

**ANULACIÓN POR LA AUDIENCIA NACIONAL
DE LA RESOLUCIÓN CNC (12 nov. 2009)
SOBRE EL CÁRTEL DEL SEGURO DECENAL¹**

*M^a Nieves Pacheco Jiménez
Prof. acreditada Contratada Doctora de
Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

I. CONTEXTUALIZACIÓN

Las sentencias de la Audiencia Nacional de 18 dic. 2012² sobre el cártel del seguro decenal de la edificación (así denominado tras la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia –en lo sucesivo CNC- de 12 de noviembre de 2009), al igual que la posterior de 4 ene. 2013³, anulan la multa impuesta por la CNC a aseguradoras y reaseguradoras. Todas ellas, ampliamente fundadas, tras interpretar los hechos y valorar las pruebas pertinentes, vienen a concluir que en la citada Resolución de la CNC no se probó la existencia de un acuerdo anticompetitivo sobre las primas comerciales, sino que no hubo más que cooperación lícita entre las empresas aseguradoras para fijar una prima de riesgo⁴ (y no una prima comercial⁵), sobre todo atendiendo a la novedad de la garantía decenal, de la que no se tenían datos estadísticos consolidados.

Dado que el desarrollo de las tres sentencias, y sus consiguientes Fundamentos de Derecho son bastante similares, he seleccionado como sentencia “base” para su posterior análisis la recaída en el recurso de MÚNCHENER, aunque haciendo puntuales referencias a su coetánea y a la más reciente de 4 de enero, por contener algún pronunciamiento clave.

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera

² SAN 5306/2012 –Sala de lo Contencioso-; recurrente MÚNCHENER; y SAN 5232/2012 –Sala de lo Contencioso-; recurrente SCOR GLOBAL.

³ SAN 1/2013 –Sala de lo Contencioso-; recurrente ASEFA S.A.

⁴ Prima pura o de riesgo: Precio teórico medio de la probabilidad de que ocurra un determinado siniestro.

⁵ Prima comercial o de tarifa: Suma resultante de la prima pura o de riesgo y el recargo por gastos de administración, adquisición, compensación y redistribución de riesgos, más el beneficio comercial.

Para llegar a la conclusión referida es preciso retrotraernos a la Resolución de la CNC (12 nov. 2009), extrayendo los datos más significativos, para posteriormente proceder al análisis de los argumentos empleados por la Audiencia Nacional a la hora de anular las multas impuesta en su momento por la CNC a MÜNCHENER, SCOR y ASEFA.

II. ANTECEDENTES: RESOLUCIÓN CNC 12 NOV. 2009

Tras investigar la actividad de varias compañías aseguradoras y reaseguradoras en el ámbito del seguro decenal de daños a la edificación en España durante el período 2002-2007, el Consejo de la CNC resolvió imponer una multa de 120 millones de Euros a las citadas compañías por una infracción única, compleja y continuada consistente en el pacto de establecimiento de precios mínimos en todo el mercado del seguro decenal de daños a la edificación con una finalidad claramente anticompetitiva, produciéndose, además, un incremento de las tasas medias respecto a 2001, y mejorando la cuota conjunta de las empresas infractoras en el mercado. Esta conducta “antitrust”⁶ redundó en el importe a pagar por los tomadores del seguro, que tuvieron que abonar, como mínimo, los precios pactados. Hecho que, consecuentemente, influyó en el total a pagar por los adquirentes finales de la vivienda, en quienes revierte en definitiva el precio satisfecho por el tomador-promotor.

Atendiendo a la extensión y prolijidad de los antecedentes de hecho y los hechos probados de la Resolución, procedo a extractarlos:

Respecto a los antecedentes de hecho:

1. En el número 67 de la revista “Construcción Alimarket”, correspondiente a enero de 2007, se publicó un artículo sobre los seguros para la construcción en España en el que se mencionaba, en relación con el seguro decenal de daños a la edificación, que existía una total homogeneidad en las primas propuestas por las distintas aseguradoras.
2. Con el objeto de confirmar esas informaciones, la Dirección de Investigación (en adelante, DI) de la CNC acordó llevar a acabo una información reservada como diligencia previa a la incoación del eventual expediente sancionador. La DI solicitó información a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre las aseguradoras y reaseguradoras que operaban en ese mercado en España, evolución del mismo en número de pólizas, primas, cuotas y cualquier otra información que considerara relevante. Asimismo, inspeccionó las sedes sociales de ASEFA, CASER, MAPFRE RE, SCOR y SUIZA.

⁶ Conducta “antitrust”: acuerdo o práctica comercial contrarios a la competencia (v. gr., empresas competidoras que se unen para restringir la competencia controlando los precios, limitando la producción o repartiéndose los mercados).

3. El 28 de enero de 2008, la DI acordó la incoación del expediente sancionador S/0037/08 “Compañías de Seguro Decenal” contra las aseguradoras y reaseguradoras ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS (ASEFA); CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (CASER); MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (MAPFRE EMPRESAS); MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A. (MAPFRE RE); SCOR GLOBAL IBÉRICA SUCURSAL (SCOR Ibérica o SCOR GLOBAL); SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA AGENCIA DE REASEGUROS, S.A. (SUIZA o SUIZA Ibérica); SWISS REINSURANCE COMPANY (SWISS RE) y MÜNCHENER RÜCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT, SUCURSAL EN ESPAÑA Y PORTUGAL (MÜNCHENER o MRSEP).
4. El 21 de noviembre de 2008, la DI notificó a las empresas imputadas y a la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC) el Pliego de Concreción de Hechos. AUSBANC solicitó ser parte interesada, siendo admitida como tal.
5. El 22 de diciembre de 2008, la DI procedió al cierre de la fase de instrucción, notificando a las partes el 26 de diciembre de ese mismo año la Propuesta de Resolución, dándoles plazo para formular alegaciones y, en su caso, proponer la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo, así como la celebración de vista.
6. Presentaron alegaciones a la Propuesta de Resolución todas las partes interesadas en el expediente.
7. La DI formuló Informe y Propuesta de Resolución con fecha 22 de enero de 2009.
8. El 22 de enero de 2009 tomaron vista del expediente las empresas ASEFA, SUIZA Y MRSEP.
9. Durante los meses de marzo, abril, mayo y junio son presentados al Registro de la CNC varios escritos de SCOR Ibérica, MRSEP, SWISS RE y Suiza, ASEFA y MAPFRE alegando vulneración de su derecho de defensa por la denegación de las pruebas solicitadas y requiriendo la concesión de acceso y vista del expediente.
10. El Consejo de la CNC acordó la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente hasta recibir respuesta de la Comisión Europea sobre la información remitida⁷.
11. El Consejo de la CNC resolvió las solicitudes de práctica de prueba, confidencialidad y vista realizadas por las partes. Asimismo, y de oficio, acordó que la DI realizara diversas

⁷ La suspensión acordada el 20 de julio de 2009 se levantó el 6 de octubre de 2009.

diligencias de prueba y actuaciones complementarias. Consecuentemente, concedió a las partes interesadas 7 días para formular alegaciones, y 10 días para la práctica de la prueba y actuaciones complementarias. Por último, resolvió suspender el plazo máximo para resolver el expediente durante el tiempo en que sustanciase las diligencias de prueba y actuaciones complementarias (20 de julio de 2009).

12. Durante el mes de julio se recibieron las solicitudes de MRSEP y SWISS RE sobre ampliación de plazo para formular alegaciones y aportar la información requerida.

13. El Consejo de la CNC concedió a todos los interesados la prórroga de los plazos referidos, por un período de 3 y 5 días hábiles, respectivamente.

14. Durante los meses de julio, agosto y septiembre las empresas interesadas⁸ presentaron alegaciones.

15. El Consejo de la CNC comunicó el levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente, reanudándose el cómputo con efectos desde el 6 de octubre de 2009 (15 de octubre de 2009).

16. El Consejo de la CNC terminó de deliberar y fallar el expediente sancionador en su reunión de 10 de noviembre de 2009.

A continuación, los hechos probados pueden resumirse así:

1. Las principales reaseguradas del seguro de daños a la edificación durante el período 2002-2008 fueron: SUIZA, SCOR, MRSEP y MAPFRE RE. La mayor parte de los reaseguros se canalizaron a través de la modalidad obligatoria proporcional⁹. Las principales entidades cedentes fueron: ASEFA, MAPFRE (EMPRESAS y RE) y CASER.

2. Implantación del seguro decenal de daños y los primeros contactos entre aseguradoras y reaseguradoras: Con la entrada en vigor de la LOE, el seguro decenal de daños deviene obligatorio para todas las obras de nueva construcción y obras en los edificios existentes – siempre que su destino sea el de vivienda-. Debido a la inexperiencia en la concreta modalidad, los primeros años de implantación fueron más bien caóticos - apreciándose una sustancial baja de las primas de riesgo promovida por la competencia en el sector-, entendiéndose adecuado las empresas especializadas en este ámbito contactar para negociar un incremento de tarifas y establecer unas condiciones de suscripción homogéneas para todo el mercado. Así, el 6 de julio de 2001, tuvo lugar una primera reunión en la sede de SUIZA, a la

⁸ MAPFRE RE, MAPFRE EMPRESAS, ASEFA, MRSEP, SCOR Ibérica, SWISS RE, SUIZA, CASER.

que asistieron representantes de ASEFA y SUIZA, advirtiéndose de la necesidad de aumentar las tarifas y endurecer los criterios de suscripción. A lo largo del verano del 2001 se produjeron sucesivas reuniones entre MAPFRE EMPRESAS y ASEFA con el objeto de negociar las condiciones de suscripción.

Como resultado de las antedichas reuniones, el 31 de agosto de 2001, ASEFA preparó un borrador de documento demonizado “Medidas correctoras SDD”, que recogía los criterios más importantes, técnicos y de tarificación, susceptibles de homogeneización en el seguro de daños a la edificación, a saber: información técnica mínima necesaria para la suscripción del riesgo y la emisión de pólizas: memoria técnica, planos, informe geotécnico, etc; aplicación de coeficientes correctores de la tasa de prima y establecimiento de un coste mínimo por metro cuadrado; franquicias máximas y mínimas; duración de las garantías complementarias; tasas mínimas aplicables a riesgos normales; primas mínimas por cobertura; tasas mínimas por renuncia a recurso o al derecho de subrogación contra otros agentes intervinientes en el proceso de edificación; criterios para aceptar a los Organismos de Control Técnico.

Después del verano continuaron los contactos entre ASEFA, SUIZA, MAPFRE EMPRESAS, MRSEP y SCOR. El 5 de diciembre de 2001, ASEFA envió a MAPFRE EMPRESAS, MRSEP, SUIZA y SCOR una nueva versión del documento “Medidas correctoras SDD”, añadiéndole los valores definitivos del pacto de precios mínimos e incluyendo una tabla con el coste mínimo de un metro cuadrado construido por provincias para el cálculo del capital asegurado. Asimismo, incidió en el hecho de aplicar las citadas medidas a partir de enero de 2002, principalmente mediante su inclusión por las reaseguradoras en sus contratos con las empresas cedentes.

El acuerdo comenzó a aplicarse formalmente en enero de 2002 por CASER, MUSAAT, MAPFRE EMPRESAS y ASEFA. Por su parte, SCOR y SUIZA incluyeron en sus contratos de reaseguro un anexo recogiendo los criterios de tarificación mencionados.

3. Implantación efectiva de guías de tarificación¹⁰, avalada por existencia de informes internos y la reiteración de la necesidad de advertir por escrito de la obligación de cumplimiento estricto de las condiciones de suscripción.

4. Ruptura de la homogeneidad: Primeros anuncios de operadores de ofrecer precios inferiores a los mínimos acordados: Represalia de ASEFA frente a la aseguradora MUSAAT.

¹⁰ Documentos que establecen los criterios a seguir para determinar el precio a pagar por el tomador del seguro. Las guías establecen concretamente: tasas mínimas para cobertura básica a 10 años; tasas mínimas para cobertura a 3 años; tasa para revalorización automática de la suma asegurada y de la franquicia; primas mínimas para edificios de viviendas (garantía básica, estabilidad de fachadas no portantes, impermeabilización de fachas, impermeabilización de cubiertas); renuncia a recurso contra agentes intervinientes en el proceso de edificación.

La síntesis de los Fundamentos de Derecho es la que prosigue:

1. La Dirección de Investigación, en su Propuesta de Resolución, considera que “Ha quedado acreditado que las aseguradoras ASEFA y MAPFRE EMPRESAS y las reaseguradoras SUIZA, SCOR y MRSEP adoptaron en 2001 un acuerdo para la fijación de unos precios mínimos (tasas mínimas, primas mínimas, recargos mínimos y valores del metro cuadrado construido mínimos) en el seguro de daños a la edificación”. “Los términos del acuerdo quedaron recogidos en el documento denominado “Medidas correctoras SDD” y posteriormente fueron traspasados a las guías o manuales de suscripción y tarificación que utilizaron las aseguradoras para tarificar los riesgos (...)”. “Los precios mínimos acordados 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 MRSEP) las que efectivamente pudieron imponer los precios mínimos a las cedentes a través de sus contratos. Sin embargo, el acuerdo para imponerlos y en la adopción de medidas para lograr su cumplimiento, intervino también de forma decisiva ASEFA”. “Además, el cumplimiento de lo acordado fue objeto de una estrecha vigilancia, no sólo por parte de las cinco entidades inicialmente participantes en el cártel, sino también por parte de CASER”. “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 (...)”.

2. La DI y el Consejo de la CNC valoran que este conjunto de conductas, configurado como **infracción única, compleja y continuada**, se puede calificar como un **acuerdo de fijación de precios mínimos para el seguro de daños a la edificación** en España durante los años 2002 a 2007, en el que intervinieron colectivamente aseguradoras y reaseguradoras, prohibido por el artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia¹¹, como también por el

¹¹ “1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”.

Según la DI, la infracción de la legislación nacional de defensa de la competencia se había iniciado en el segundo semestre de 2001, vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Ambas normas prohíben en su artículo 1.1.a) la misma conducta. Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene ninguna relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia. Igualmente, el Consejo de la CNC estima que la Ley 16/1989 debe ser la Ley sustantiva aplicable a la conducta imputada, a su calificación y sanción. No obstante, y puesto que la incoación del expediente se produjo el 1 de abril de 2008, su tramitación se realiza de acuerdo a las normas procesales de la Ley 15/2007.

artículo 81.1.a) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)¹². El 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. Para ello trasladaron el citado acuerdo a las guías o manuales de suscripción y tarificación que emplean las aseguradoras para tarificar los riesgos, siendo 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.

3. El Consejo de la CNC declara la inexistencia de amparo legal para el acuerdo de precios mínimos basándose en que, aun cuando la legislación de seguros establece la obligación de las compañías aseguradoras de evitar las situaciones de infraseguro, estableciendo tarifas de primas suficientes que les permitan atender a sus obligaciones, y constituir provisiones técnicas adecuadas; y las empresas de seguros están sometidas al denominado régimen de libertad de competencia, sin que se pueda considerar que tiene carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes, de ningún modo se puede interpretar que la legislación de seguros ampara acuerdos de intercambio de información que tengan como finalidad concertar e imponer primas comerciales mínimas (que es lo que hicieron las empresas imputadas).

4. El Consejo de la CNC considera acreditado que el cumplimiento del acuerdo de precios mínimos por todo el mercado fue objeto de una estrecha vigilancia por parte de las entidades inicialmente participante en el cártel (ASEFA, MAPFRE EMPRESAS, SCOR, SUIZA y MRSEP) y por parte de CASER.

5. El Consejo, además de la larga duración de la infracción referida, tiene en cuenta los siguientes factores o circunstancias objetivas:

¹² Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones.

“1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción”.

El Consejo de la CNC comparte con la DI que la conducta imputada también puede infringir el artículo 81.1.a) TCE, por cuanto en el acuerdo han participado las tres principales aseguradoras del mercado español del seguro de daños a la edificación, así como las tres principales reaseguradoras del mercado de reaseguro del seguro de daños a la edificación en España por cuota de mercado. Por tanto, y de conformidad a las Directrices de la Comisión, con base en la jurisprudencia comunitaria, se deduce que los acuerdos que abarcan a la integridad del territorio de un Estado miembro producen “por su propia naturaleza, el efecto de consolidar la compartimentación de los mercados a escala nacional impidiendo la penetración económica que el Tratado pretende lograr”.

- a) que se trata de un acuerdo o cártel entre competidores para la fijación de precios mínimos;
- b) que las aseguradoras y reaseguradoras imputadas son las tres primeras del mercado español de seguro directo y de reaseguro de daños a la edificación de carácter decenal;
- c) que el acuerdo ha afectado a un producto de contratación obligatoria, por lo que la demanda es inelástica;
- d) que el promotor de la edificación, en tanto que tomador del seguro, tiene la posibilidad de transferir el coste del seguro al comprador final de la vivienda;
- e) que es una infracción deliberada ya que las empresas eran conscientes del carácter restrictivo de la competencia de su conducta.

6. El Consejo de la CNC estima la diversa intensidad temporal y conductual de las compañías intervinientes. Así, y tomando como fecha inicial del acuerdo el 1 de enero de 2002, y como fecha final de la infracción el 31 de diciembre de 2007, determina la sanción para todas las empresas imputadas, excepto para CASER, cuya participación se considera desde el 1 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007. Como base de cálculo de la sanción para las aseguradoras, se toman las primas brutas emitidas o contratadas del seguro de daños decenal, y para las reaseguradoras, las primas brutas aceptadas o devengadas por año de suscripción del contrato de reaseguro.

7. En definitiva, la infracción deliberada única, compleja y continuada supuso un acuerdo ilegal de precios mínimos vinculantes para todo el mercado que eliminó por completo la competencia en precios en materia de seguro decenal. Como consecuencia de ello se produjo un incremento del precio de este seguro en España.

8. Falla el Consejo: Queda acreditada la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, prohibido por el artículo 81.1.a) del TCE y por el artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Son declarados responsables de esta infracción: ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS; MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; MAPFRE RE COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A.; CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; SCOR GLOBAL, S.E.; MÜNCHENER RÜCKVERSICHERUNGSGESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN; SWISS REINSURANCE COMPANY; y SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA, AGENCIA DE REASEGUROS, S.A., imponiéndose diferentes multas¹³ y

¹³ - 27.759.000 Euros a ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS.
- 21.632.000 Euros a MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A.
- 14.241.000 Euros a CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.
- 18.599.000 Euros a SCOR GLOBAL, S.E.
- 15.856.000 Euros a MÜNCHENER RÜCKVERSICHERUNGSGESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN.

ordenando a las empresas sancionadas que en lo sucesivo se abstengan de realizar conductas semejantes.

III. ESTUDIO DE LA SAN 5306/2012, DE 18 DIC. (MÜNCHENER). OBSERVACIONES DE LAS SSAN 5232/2012, DE 18 DE DIC. (SCOR GLOBAL), Y 1/2013, DE 4 ENE. (ASEFA)

Tal y como he apuntado inicialmente, al ser el desarrollo y Fundamentos Jurídicos de las tres sentencias bastante similares (incluso en algunos apartados idénticos), procedo al análisis de la sentencia recaída en el recurso de MÜNCHENER, aunque haciendo puntuales observaciones de su coetánea y de la más reciente de 4 de enero, por contener algún pronunciamiento digno de expresa mención.

MÜNCHENER¹⁴ (en adelante MUNICH RE) promueve recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución de la CNC, recaída en el expediente sancionador S/0037/08 “Compañías de Seguro Decenal”, interesando, en primer lugar, que se anule en su integridad dicha resolución que le imputa la realización de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 LDC 16/1989, basada en el acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación en España desde el año 2002, por lo que se le impuso una multa de 15.856.000 Euros; subsidiariamente, y para el caso de que la Sala considerase procedente la sanción, que anule parcialmente la referida resolución reduciendo el importe de la multa. Para ello alega los motivos siguientes:

- A) Caducidad del expediente sancionador.
- B) Nulidad de la Resolución por vulneración de las garantías del procedimiento.
- C) Prescripción.
- D) Inexistencia de la infracción por entender que no ha participado en ningún acuerdo ni cártel para la fijación de precios mínimos.
- E) Con carácter subsidiario, falta de proporcionalidad de la sanción.

Tras considerar la Sala que no se produce ni caducidad (no se sobrepasan los 18 meses establecidos en el art. 36.1 LDC para dictar la resolución pertinente); ni prescripción (la conducta sancionada es continuada y el plazo habría de contarse desde que la misma cesa, esto es, desde el año 2007); ni se vulneran las garantías del procedimiento (la recurrente no alega ni justifica en qué medida el mantenimiento de la confidencialidad en determinada documentación le genera indefensión), se centra en el fondo del asunto, que puede desglosarse en los siguientes puntos:

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

¹⁴ (RÜCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MÜNCHEN)

1) La recurrente, ante la afirmación de la CNC de existencia de un acuerdo anticompetitivo para establecer “precios mínimos” del seguro decenal con la finalidad de incrementar las tarifas y eliminar la competencia, manifiesta que lo único que existieron fueron contactos en relación con las condiciones técnicas de dicho seguro para posibilitar estimar su coste de una manera expresamente admitida por la regulación sectorial aplicable (art. 25.3 TRLOSSP¹⁵), incidiendo en el hecho de que en los elementos donde se produce la competencia (primas comerciales y comisiones que las reaseguradoras pagan a las aseguradoras) nunca existió ningún tipo de acuerdo¹⁶.

La Sala, en este punto, relaciona el carácter novedoso del seguro decenal en el ámbito de la edificación (introducido por la Ley 38/1999, de 5 de nov., de Ordenación de la Edificación) y la consiguiente falta de experiencia del sector asegurador español en esta materia, así como la carencia de información estadística sobre siniestralidad¹⁷, y lo preceptuado por el art. 25.3 TRLOSSP (“*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*”). Así pues, considera que, en la medida en que tanto la normativa comunitaria como la nacional permiten la cooperación entre entidades para calcular los principales costes del seguro mediante estadísticas comunes sobre el mismo tipo de siniestros, el mercado de seguros se presta a la existencia de mecanismos de cooperación para el intercambio de información y experiencias con la finalidad de calcular el coste del seguro¹⁸.

2) El documento “Medidas Correctoras SDD-2002”, calificado por la Resolución CNC como un compromiso de fijación de precios mínimos sucritos por las competidoras aseguradoras, a tenor de la Sala no reúne en sí mismo los elementos precisos para ser calificado como acuerdo de voluntades, estimando que lo único que queda acreditado es que constituyó una propuesta formulada por ASEFA a las reaseguradoras de su cuadro (MUNICH RE). El objeto del citado documento era la búsqueda de criterios para el correcto cálculo de la prima de riesgo para evitar el infraseguro (“tasas mínimas aplicables a riesgos normales”), y no la fijación de primas comerciales. Es decir, los acuerdos tratarían del “coste” puramente objetivo del producto y no de la prima comercial o de tarifa (que, en su caso, incluiría, entre otros, importe

¹⁵ Art. 25.3 TRLOSSP (RD Legislativo 6/2004, de 29 de octubre): “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”.

¹⁶ En idéntico sentido, SAN 4 ene. 2013, recurrente ASEFA. En sentido similar, SAN 18 dic. 2012, recurrente SCOR

¹⁷ En sentido similar, SAN 18 dic. 2012, recurrente SCOR, y SAN 4 ene. 2013, recurrente ASEFA.

¹⁸ En sentido similar, SAN 18 dic. 2012, recurrente SCOR, y SAN 4 ene. 2013, recurrente ASEFA.

de los descuentos y/o recargos adicionales a los clientes y comisiones que las reaseguradoras abonarían a las aseguradas)¹⁹. Y todo ello sobre la base de un intercambio de opiniones sobre las condiciones técnicas mínimas de cobertura de los riesgos a cubrir por un seguro de reciente implantación legal y escasa experiencia práctica²⁰. Finalmente, y en relación a la recurrente, queda probado que después de la entrada en vigor del seguro decenal obligatorio continuó aplicando tasas mayores de las que se reflejaban en el referido documento (“Medias Correctoras SDD-2002”), lo que no tendría razón de ser en el caso de un hipotético acuerdo de precios mínimos.

3) Respecto a la aplicación de los acuerdos de precios mínimos plasmados en el documento “Medidas Correctoras SDD-2002” en las guías de tarificación y suscripción por las entidades aseguradoras, la Sala determina que no queda probado que tuviera lugar ese hipotético acuerdo de precios mínimos, basándose en la propia Resolución impugnada cuando reconoce que no existió homogeneidad de condiciones y que las “tasas mínimas” funcionaban como referencia para establecer la prima pura o de riesgo y no la prima comercial (algunas compañías “aplican recargos o descuentos en función del tipo de suelo, pendiente, nivel freático, cimentación, tipo de estructura, etc.”)²¹. Concretamente, para el caso de MUNICH RE, la Resolución reconoce explícitamente que no se aplicaban siempre las mismas “condiciones mínimas”.

4) En lo atinente a las medidas de vigilancia adoptadas por el supuesto cártel, la Sala razona que la Resolución impugnada no justifica suficientemente su existencia, considerando que no había más que simples comunicaciones a sus competidoras con el fin de conseguir mejores condiciones.

En este punto merece una mención el Fundamento Jurídico Décimo de la SAN 4 ene. 2013, en la medida en que la CNC atribuyó en mayor medida a ASEFA actos de boicot contra todas aquellas aseguradoras que estableciesen precios menores a los acordados (caso de MUSAAT), presionando a reaseguradoras y entidades financieras a no realizar operaciones con ellas. Pues bien, la Sala entiende que no pueden considerarse reprobables dichos actos ya que se insertan en el ámbito de la libertad de contratación y no conllevan una finalidad de expulsión del

¹⁹ En este punto, tanto la SAN 18 dic. 2012, recurrente SCOR, como la SAN 4 ene. 2013, recurrente ASEFA, dedican un apartado a las “primas del seguro: la prima pura o de riesgo y la prima de tarifa comercial”. Concretamente, remiten a los arts. 76 y 77 RD 2486/1998, que establecen que las tarifas de primas deberán fundamentarse en bases técnicas y en información estadística, integrándose la prima comercial o de tarifa por: la prima pura o de riesgo; el recargo de seguridad y los recargos necesarios para compensar a la entidad de los gastos de administración y adquisición, así como el posible margen o recargo de beneficio. Así, sobre la base de la estructura del negocio cada compañía aseguradora establecerá, para cada seguro que ofrezca, sus propias primas de tarifa comercial.

²⁰ En idéntico sentido, SAN 4 ene. 2013, recurrente ASEFA. En sentido similar, SAN 18 dic. 2012, recurrente SCOR.

²¹ En idéntico sentido, SAN 4 ene. 2013, recurrente ASEFA. En sentido similar, SAN 18 dic. 2012, recurrente SCOR.

mercado de competidores, tratando simplemente de evitar que aquellas tarifas que no garantizasen el riesgo asegurado no comprometiesen a las empresas del sector en general y en particular a aquellas otras que contratasen sobre tales primas y sus reaseguradoras.

5) El análisis ofrecido por el informe pericial en el proceso pone de manifiesto que las primas comerciales medias de los contratos reasegurados por MUNICH RE en el período considerado por la Resolución (2002-2007) presentan importantes fluctuaciones al alza y a la baja, así como la dispersión de comisiones abonadas a distintas aseguradoras, lo que no cuadraría con la existencia de un cártel de fijación de precios mínimos. De ahí que la Sala concluya que no existió ninguna restricción de la competencia en relación con el seguro decenal. Es más, en el período referido la recurrente ganó y perdió clientes, cambió su participación en los cuadros del reaseguro y sufrió una evolución propia de un entorno competitivo (incompatible con la existencia de un cártel) y de la evolución propia del mercado inmobiliario español.

6) En conclusión, los hechos probados en la Resolución impugnada no son suficientes²² para imputar a la recurrente MUNICH RE la práctica anticompetitiva, no quedando probado su participación en el acuerdo inicial sobre precios mínimo ni en su posterior puesta en práctica. Por ello la Sala estima el recurso y anula la Resolución de la CNC de 2009 por su disconformidad a Derecho.

IV. CONCLUSIONES

Tras el estudio de la Resolución de la CNC de 12 nov. 2009 y las recientes sentencias de la Audiencia Nacional que anulan las multas impuestas por aquélla a MÜNCHENER, SCOR GLOBAL y ASEFA, se plantean, a mi juicio, ciertas dudas sobre la coherencia de las decisiones adoptadas.

En primer lugar, si la CNC resolvió imponer dichas multas lo hizo por entender que la fijación de precios mínimos entre empresas no tenía otra finalidad que la dejar de competir, cuando una mayor competencia entre aquellas beneficiaría claramente a los consumidores. En este caso, si verdaderamente las aseguradoras y reaseguradoras que copaban el mercado acordaron precios mínimos para eliminar la competencia en ese aspecto (es cierto que pueden dejar a salvo otros elementos, como por ejemplo la captación de clientes a través de campañas

²² En sentido similar se manifiesta la SAN 5232/2012 (recurrente SCOR GLOBAL) y la SAN 1/2013 (recurrente ASEFA) en sus Fundamento Jurídico Sexto y Noveno, respectivamente: "... el análisis de efectos realizado por la resolución impugnada no encuentra soporte probatorio alguno...; ... la total eliminación de la competencia no ha quedado acreditada".

de Marketing), extendiendo dichos precios a la totalidad del mercado para evitar otros más bajos, el promotor de la edificación, en tanto que tomador del seguro, transfiere el coste de éste al comprador final de la vivienda.

En segundo lugar, en sus recursos todas las entidades argumentan que en ningún momento existió un acuerdo anticompetitivo sobre las primas comerciales del seguro decenal, sino que se trató de contactos respecto a las condiciones técnicas y en base a estadísticas comunes para poder estimar el coste de la prima pura o de riesgo (y no la comercial). Es más, se alude, incluso, a que el Ministerio de Fomento no sólo era consciente de la necesidad de la cooperación entre las aseguradoras y reaseguradoras para hacer viable dicho seguro, sino que alentó y amparó los referidos contactos²³ (es cuanto menos sospechoso que la Resolución de la CNC no tuviera en cuenta este dato que otorgaría cierta “legitimidad” a la conducta de las entidades; quizás porque el “amparo” sólo debía recaer sobre la puesta en común de experiencias). Y en su descargo, MÜNCHENER alega que sus primas fluctuaron en el período 2002-2007. Sin embargo, esas fluctuaciones, a mi parecer, no tienen por qué estar reñidas con la existencia de un cártel de precios mínimos, pues en algún momento se puede romper y volver a él (incluso obedeciendo a una estrategia meditada); además, ha de tenerse en cuenta que el acuerdo era de precios mínimos, por lo que podría haber fluctuaciones al alza (competencia por encima de esos valores).

En tercer lugar, la Audiencia Nacional, en base a nueva interpretación de los hechos y a la valoración de las pruebas correspondientes, basa sus Fallos para estimar los recursos y anular las multas impuestas en el 2009 en un elemento simple pero clave: la CNC no probó la existencia del acuerdo anticompetitivo.

²³ Fundamento Jurídico Cuarto SAN 5232/2012, recurrente SCOR GLOBAL.