control de los incumplidores, comportamiento que no cabe encajar en la libertad de contratación, pues respondía a la intención de la recurrente llevar a la práctica los acuerdos y pactos plasmados en el reseñado documento con las consecuencias conocidas que implicaba sobre la libre competencia.



Desestimada así la pretensión principal de la parte actora, en el fundamento jurídico octavo de la demanda se aduce, con carácter subsidiario, que la sanción impuesta es desproporcionada y arbitraria, además de vulnerar los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución en relación con la determinación del importe de la sanción en la suma de 14 millones de euros. Según la recurrente, la Comisión Nacional de la Competencia ha aplicado, sin mencionarla, la Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009, dictada en desarrollo de la Ley 15/2007, que a su entender es más desfavorable que la normativa que resultaba aplicable por razón de las fechas de las conductas examinadas, que es la Ley 16/1989.

Este argumento de impugnación debe ser acogido.

Y es que, en efecto, la cuantificación de la multa se ha llevado a cabo siguiendo los criterios que se indican en la Comunicación de Multas de 6 de febrero de 2009. Aunque la resolución sancionadora no menciona esa Comunicación, lo cierto es que a partir de las magnitudes de ingresos de los años 2002 a 2007 la resolución aplica, sin mencionarlos, los coeficientes reductores previstos en el apartado 15 de la Comunicación de Multas. Y una vez determinada la cantidad base para el cálculo de la multa mediante la aplicación de los coeficientes correctores correspondientes a los distintos ejercicios, la resolución sancionadora sigue los pasos y criterios previstos en aquella Comunicación, siempre sin mencionarla; aplicando sobre aquella cantidad base el porcentaje del 10%. De todo ello resulta la cantidad de 14 millones de Euros, que es la multa que se impone a CASER.

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

Por tanto, el motivo de impugnación debe ser estimado pues, aunque la resolución sancionadora invoca expresamente lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, el cálculo de la multa no se ciñe en realidad a las bases y criterios de graduación establecidos en ese precepto sino que se determina aplicando los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009. En fin, el procedimiento de cálculo seguido por la Comisión Nacional de la Competencia está viciado en su conjunto, por la aplicación que hace, siquiera de forma encubierta, de los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009.

QUINTO. - Compartimos el parecer de la Comisión Nacional de la Competencia -y discrepamos, por tanto, de la Sala de instancia- en cuanto a la existencia de la conducta infractora imputable a CASER, que se limita a las actuaciones posteriores a la elaboración del documento que hemos descrito, pero entendemos que procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución sancionadora impugnada en lo que se refiere al importe de la sanción, aspecto éste en el que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia resulta contraria a derecho.

Procede, pues, la anulación del importe de la sanción por haber sido fijado aplicando un método de cálculo no conforme a derecho; debiendo ordenarse a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que determine la cuantía de la multa ciñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10; sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009; sin que en la nueva resolución que se dicte pueda imponerse una multa que supere el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución (artículo 10.1 de la Ley 16/1989); y, en fin, sin que en ningún caso pueda resultar una multa de cuantía superior a la sanción (14 millones de euros) que ahora se anula.

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

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

**FALLAMOS**

Primero.- HA LUGAR al recurso de casación número 583/13 interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de diciembre de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 869/2009 , que casamos.

Segundo.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA (CASER) contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, recaída en el expediente S/0037/08, que se anula en el extremo que concierne a la individualización de la sanción, cuyo importe deberá determinarse por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en los términos fundamentados.

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

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.- Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.