



Roj: **SAN 1663/2013 - ECLI:ES:AN:2013:1663**

Id Cendoj: **28079230062013100180**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/04/2013**

Nº de Recurso: **877/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1663/2013,**
STS 2397/2015

SENTENCIA

Madrid, a diez de abril de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 877/2009 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la **Audiencia Nacional** ha promovido el **Procurador D. Manuel L anchares Perlado**, en nombre y representación de **SWISS REINSURANCE COMPANY E SWISS RE EUROPE S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA**, contra Resolución de fecha 12 de noviembre de 2009 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **SANCIÓN**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. Siendo la cuantía de la sanción VEINTIDOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL EUROS (22.641.000 €).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso este recurso el 21 de diciembre de 2009; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO, que teniendo por presentado este escrito con sus copias y documentos adjuntos y por devuelto el expediente administrativo entregado, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por presentada la demanda en tiempo y forma y, previos los trámites pertinentes, dicte Sentencia por la que, estimando el presente recurso contencioso-administrativo:

1. *Declare que no es conforme a Derecho y anule la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, dictada en el expediente S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal, en cuya virtud se sanciona a mis representadas con multa de veintidós millones seiscientos cuarenta y un mil (22.641.000) euros.*

2. *Subsidiariamente respecto de lo pretendido en el número 1 anterior, modifique la Resolución recurrida, declarando que no corresponde imponer sanción alguna a mis representadas.*

3. *Subsidiariamente respecto de lo pretendido en los números 1 y 2 precedentes, modifique la Resolución recurrida, declarando que procede reducir el importe de la sanción a 901.518,16 euros.*

4. *Subsidiariamente respecto de lo pretendido en los números 1, 2 y 3 anteriores, modifique la Resolución recurrida, declarando que procede reducir el importe de la sanción a 1.286.934,29 euros.*

5. *Subsidiariamente respecto de lo pretendido en los números 1, 2, 3 y 4 anteriores, modifique la Resolución recurrida, declarando:*



(a) En el supuesto de que se estimen los motivos esgrimidos en el Fundamento de Derecho Octavo, apartado A, que procede por ello reducir el importe de la sanción en un 15% por cada uno de los motivos señalados en dicho apartado;

(b) En el supuesto de que se estimen los motivos esgrimidos en el Fundamento de Derecho Octavo, apartado C, que procede por ello reducir el importe de la sanción en 1.078.000 euros, reducción que, en el caso contemplado en la letra a) anterior, sería adicional a la señalada en la misma.

6. En todo caso, declare el derecho de mis representadas a la devolución de los gastos derivados del cumplimiento de lo previsto en la parte dispositiva de la Resolución recurrida -incluidos los derivados del aval constituido en garantía del pago de la sanción en virtud del Auto de esa Sala de 22 de febrero de 2010 y los de publicación de la Resolución, con los intereses correspondientes y condene a la Administración a su abono.

7. En todo caso, condene a la Administración a publicar a su costa el fallo de la Sentencia estimatoria que se dicte, en el plazo de dos meses desde que dicha Sentencia sea dictada."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó "dicte Sentencia desestimatoria".

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 10 de septiembre de 2012 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de fecha 22 de marzo de 2013 se señaló para votación y fallo el día 9 de abril de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 12 de noviembre de 2009, recaída en el expediente sancionador S/0037/08 "Compañías de Seguro Decenal" incoado por la Dirección de Investigación de la CNC contra, entre otras compañías de seguros y reaseguros, la sociedad reaseguradora alemana ahora recurrente, por la que, entre otros pronunciamientos, se acuerda:

- Declarar a **SWISS**, a través de su Sucursal en España y Portugal, responsable de una infracción del artículo 81.1 a) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del artículo 1.1. a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el Seguro Decenal de daños a la edificación en España;

- Imponer a **SWISS** una multa de 22.641.000 euros (VEINTIDOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL EUROS);

- Ordenar la publicación del texto íntegro de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado y de su parte dispositiva en la sección de economía de dos diarios de ámbito nacional de mayor difusión.

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 864, 865, 866 y 869/2009.

2. 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 2^a), 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 (la hoy actora, además de 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 cartel.

- La adopción de medidas de vigilancia del referido acuerdo desde el año 2002 hasta el año 2007.

3. 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. SWISS no ha participado en ningún acuerdo ni cártel para la fijación de precios mínimos.



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.

4. 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.

5. 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 "*medias 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.

Hasta aquí el análisis de los motivos atinentes al procedimiento.

6. 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 renuncias a recurso, las tasas mínimas aplicables a riesgos*".



normales, así como los coeficientes correctores de la tasa de prima en función del coste por m² declarado por el tomador del seguro ."

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 .

7. 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 incurren 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 incurren 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 "*cuestiones 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*".

8. 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.

9. 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.

Las anteriores consideraciones, entre otras, han llevado a la Sala a estimar también aquellos otros recursos interpuestos contra la misma resolución impugnada.

10. De lo anterior deriva la procedencia de estimar el recurso con la paralela anulación de la Resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, al igual que ya hiciéramos en los recursos interpuestos por el resto de empresas sancionadas en la misma Resolución de la CNC.

No procede imposición de costas con arreglo a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Pérez García en nombre y representación de **SWISS REINSURANCE COMPANY E SWISS RE EUROPE S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA** , contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, que anulamos por su disconformidad a Derecho.

Sin empresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.