

Roj: **SAN 1/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:1**Id Cendoj: **28079230062013100001**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **04/01/2013**Nº de Recurso: **864/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 1/2013,**  
**STS 2543/2015**

## SENTENCIA

Madrid, a cuatro de enero de dos mil trece.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ASEFA S.A COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.** y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Ramón Rodríguez Nogueira, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 12 de noviembre de 2009**, relativa a sanción, siendo codemandada Musaat, Mutua de Seguros a Prima Fija y Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios AUSBANC CONSUMO siendo la cuantía del presente recurso 27.759.000 euros. Siendo Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> ANA ISABEL RESA GOMEZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asefa S.A. Compañía Española de Seguros y Reaseguros, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Ramón Rodríguez Nogueira, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 12 de noviembre de 2009.

**SEGUNDO** : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos solicitando a la Sala, declare la nulidad o anulabilidad de la Resolución impugnada y con ella la de la sanción impuesta o subsidiariamente acuerde reducir la sanción a una cifra no superior a 901.518,16€.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno lo que igualmente realizaron las codemandadas.

**TERCERO** : Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día cuatro de diciembre de dos mil doce.

**CUARTO** : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, salvo la relativa al plazo para dictar sentencia, dada la complejidad de la cuestión litigiosa en relación con el importe de la sanción impuesta y el volumen del expediente administrativo.



## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** .- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 12 de noviembre de 2009 en el Expediente **S/0037/08 COMPAÑIAS DE SEGURO DECENAL** con la siguiente parte dispositiva:

*"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 ."*

La Resolución impugnada cuenta con un Voto Particular discrepante, formulado por uno de los Consejeros que entendió que no cabía imputar infracción administrativa alguna y que, en todo caso, la sanción impuesta habría sido erróneamente calculada.

Frente a esa misma Resolución del Consejo de la CNC se han seguido en la Sala, además de éste, los recursos nº 861, 865, 866 y 869/2009.

**SEGUNDO:** La Resolución administrativa impugnada contiene un apartado de

"HECHOS PROBADOS

quot; en el que se recogen los hechos en los que se sustenta la imputación de la actora (y de las demás sancionadas); ello no obstante, comienza describiendo cada una de las compañías interesadas (páginas 7 a 12), para continuar con la referencia al mercado de seguro de daños a la edificación y su reaseguro en España y, más concretamente, haciendo referencia al seguro de daños a la edificación ( artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación ), a las características del Seguro Decenal obligatorio de daños a la edificación, fecha en que entró en vigor la LOE (disposición adicional 2ª), y a diversas disposiciones más, continuando haciendo un análisis de las diversas disposiciones del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Real Decreto Legislativo 6/2004); sigue analizando la evolución del mercado de seguro de daños a la edificación, la oferta en el mercado de seguros de daños a la edificación, el reaseguro del seguro de daños a la edificación, la estructura y evolución del mercado de reaseguro del seguro de daños a la edificación en España y es ya en la página 23 cuando encontramos la



referencia propiamente dicha a los hechos (apartados 4 a 39), cuya síntesis, y a modo de conclusión, sin embargo se contiene, de forma también heterodoxa en los

"FUNDAMENTOS DE DERECHO

quot; (página 40 de la Resolución) donde podemos leer:

*"Primero.- Normativa aplicable*

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

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

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

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

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

En definitiva, los hechos relevantes son los siguientes:

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

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

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

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



representantes de ASEFA y SUIZA (folios 6447, 6481, 6482 y 6498). En dicha reunión se advirtió de que había que "incrementar sustancialmente las tarifas y endurecer los criterios de suscripción" (folio 6447).

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

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

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

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

- Además, ASEFA sugirió a SCOR la conveniencia de celebrar una reunión con MAPFRE EMPRESAS y los tres reaseguradores (SCOR, SUIZA y MÜNCHENER) para informar sobre la problemática detectada y propuso que tras dicha reunión, la líder de cada contrato de reaseguro junto con cada cedente visitara a cada una de las entidades financieras. "Por último hay que preparar un último y final discurso a las Entidades Financieras y creo que sería muy conveniente que cada líder de los contratos, después de los últimos acuerdos que tomemos en la reunión que propongo, visite a cada entidad financiera con su cedente" (folios 6455 a 6456)."

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

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

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

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

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

A continuación se detalla la vigilancia y sus denuncias:

- "El 20 de junio de 2002, ALLIANZ informó a SCOR sobre la firma de un protocolo de EUROMUTUA a tasas inferiores a las mínimas. SCOR contactó ese mismo día con ASEFA, MÜNCHENER y SUIZA preguntándoles su

parecer e indicando que había que cortarlo. ASEFA contestó que estaba de acuerdo en cortarlo y que estaban a la espera de averiguar quiénes eran los reaseguradores.

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

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

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

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

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

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

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

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

- "Asefa, Caser, Scor, Suiza y Münchener reaccionaron coordinadamente, manteniendo su decisión de no rebajar sus condiciones y presionando en el mercado de reaseguro para que Musaath no pudiera reasegurar su negocio..."

- "Con fecha 12 de diciembre de 2006 Asefa envió a Hannover Re un correo en el que se informaba que tras conocer el apoyo recibido por Musaath para su nuevo contrato de decenal provenía de Hannover RE "desde la Dirección de Asefa se ha tomado la decisión de no dar cabida en el contrato de reaseguro a ningún reasegurador que contribuya a apoyar prácticas que puedan desestabilizar este mercado..."

- "Con fecha 21 de diciembre de 2006 Asefa informó a Scor y a SMABTP de que las nuevas condiciones de suscripción ofertadas por Musaath y Diagonal eran inferiores a "las normales del mercado en más de un 50%" y que "al día de la fecha, a pesar de haber lanzado estas condiciones no tiene capacidad de reaseguro". Además comunicó que "la posición de la Dirección General de Asefa es mantenerse firme en todas y cada una de sus normas de tarificación y de suscripción".

- "Scor transmitió información a Asefa sobre las ofertas que le llegaron de Musaath y Asefa presionó a entidades financieras para que no trabajasen con Musaath..."

- "Asefa continuó proponiendo a las reaseguradoras el establecimiento de condiciones de tarificación nuevas, que suponían un incremento del precio del seguro, para ser aplicadas de forma homogénea por todo el mercado"

- "Durante la preparación de la renovación de los contratos de reaseguro para 2008, Asefa presionó a las reaseguradoras Scor, Münchener y Suiza para que no reaseguraran a Musaath tampoco en 2008..."



- Por último con fecha 15 de octubre de 2007 mediante un correo interno, Asefa informó sobre una reunión celebrada con Scor durante la que ésta le transmitió su preocupación por qué ciertas aseguradoras del mercado decenal tendieran a reducir la tasa mínima.

**TERCERO** - Los motivos alegados por la recurrente en la demanda son, en síntesis, los que a renglón seguido se relacionan:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El relato de hechos que efectúa la resolución impugnada se centra en las reuniones y acuerdos para poner fin a la bajada de las primas de riesgo, al tiempo que reconoce que giraban sobre acuerdos técnicos y de tarificación, dado que " *a partir del 1 de enero de 2002, en el que se fijan los valores definitivos de las primas mínimas por cobertura, y las tasas mínimas por renunciaciones a recurso, las tasas mínimas aplicables a riesgos normales, así como los coeficientes correctores de la tasa de prima en función del coste por m<sup>2</sup> declarado por el tomador del seguro* ".

Y tras reproducir determinadas tablas, la resolución impugnada concluye:

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

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

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

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

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

Existe, por último y esto es fundamental, una especial caracterización del mercado en el ámbito de la actividad aseguradora privada que ante todo viene condicionado por una obligación legal de " *suficiencia* " de las primas comerciales aplicadas por la aseguradora, estando prohibido lo que sería una venta a pérdida. El precio, en este caso las primas comerciales, deben ser " *suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir*



a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas" ( artículo 25.3 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados ). Esencialmente, pues, la prima comercial o " prima de tarifa " debe ser suficiente para cubrir el coste estimado del siniestro.

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

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

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

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

*"El Consejo reconoce que es un hecho cierto que el mercado ha pivotado durante el periodo investigado fundamentalmente sobre el seguro obligatorio proporcional o cuota parte, y que normalmente las cedentes retenían un porcentaje bajo del riesgo asegurado y de la prima comercial, que con carácter general ha ido incrementándose con el paso de los años (HP 1.1 a 1.4). Esta circunstancia permite justificar el interés de las reaseguradoras en condicionar la suscripción del contrato de reaseguro a la aceptación y utilización por la aseguradora cedente de unos criterios técnicos y de tarificación mínimos en los contratos de seguro directo que concierte con los promotores de las edificaciones, y así garantizar que no incurrn en situación de infraseguro y que las primas percibidas y cedidas (en un % elevado) son suficientes en relación con el riesgo asumido."*

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

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

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





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

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

Con esta base, y sobre las propias afirmaciones de la CNC, retomando el análisis de los hechos que se encuentran en la base de este recurso, es preciso recordar la definición que la resolución impugnada hace del mercado del seguro de daños a la edificación y su reaseguro en España, en el hecho probado 2.

### **"2.1. El seguro de daños a la edificación**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*- La nueva instauración del seguro decenal en la ley de ordenación de la edificación entro en vigor el día 6 de mayo del año 2000 .*

*- La experiencia previa sobre lo ocurrido en Francia como consecuencia de la constatada infratarificación.*

*- La especial estructura del negocio asegurador y la exigencia, en un seguro de las características del litigioso, de suscribir un contrato de reaseguro.*

*- La interrelación entre los contratos de seguro y los de reaseguro.*

*- Las diferencias entre las distintas modalidades de reaseguro.*

La Resolución impugnada funda su calificación de práctica restrictiva de la competencia en la conjunción de las siguientes actuaciones: primero, la elaboración del documento "Medidas Correctoras SDD-2002" que, a su juicio, constituye un acuerdo de fijación de precios mínimos suscrito en 2001, que califica de anticompetitivo en cuanto contrario, por su objeto, al artículo 1 de la LDC ; segundo, la aplicación en las medidas de tarificación y suscripción por las entidades sancionadas de las condiciones resultantes de los acuerdos plasmados en el



citado documento "*Medidas Correctoras SDD-2002*"; tercero, el control del cumplimiento del acuerdo para la adopción de medidas frente a los firmantes del mismo que se apartasen de lo pactado; y cuarto, la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores del acuerdo anticompetitivo en cuestión.

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

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

-En lo concerniente a la aplicación de los acuerdos plasmados en el documento "*Medidas Correctoras SDD-2002*" en las guías de tarificación y suscripción y, aun dejando aparte que, como acaba de razonarse, no queda probado que existiera ese hipotético acuerdo de precios mínimos, lo cierto es que la propia Resolución impugnada reconoce que no existió homogeneidad de condiciones y que las "*tasas mínimas*" funcionaban como referencia para establecer la prima de riesgo y no la prima comercial: Así, contradictoriamente con el mantenimiento de la existencia de un cártel, que habría supuestamente trasladado a las guías de tarificación que acompaña a los contratos de seguro unos precios mínimos, reconoce paladinamente que las tasas adicionales no coinciden y, sobre todo, que algunas compañías "*aplican recargos o descuentos en función del tipo de suelo, pendiente, nivel freático, cimentación, tipo de estructura, etc.*", añadiendo que esos "*recargos o descuentos no formaron parte de los acuerdos*".

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

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

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

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

La existencia de una explicación alternativa a la concertación antitrust ha sido admitida, para valorar conductas contrarias a la LDC por nuestro Tribunal Supremo, entre otras en las dos sentencias de 5 de octubre de 2009



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

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

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

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

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

La total eliminación de la competencia no ha quedado acreditada: la propia resolución impugnada admite la existencia de diferencias, cuya relevancia no es valorada en ningún momento por la Administración. A la CNC le corresponde la carga de probar que las diferencias en las guías de tarificación, las diferencias en tasas adicionales, recargos y descuentos, son irrelevantes como concluye.

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

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

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

Efectivamente en la Resolución se afirma:

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

Pero es que además dichos actos de boicot imputados a la actora no pueden considerarse como tales sino que se insertan en el ámbito de la libertad de contratación, eligiendo la reaseguradora más conveniente y



prescindiendo de reaseguradoras que, por estar asumiendo un riesgo excesivo con otras aseguradoras -en este caso Musaat, cuyas ofertas consideraba temerarias- pudiera tener problemas de solvencia, es decir consistieron en la negativa a contratar con entidades que aplicaban tarifas que se consideraban inferiores a la cobertura del riesgo asegurado.

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

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

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

No procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

### FALLAMOS

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

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.