

Id. Cendoj: 28079230062013100122
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 20/03/2013
Nº de Recurso: 866/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia. Seguro decenal .

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veinte de marzo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 866/2009 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS SA Y MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS** representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Alicia Casado Deleito contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 12 de noviembre de 2009 (Compañías de Seguro Decenal, expediente S/0037/08). La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 21.632.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 12 de noviembre de 2009 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución en el expediente S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal cuya parte dispositiva establece lo siguiente:

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

SEGUNDO.- Declarar responsables de esta infracción a ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS; MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A.; CAJA

DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; SCOR GLOBAL P&C, S.E.; MUNCHENER RUCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN; SWISS REINSURANCE COMPANY; y SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA, AGENCIA DE REASEGUROS, S.A.

TERCERO.- Imponer una multa de:

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

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

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

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

15.856.000 Euros a MUNCHENER RUCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN.

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

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

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

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

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

SEGUNDO: La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 21 de diciembre de 2009 contra el acto indicado en el antecedente de hecho anterior ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 13 de julio de 2011 solicitó *"tener por formulada en tiempo y forma demanda contencioso-administrativa contra la resolución del Consejo de la CNC adoptada el 12 de noviembre de 2009 en el expediente S/0037/08 "Compañías de Seguro Decenal" resolución que deberá ser declarada contraria a Derecho y como consecuencia de ello anuladas todas sus declaraciones e intimaciones, incluida la multa impuesta en la resolución a mis mandantes, con expresa imposición de las costas a la Administración demandada"*.

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 20

de octubre de 2011.

Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se presentaron conclusiones por las partes. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo el 5 de febrero de 2013, lo que se efectuó para el 5 de marzo de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto impugnado es la resolución de 12 de noviembre de 2009 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia expediente S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal.

La resolución declara acreditada la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, constitutivo de una infracción única, compleja y continuada del artículo 1.1 de la Ley 16/1989 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 .

Precisa la CNC (folio 59) 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.

La CNC en el fundamento de derecho séptimo (folio 64 de la resolución recurrida) señala que la infracción se inicia en 2001 con los contactos mantenidos entre las aseguradoras MAPFRE EMPRESAS y ASEFA por un lado, y las reaseguradoras SCOR, MUNCHENER (también denominada MRSEP) y SUIZA por otro, con el objetivo de fijar precios mínimos para el SDD introducido por la LOE. Estos contactos e intercambio de información fructificaron en el documento, elaborado por ASEFA y remitido a las demás empresas cartelizadas, denominado "medidas correctoras SDD-2002", en el que además de criterios técnicos para la valoración del coste de cobertura del riesgo decenal de daños a la edificación, se pactan tasas mínimas, primas mínimas, recargos mínimos y valores del metro cuadrado construido mínimos.

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

Las guías de tarificación, cuyo precedente fue el documento denominado "medidas correctoras" recogen los precios mínimos y otros criterios de tarificación que afectan al precio del seguro. Concretamente establecen:

Las mismas tasas mínimas aplicables al mejor riesgo (0,55% para viviendas en bloque y 0,7% para unifamiliares en el caso de la garantía básica que es la obligatoria).

Tasas mínimas idénticas para otras coberturas opcionales como estabilidad de fachadas no portantes, impermeabilización de fachadas y cubiertas, revalorización de las sumas aseguradas, etc.

Los mismos recargos por renuncia a recurso.

Las mismas primas mínimas (entre otras, 2.000 euros por póliza y 600 euros por vivienda para garantía básica).

Unos valores de referencia del m² construido por provincias idénticos para corregir valores declarados de la obra demasiado bajos que pudiesen implicar primas menores.

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

La ley sustantiva aplicada ha sido la Ley 16/1989 si bien la tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007 conforme a la disposición transitoria primera de la misma.

SEGUNDO: Al objeto de fundamentar el recurso la parte actora realiza las siguientes alegaciones:

1) Caducidad del procedimiento sancionador ya que el plazo máximo para resolver el expediente administrativo y los períodos en los que el procedimiento estuvo suspendido, vencía el 5 de octubre de 2009.

2) Denegación injustificada de la solicitud de celebración de vista a pesar de la complejidad del expediente y la gravedad de las imputaciones realizadas.

3) No se ha tenido acceso a la parte del expediente considerada confidencial, a pesar de que parte de los datos que contiene se refieren exclusivamente a las recurrentes. Particular importancia tiene el hecho de que aun no se dispone de la cifra de negocio que ha tomado la CNC como base de cálculo de la sanción y que impide comprobar si esos cálculos se han realizado correctamente.

4) La resolución efectúa una valoración jurídica de los hechos distinta de la efectuada por la DI sin haber concedido plazo para presentar alegaciones como resulta preceptivo.

5) Error en la valoración de la prueba.

6) Existencia de explicación alternativa.

7) Concurrencia de los requisitos del apartado tercero de los artículos 1 LDC y 101 TFUE .

8) Ausencia del elemento subjetivo de responsabilidad.

9) De manera subsidiaria la sanción impuesta vulnera el principio de proporcionalidad.

Esta Sala ha dictado ya cuatro sentencias en relación a la resolución aquí impugnada anulándola en la parte que imputa a la correspondiente empresa recurrente la realización de una conducta restrictiva de la competencia con la imposición de la correspondiente sanción: sentencia de 14 de diciembre de 2012 (recurso 869/2009) referida a Caser, sentencia de 18 de diciembre de 2012 (recurso 861/2009) referida a Munchener, sentencia de 18 de diciembre de 2012 recurso 865/2009) referido a SCOR GLOBAL y sentencia de 4 de enero de 2013 (recurso 864/2009) referida a ASEFA que reproduce básicamente las dos sentencias de 18 de diciembre de 2012 (recursos 861/2009 y 865/2009).

El contenido de las sentencias dictadas en relación a la misma resolución pero distintos recurrentes puedan diferir en sus razonamientos al ser distinta la participación de los interesados y distintos las pretensiones y motivos alegados. Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 20 de abril de 1999 asunto Limburgse Vinyl Maatschappij/ Comisión T-305/94 , T-306/94, T-307/94 y otros "*(7) Una Decisión de la Comisión por la que se declara, respecto de varias empresas, la existencia de infracciones del artículo 85 del Tratado y por la que se impone a cada una de ellas una multa, debe analizarse como un conjunto de Decisiones individuales, a pesar de estar redactada y publicada en forma de una sola Decisión*".

Por otra parte como señala el artículo 33.1 de la Ley 29/1998 "*Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición*".

Ahora bien en los supuestos en los que las cuestiones y alegaciones sean similares no resulta objetable remitirse a las argumentaciones realizadas en sentencias anteriores, no en caso de que no exista identidad de pretensiones y motivos. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2009 señala "*en semejante supuesto de recursos dirigidos contra la misma resolución administrativa, por sujetos que se encuentran en la misma posición procesal y que se fundan en cuestiones y alegaciones substancialmente semejantes, no resulta objetable recurrir al procedimiento adoptado por la Sala de instancia de recoger las principales conclusiones adoptadas en uno de tales recursos y hacerlas extensivas al otro recurso. Para que pudiera considerarse fundada la imputación de incongruencia omisiva y/o de falta de motivación suficiente la parte debería acreditar en términos específicos qué pretensión concreta y distinta a las referidas por la Sentencia que se recurre no ha sido respondida y qué alegación esencial para la decisión sobre tales pretensiones no fue rechazada expresa o implícitamente en la resumida respuesta ofrecida por la Sala juzgadora, cuyo desarrollo argumental se expone detalladamente en la Sentencia a la que se remite*".

Establecido lo anterior procede entrar a analizar los motivos alegados por el recurrente, en primer lugar los de carácter formal y posteriormente los de carácter sustantivo.

TERCERO : Considera el recurrente que el procedimiento caducó siete días antes de que se dictara la resolución y se ha dictado por tanto transcurrido el plazo máximo de 18 meses desde la incoación del expediente sancionador hasta su resolución previsto en el artículo 36.1 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 (en adelante LDC 2007). La consecuencia de conformidad con el artículo 44.2 de la ley 30/92 de 26 de noviembre es que se declare la nulidad de la resolución al haberse dictado una vez transcurrido el plazo máximo establecido legalmente.

Entiende la parte recurrente que se ha superado el plazo de 18 meses desde la incoación del expediente hasta la notificación de la resolución que pone fin al expediente sancionador ya que si bien admite que el plazo máximo de duración del procedimiento puede ser suspendido por las causas previstas en el artículo 37 de la LDC 15/2007 el Reglamento de Defensa de la competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante RDC 2008) el periodo hasta el que se extiende la suspensión. En concreto el artículo 37.1 LDC 2007 establece que el máximo podrá interrumpirse e) *"Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la práctica de pruebas o de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51"* y el artículo 12 del RDC 2008 establece el plazo en que debe ser entendida suspendido el cómputo del plazo para cada uno de los supuestos de suspensión del artículo 37 de la Ley y en relación al supuesto del artículo 3. 1 e) señala en el apartado 1 b) *" en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente "*. De ello deduce el recurrente que el plazo de suspensión abarca exclusivamente hasta que se incorporan el resultado de las pruebas pero no el período de alegaciones previsto en el artículo 51.1 LDC que establece que *"El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Investigación en la fase de instrucción así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio. El acuerdo de práctica de pruebas y de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndose un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes. Dicho acuerdo fijará, siempre que sea posible, el plazo para su realización"*.

Ciertamente la literalidad del artículo 12.1 RDC 2008 permite llegar a la conclusión que sostiene el recurrente (referida a que el plazo de suspensión abarca hasta que se incorpore el resultado de las pruebas practicadas al expediente y no incluye el periodo de alegaciones) al establecer que el plazo de suspensión abarca *" en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente "*. Ahora bien es necesario integrar ese apartado con lo establecido en el apartado 12.2 RDC 2008 que establece que *"para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará que se entiende reanudado el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados"*. Por lo tanto sólo se puede entender reanudado el cómputo del plazo *"desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión"* y conforme al artículo 51.1 LDC 2007 el incidente abarca no sólo la práctica de pruebas sino expresamente establece un trámite de alegaciones por un

plazo de 7 días. Por lo tanto si el incidente probatorio no concluye hasta que los interesados en el procedimiento hayan formulado alegaciones valorando el resultado de lo actuado, no procede el levantamiento de la suspensión hasta que transcurra dicha período.

Es necesario interpretar ese precepto teniendo en cuenta la finalidad que persiguen los preceptos que regulan la suspensión del procedimiento sancionador durante la fase resolutoria: la realización en fase de Consejo de actuaciones distintas a la adopción de la decisión definitiva tiene carácter excepcional, en la medida en que para ello está prevista la fase de instrucción y por ello cuando sea necesario realizar actuaciones complementarias para adoptar la decisión, pretende al establecer la suspensión del plazo máximo para resolver que no se compute ese tiempo en el plazo previsto para que el órgano resolutorio, previo análisis de la ingente documentación que integra el expediente administrativo dicte la correspondiente resolución y que ha sido fijado en 6 meses.

El Tribunal Supremo (sentencia de 13 de enero de 2010 rec. 1279/2007) ha declarado que la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionante. Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de comunicar a las partes el cambio de calificación jurídica, la practica de pruebas complementarias, dando audiencia a las mismas al objeto de que se pronuncien sobre esas actuaciones, no procede que ese tiempo se compute a efectos de duración del procedimiento cuando precisamente con ello se pretende salvaguardar su derecho de defensa.

En cuanto a la alegación referida a la no celebración de vista pública tampoco puede prosperar y nos remitimos a lo razonado en la resolución recurrida referido a que no se ha generado indefensión material teniendo en cuenta que conforme al artículo 19.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia es una facultad del Consejo que podrá ejercer cuando *"la considere adecuada para el examen y enjuiciamiento del objeto del expediente"* máxime cuando todas las partes han tenido ocasión de formular alegaciones por partida doble como establece la ley 15/2007 primero al pliego de concreción de hechos y luego a la propuesta de resolución, no habiéndose acordado la practica de prueba alguna o actuación complementaria distintas a las ya acordadas por la Dirección de Investigación.

En cuanto a la alegación referida a que no ha tenido acceso a la parte del expediente considerada confidencial, durante la tramitación de este recurso contencioso-administrativo se ha dado respuesta a las solicitudes del interesado solicitando se le entregara determinada documentación confidencial y nos remitimos a lo allí razonado. Así en relación con la cifra de negocio se indicó mediante auto de 14 de noviembre de 2012 que *"en la resolución recurrida se indica cual es la cifra de la multa base y como se ha determinado la misma. Por tanto el recurrente que impugna la multa que se le ha impuesto conoce los parámetros que se han tenido en cuenta y que han sido los mismos para todos los recurrentes"*.

Tampoco se aprecia que la resolución efectúa una valoración jurídica de los hechos distinta de la efectuada por la DI sin haber concedido plazo para presentar alegaciones como resulta preceptivo. No cuestiona la parte que los hechos imputados en ambas fases del procedimiento sean los mismos y en cuanto a la valoración jurídica de los

mismos también existe coincidencia. Así como señala el Abogado del Estado en el folio 41 de la propuesta recoge la responsabilidad de Mapfre, haciendo referencia a su participación en el acuerdo desde su inicio hasta 2007. En la última fase se afirma que esta entidad propuso la retirada de las barreras a las tasas mínimas pactadas, pero añade que tal presión se continúa en el año 2008, lo que significa que claramente no consiguió su objetivo en el año 2007. Es decir la duración de la conducta tanto por parte de la propuesta de resolución como en la resolución coincide plenamente y, desde luego, con la propuesta tuvo ocasión de defenderse la recurrente tal como lo hizo. En contra de lo que se afirma en la demanda en la propuesta de resolución sí se imputa a Mapfre la participación en las conductas a que se refiere al resolución, tanto en relación con la recepción de información, como en el seguimiento a los participantes, como en la convocatoria de la reunión de principios de 2007 (folios 41 y ss de la propuesta). Al folio 78 de la resolución se resume y concreta la participación relevante de Mapfre en el acuerdo, coincidiendo este relato del con el apartado referido de la propuesta.

CUARTO : Descartados los motivos formales alegados procede examinar las cuestiones de fondo planteadas. Con carácter previo procede examinar cual es la normativa aplicable.

La legislación de seguros no ampara acuerdos de intercambio de información que tengan como objeto fijar primas comerciales mínimas (que es la conducta imputada), sino sólo el intercambio de información para la fijación de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes.

La tarifa de prima comercial conforme al artículo 76 y 77 del RD 2486/1998 esta integrada por la prima pura o de riesgo (los gastos de gestión de siniestros se incluyen en la prima pura) el recargo de seguridad en su caso, 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.

Sólo en relación a la prima pura se establece la posibilidad de intercambiar información y ello precisamente para dar cumplimiento a la obligación de las compañías de seguro de evitar situaciones de infraseguro. Así 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 el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas. Asimismo, responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes"*.

En segundo lugar, el Consejo no considera aplicable al acuerdo de precios mínimos alcanzado por las empresas imputadas ni el Reglamento CE 3932/92 (vigente desde el 1/04/1993 hasta el 31/03/2003) ni el Reglamento CE 358/2003 (vigente desde el 1/04/2003), relativos a la aplicación del art. 81.3 TCE a determinadas categorías de acuerdos en el sector de los seguros.

El Reglamento CE 3932/92 permitía declarar inaplicable el art. 81.1 TCE a cuatro categorías de acuerdos de cooperación en el sector de los seguros. En concreto, el art.

1 declaraba inaplicable, bajo ciertas condiciones, la prohibición de colusión a los acuerdos entre aseguradoras que tuvieran por objeto cooperar en lo relativo a: a) la fijación en común de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas colectivas o el número de siniestros; b) el establecimiento de condiciones tipo para los contratos de seguro; c) la cobertura en común de determinados tipos de riesgos y d) el establecimiento en común de normas para la verificación y aceptación de equipos de seguridad. En relación con la primera categoría de acuerdos, el art. 2.a) señalaba que puede tener por objeto "el cálculo del coste medio de la cobertura de los riesgos (primas puras)", pero se deja claro que estos acuerdos no podrán tener por objeto o efecto la fijación de las "primas comerciales" (Considerando 6), por ello el art. 3.b) condiciona la exención a que tales cálculos *"no comprendan en modo alguno los márgenes de seguridad, ni el producto financiero de las reservas, ni los gastos administrativos o comerciales, incluidas las comisiones que puedan pagarse a los intermediarios, ni las cargas fiscales o parafiscales ni el beneficio previsto de las empresas participantes"*.

El Reglamento CE 358/2003 sigue proporcionando amparo a las mismas categorías de acuerdos y se insertan precisiones para impedir el intercambio de información que permita fijar las primas comerciales o precios finales cargados por las entidades aseguradoras a sus asegurados. Así, la exención de aplicabilidad del art. 81.1 TCE que establece el art. 1 a) para los acuerdos entre empresas de seguros que tengan por objeto el *"establecimiento y la difusión conjuntos de cálculos sobre el coste medio de la cobertura de un riesgo determinado en el pasado"*, se condiciona en el artículo 3 1 c) a que esos cálculos *"no contengan en forma alguna recargos de seguridad, ingresos procedentes de reservas, costes administrativos o comerciales o contribuciones fiscales o parafiscales, y no tengan en cuenta los beneficios de las inversiones ni los beneficios anticipados"* precisando el artículo 6 1 a) que *"la exención no se aplicará cuando las condiciones tipo de las pólizas contengan cláusulas que incluyan una indicación de la magnitud de las primas comerciales"*. Ello se argumenta en el considerando 10 del siguiente modo: *"La colaboración entre empresas de seguros, o en el seno de asociaciones de empresas, con vistas al cálculo del coste medio de la cobertura de un riesgo determinado en el pasado, permite mejorar el conocimiento de los riesgos y facilita su evaluación por las distintas empresas. Esto puede facilitar, a su vez, la entrada en el mercado y beneficiar, por tanto, a los consumidores. Lo mismo ocurre con los estudios conjuntos sobre el probable impacto de circunstancias externas que pueden incidir en la frecuencia o el alcance de los siniestros o en la rentabilidad de distintos tipos de inversiones. Con todo, es necesario garantizar que dicha colaboración sólo quede exenta en la medida en que sea indispensable para alcanzar estos objetivos. Por ello, conviene estipular que no queden exentos los acuerdos relativos a las primas comerciales; éstas pueden ser, en efecto, inferiores a los importes resultantes de los cálculos, tablas o estudios en cuestión, puesto que los aseguradores pueden recurrir a los ingresos de sus inversiones para reducir sus primas. Además, los cálculos, tablas o estudios en cuestión no deben ser vinculantes y han de tener un carácter meramente orientativo. "*

QUINTO: Considera la recurrente que existe un error en la valoración de la prueba. Así no niega la existencia de reuniones y de intercambio de experiencias e información entre ellas, pero alegan que la Dirección de Investigación y la CNC ha hecho una interpretación interesada y sesgada de esa documentación. Según las empresas, las reuniones y contactos documentados en el expediente tuvieron como único fin intercambiar información de carácter estrictamente técnico, relacionada con el coste de cobertura del riesgo decenal para viviendas, y no con el precio comercial del seguro, y añaden que ese intercambio y consenso debe ser analizado en el contexto económico y

jurídico en el que se produjo, que de forma esquemática es el que sigue: la implantación por la LOE del SDD suponía la necesidad de cubrir un "riesgo nuevo" a los efectos del art. 2.7 del Reglamento CE 358/03 de la Comisión, relativo a la aplicación del art. 81.3 del TCE a determinadas categorías de acuerdos en el sector de los seguros, que vino a sustituir desde el 1 de abril de 2003 al Reglamento CE 3932/92. Un riesgo nuevo sobre el que, según las empresas investigadas, no existía información estadística y experiencia siniestral que permitiera una correcta valoración del mismo para la determinación de las primas. Esto es, las aseguradoras y reaseguradoras individualmente carecían de la información necesaria para evitar situaciones de infraseguro y de insuficiencia de las primas, en un tipo de seguro que tiene un periodo largo de maduración (+10 años) y en el que, por su carácter obligatorio, se preveía una elevada contratación. En este contexto jurídico y económico, se hizo necesario recurrir a la modalidad de reaseguro obligatorio proporcional o cuota parte, que permite a la aseguradora ceder un porcentaje muy alto del riesgo asegurado a una o varias reaseguradoras. Ante este hecho (que las reaseguradoras aceptaban un porcentaje elevado del riesgo asumido por la cedente), resultaría lógico que aquéllas condicionaran la suscripción del contrato de reaseguro obligatorio proporcional a la observancia por la aseguradora cedente de unas condiciones especialmente prudentes, que garantizaran la estabilidad y suficiencia de las primas contenidas en el contrato de SDD firmado con el tomador.

La resolución recurrida da respuesta a esa alegación señalando que los acuerdos de reaseguro obligatorio proporcional, que se podrían calificar como acuerdos verticales o entre no competidores, no forman parte en sí mismos de esta infracción compleja imputada. El reproche antitrust radica en el origen concertado de la conducta de las reaseguradoras imputadas de imponer el acuerdo de precios mínimos pactado con las aseguradoras ASEFA y MAPFRE EMPRESAS al resto del mercado de seguro directo, mediante su inclusión (pactada con aquéllas) en las guías de tarificación que se anexan a los contratos de reaseguro obligatorio proporcional como parte integrante de su contenido obligatorio. Es decir, la exigencia de las reaseguradoras imputadas a (todas) sus cedentes de respetar unos precios mínimos en los contratos de seguro directo de daños a la edificación, se considera parte integrante de la infracción compleja imputada, en la medida y sólo en la medida en que tiene un origen concertado, en tanto que práctica a través de la cual se materializa por las reaseguradoras el tantas veces señalado acuerdo de fijación de precios mínimos recogido en el documento "medidas correctoras SDD-2002" de 5 de diciembre de 2001 (folio 65 de la resolución recurrida)

Acorde con ello aquellas aseguradoras que no intervinieron en la conformación de los precios mínimos pero aplicaron los mismos mediante las guías o manuales de suscripción anexas a los contratos de reaseguros no fueron sancionadas al considerar que la aplicación del acuerdo fue obligatoria al ser impuesta por las reaseguradoras y por tanto tener una intervención pasiva (Mussat, Sabadell Aseguradora, Catalana de Occidente, Vitalicio) y en relación a CASER existe una particularidad *"No obstante, no existiendo en el expediente evidencia documental de que CASER hubiese participado en la conformación del acuerdo de precios mínimos, resulta obligado concluir que la aplicación del mismo le fue impuesta por las reaseguradoras concertadas (que son sus principales reaseguradoras, HP 1.2). No obstante, existe evidencia documental de que CASER en algún momento pasó de ser un sujeto pasivo del acuerdo a desarrollar un papel activo en su aplicación y defensa frente a los competidores..."*.

Pone de relieve el Consejo (cuestión que resulta esencial en este recurso y conviene subrayar) 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. (folio 59 de la resolución de la CNC).

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

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

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

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

1) En cuanto a la participación en las reuniones previas preparatorias del documento "Medidas Correctoras SDD-2002" que recoge el acuerdo de precios mínimos, que recibió de su competidora ASEFA. MAPFRE EMPRESAS no niega la existencia de reuniones y de intercambio de experiencias e información entre ellas, pero señala que el único fin era intercambiar información de carácter estrictamente técnico, relacionada con el coste de cobertura del riesgo decenal para viviendas, y no con el precio

comercial del seguro. En este sentido la CNC documenta contactos pero no consta que ASEFA y MAPFRE se intercambiaran información sobre los elementos de la tarifa del seguro decenal relacionados con la prima comercial (recargo de seguridad, costes administrativos y margen de beneficios).

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

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

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

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

3) Afirma la resolución recurrida que MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE hicieron: (i) seguimiento de sus competidores y denunciaron a las reaseguradoras SUIZA y MRSEP los incumplimientos detectados; (ii) Convocaron a principios de 2007 una reunión con MRSEP, SCOR y SUIZA, en la que propusieron una rebaja de las tasas mínimas, pero con el objeto de no perder clientes y evitar problemas con la legislación de competencia; y (iii) a lo largo de 2007 presionaron a las reaseguradoras para reducir las tasas en 2008 (folios 6424 y 7453 confidenciales AUSBANC). Ahora bien la

Dirección de Investigación consideró que ese seguimiento del comportamiento de competidores no tenía un objeto anticompetitivo sino conseguir que sus reaseguradoras mejoraran sus condiciones para poder competir y así se indica en la propuesta de resolución que *"La DI no pone en cuestión el seguimiento del comportamiento de competidores en el mercado. En este sentido, no discute que MAPFRE diera a conocer a sus reaseguradoras la existencia de ofertas de competidores a precios inferiores y entiende que el objeto de su conducta fue exclusivamente el de conseguir que sus reaseguradoras mejoraran sus condiciones para poder competir"* . La CNC va en la misma línea desde el momento que excluye aplicar a MAPFRE EMPRESAS y MAPFRE RE una agravante al entender que no eran medidas de presión, boicot sobre aquellos que no cumplen sino de presión a sus reaseguradoras para que les aplicaran mejores condiciones (folio 78 de la resolución). En este sentido consta que MAPFRE empresas envió el 27 de febrero de 2002 a las reaseguradoras MUNCHENER, SUIZA, SCOR y GERLING KONZERN GLOBALE cartas solicitando la máxima libertad posible para determinar las primas (folios 8283 y 8305 y que se recoge en el párrafo 185 a 188 de la demanda). Es decir desde el momento en que MAPFRE empresas tuvo conocimiento de que otras entidades estaban obteniendo mejores precios de reaseguro, lo único que solicitó a sus reaseguradoras fue la aplicación de las mismas condiciones. El contenido de estas cartas es el siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

A) En cuanto a la homogeneidad de las tarifas,

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

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

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

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

En la sentencias ya dictadas por esta Sala de 18 de diciembre de 2012 (recurso 861/2009) referida a Munchener , sentencia de 18 de diciembre de 2012 recurso 865/2009) referido a SCOR GLOBAL y sentencia de 4 de enero de 2013 (recurso 864/2009) referida a ASEFA se concluye también la existencia de una explicación alternativa a la concertación antitrust en términos similares a los planteados por el aquí recurrente subrayando que en el mercado de los seguros existen peculiaridades que pueden hacer necesaria, incluso afectando al Derecho de la Competencia, la existencia de mecanismos de cooperación para el intercambio de información y experiencias entre competidoras a fin de calcular el coste del seguro (la prima de riesgo) que en todo caso debe ser suficiente para evitar los riesgos de infratarificación y se hacia referencia a

1) la existencia de un factor histórico, ya que la obligatoriedad del seguro decenal fue una novedad introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, siendo la experiencia sobre él en España prácticamente inexistente y, en consecuencia, irrelevante también la información

estadística sobre siniestralidad. A lo que debe añadirse que el seguro controvertido es un seguro de larga duración, pues cubre un período de diez años desde la finalización de la obra, y los siniestros, como regla general, empiezan a producirse años después, lo que no hace fácil el cálculo adecuado de la prima de riesgo de este seguro hasta una vez transcurridos algunos años desde su implantación como obligatorio.

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

3) una especial caracterización del mercado en el ámbito de la actividad aseguradora privada que ante todo viene condicionado por una obligación legal de "suficiencia" de las primas comerciales para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas "(artículo 25.3 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados). "

En esta instancia la parte practicó prueba pericial y uno de sus extremos era acreditar que las tarifas aplicadas por Mapfre no fueron homogéneas pero hay que precisar que esa prueba es irrelevante en este recurso 1) no se cuestiona que Mapfre puede aplicar los misma guía de tarificación a todos sus asegurados, lo que se debate en este recurso es la homogeneidad de tarifas entre competidores no la homogeneidad de tarifas aplicados por una aseguradora a sus asegurados. 2) La aplicación de las mismas tarifas no implica que la prima sea idéntica ya que las características de las viviendas no son similares 3) el perito no acredita que no existiera homogeneidad en las pólizas que analiza (213 pólizas correspondientes a los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada uno de los período 2002 a 2010) en cuanto a los precios mínimos pactados ya que no se aporta la hoja de tarificación para constatar si se han aplicado tasas suplementarias si las características técnicas del edificio determinan un mayor riesgo (número de sótanos, número de plantas sobre rasante). Como hemos señalado el acuerdo sobre precios mínimos no se refieren a todos los parámetros incluidos en las guías de tarificación sino a los precios mínimos por los conceptos que se indican en el hecho probado 25 (folio 29 de la resolución recurrida). Por tanto no alcanza a las tasas suplementarias si las características técnicas de los edificios determinan un mayor riesgo (número de sótanos, número de plantas sobre rasante, etc.), tasa suplementaria que señala la CNC a la que no se habría extendido el acuerdo, como tampoco a los recargos o descuentos en función del tipo de suelo, pendiente, nivel freático, cimentación, tipo de estructura, etc., que aplican algunas compañías (folio 60 de la resolución recurrida). Por otra parte se trata de acuerdos de precios mínimos por lo que no cuestiona la CNC que la aseguradora podía fijar un precio superior 4) el propio recurrente ha aportado una explicación alternativa a esa homogeneidad de precios mínimos por lo que no puede al mismo tiempo sostener que no son homogéneos.

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

Hay que tener en cuenta que ese supuesto acuerdo de tasas, primas y precios mínimos no ha alcanzado tal como reconoce la Dirección de Investigación y segunda la

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

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

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

C) Respecto a que se incrementaron los precios.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

relación a la parte recurrente.

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

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

NOVENO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre 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

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por **MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS SA Y MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 12 de noviembre de 2009 (Compañías de Seguro Decenal, expediente S/0037/08) que anulamos en los pronunciamientos referidos a la parte actora. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.