



Roj: **SAP M 9034/2017 - ECLI: ES:APM:2017:9034**

Id Cendoj: **28079370282017100278**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **03/07/2017**

Nº de Recurso: **475/2015**

Nº de Resolución: **339/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0189558

Recurso de Apelación 475/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 24/2012

APELANTE: ASEFA SA SEGUROS Y REASEGUROS

Procurador D. Ramon Rodríguez Nogueira

Letrado D. José María Ayala Muñoz

SCOR GLOBAL P&C SE

Procurador Dña María Isabel Campillo Garcia

Letrado D. Joaquín Ruiz Echaury

CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA (CASER)

Procuradora Dña. María del Carmen Giménez Cardona

Letrado D. Miguel Sánchez-Calero Guilarte

APELADO: MUSAAT MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA

Procurador D. Victorio Venturini Medina

Letrado D. Antonio Cueto García

S E N T E N C I A nº 339/2017

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

D. JOSE IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a 3 de julio de 2017.



La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, Don FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS y Don JOSE IGNACIO ZARZUELO DESCALZO, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 475/15 interpuesto contra la Sentencia de fecha 09/05/2014 dictada en el procedimiento ordinario número 24/12 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandada, siendo apelada la parte demandante, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 18/01/2012 por la representación de MUSAAT, MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA contra ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SCOR GLOBAL P&C, S.E. y CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba:

"(...) dicte sentencia por la que:

1.- Declare que los actos y conductas llevados a cabo por las demandadas y descritos en esta demanda, constituyen actos de boicot y retorsión a mi representada, contrarios a los artículos 1 de la LDC y. 101 del TFUE (antes 81 TCE).

2.- Que, como consecuencia de lo anterior, sobre la base del art 1.902 CC , se condene a las demandadas:

a) A que indemnicen solidariamente a la actora por los daños y perjuicios causados, en concepto de daño emergente y lucro cesante en la cantidad de 23.324.364 euros (1732.123 + 19.592.241 respectivamente), de conformidad con los parámetros fijados en el presente escrito de demanda y en el informe pericia' que se acompaña a estos efectos como Documento nº 30.

b) Al pago de las costas del procedimiento.

3.- De manera subsidiaria a lo anterior, declare que los actos y conductas llevados a cabo por las demandadas y descritos en esta demanda, constituyen actos de Competencia Desleal subsumibles en los artículos 4 y/o 15.2 de dicha Ley.

4.- Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas:

a) A cesar en la realización de los actos declarados como constitutivos de competencia desleal y/o prohibiéndose, en todo caso, la reiteración de los mismos en el futuro.

b) A indemnizar solidariamente a la actora por los daños y perjuicios causados, en concepto de daño emergente y lucro cesante en la cantidad de 23.324.364 euros (3.732.123 + 19.592.241, respectivamente), de conformidad con los parámetros fijados en el presente escrito de demanda y en el informe pericial que se acompaña a los efectos como documnto nº 30.

c) A la publicación de la sentencia a costa de las demandadas en dos diarios de tirada nacional y otro de ámbito sectorial a elección de mi representada.

d) Al pago de las costas del procedimiento."

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid dictó sentencia con fecha 09/02/2014 cuyo fallo es del siguiente tenor :

"Estimar parcialmente la demanda formulada por MUSSAT, MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA, frente a ASEFA, S.A., SCOR GLOBAL P&C, S.E. y CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (en adelante CASER).

1.- Declaro que los actos y conductas llevados a cabo por las demandadas y descritos en esta demanda, constituyen actos de boicot y retorsión a MUSAAT, contrarios a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE (antes 81 TCE).

2.- Que, como consecuencia de lo anterior, sobre la base del art. 1.902 CC , condeno a las demandadas: A que indemnicen conjunta y solidariamente a la actora por los daños y perjuicios causados, en concepto de daño emergente en la cantidad de 3.550.615,7 euros.

No ha lugar a imponer las costas a ninguna de las partes."



Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 29 de junio de 2017.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La mercantil MUSAAT, MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA (en adelante, MUSAAT) interpuso demanda contra ASEFA S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS (en adelante, ASEFA), SCOR GLOBAL P & C S.E. (en adelante, SCOR) y contra CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y RASEGUROS (en adelante, CASER) solicitando la declaración judicial de que determinados actos y conductas de las demandadas que considera constitutivos de retorsión y boicot son actos contrarios al Art. 1º de la Ley de Defensa de la Competencia y al Art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea (antes Art. 81 TCE), interesando al propio tiempo que las demandadas fueran solidariamente condenadas a indemnizar a la actora por los conceptos de daño emergente y de lucro cesante, en las sumas de 3.732.123 € y 19.592.241 €, respectivamente. Subsidiariamente, se interesaron similares pronunciamientos, además de otros de tipo cesatorio y publicitario, pero fundados en los Arts. 4 y 15-2 de la Ley de Competencia Desleal .

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda efectuando el pronunciamiento declarativo solicitado con carácter principal y condenando solidariamente a las demandadas a indemnizar a la actora en la suma de 3.550.615,7 € en concepto de daño emergente, pronunciamiento que ha sido consentido por la demandante.

En cambio, disconformes ASEFA, CASER y SCOR con la sentencia, contra ella han interpuesto separadamente los correspondientes recursos de apelación.

SEGUNDO .- Las tres apelantes han reproducido en esta instancia la excepción de prescripción esgrimida en la instancia precedente por entender que, interpuesta la demanda el 9 de enero de 2012, el plazo de un año previsto en el Art. 1968-2º del Código Civil debiera haberse computado, no desde la resolución sancionatoria de la Comisión Nacional de la Competencia, sino desde el 14 de diciembre de 2006 en que AON comunicó a la demandante MUSAAT que HANNOVER RE retiraba la oferta de reaseguro que previamente había efectuado, o, en todo caso, desde el mes de junio de 2008 en que MUSAAT tuvo conocimiento de que en la Comisión Nacional de la Competencia se estaba sustanciando un expediente sancionador.

Como acertadamente ha puesto de relieve la apelada MUSAAT, es reiterada la doctrina jurisprudencial, últimamente plasmada en las S.T.S. de 25 de noviembre de 2016 y 20 de octubre de 2015 , con arreglo a la cual "El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS de 27 de febrero de 2004 ; 24 de mayo de 2010 ; 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una **situación de aptitud plena para litigar** " (énfasis añadido). Pues bien, siendo de ordinario las prácticas colusorias conductas de carácter complejo mantenidas en el tiempo y en las que intervienen varias personas o entidades mercantiles, no creemos que la simple noticia de que un reasegurador ha retirado su oferta por razón de virtuales presiones, pese a representar un indicio de esa clase de prácticas, constituya a su receptor en una situación de "aptitud plena para litigar". Como tampoco posee tal capacidad la mera noticia de que el órgano administrativo de defensa de la competencia está llevando a cabo una investigación sobre el particular, al menos mientras no se tenga constancia del resultado final de dicha investigación en sede administrativa. No resulta extraño, por ello, pese a no resultar aplicable al presente caso por razones de vigencia temporal, que el reciente Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo de transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, haya reformado la Ley de Defensa de la Competencia introduciendo en ella, entre otros, un Art. 74 cuyo apartado 3 otorga a la iniciación de cualquier proceso de investigación por parte de la autoridad de la competencia el efecto de interrumpir el plazo prescriptivo para el ejercicio de las acciones de resarcimiento, interrupción que solamente termina un año después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento por cualquier otra causa.

Señalan también las apelantes que, aun cuando se computase el plazo de prescripción desde la notificación de la resolución administrativa sancionadora, la acción también se encontraría prescrita al no haber sido interrumpido dicho plazo, y ello por entender que las misivas de MUSAAT de 19 de mayo de 2010 y 16 de mayo de 2011 (Documentos 31 y 34 de la demanda) no contienen una verdadera reclamación extrajudicial sino una simple manifestación del deseo de interrumpir la prescripción. Consideramos, sin embargo, que tal



apreciación solamente puede obedecer a la falta de lectura o a una lectura poco atenta de tales documentos, pues resulta difícil de imaginar en la práctica una reclamación más completa, explícita y causalizada que la que contienen dichas misivas, en las cuales se exponen de manera amplia y pormenorizada las razones del agravio y sus antecedentes, así como la exigencia de un compromiso para el abono de la indemnización procedente. Lo único que falta en ellas es la expresión de una cifra específica, pero a poco que se repare en su contenido se advierte que esa falta de concreción es debida, precisamente, a que mediante dichas misivas se requería también a las hoy demandadas el suministro de determinada información que la demandante necesitaba para llevar a cabo esa cuantificación.

No ha de prosperar, pues, la excepción de prescripción esgrimida.

TERCERO .- Se invocó por parte de CASER vulneración en la instancia precedente de su derecho constitucional a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa. Sin embargo, atendiendo al sistema de la doble instancia que inspira nuestro ordenamiento procesal y a la posibilidad, que confiere el Art. 460 de la L.E.C ., de proponer en la segunda instancia -como así lo ha efectuado CASER- los medios probatorios que hubieren sido indebidamente denegados en la instancia precedente siempre que se intente la reposición (o se formule protesta) de la resolución denegatoria, no es posible que un argumento de tal naturaleza, esgrimido en un recurso de apelación, pueda prosperar.

Cuestión distinta es si concurren o no razones para que el órgano de apelación rechace también los medios probatorios propuestos. En nuestro auto de 5 de octubre de 2015 recaído en este mismo rollo de apelación rechazamos, efectivamente, tales pruebas por las siguientes razones:

"Por otro lado, para que un medio de prueba indebidamente denegado en la primera instancia pueda ser admitido en la segunda es indispensable justificar que se intentó sin éxito en dicha instancia la reposición de la resolución denegatoria (Art. 460-2,1ª de la L.E.C .).

En el acto de la audiencia previa (minuto 2:20:35 del soporte audiovisual) se dictó resolución oral por el que se admitía la prueba propuesta por CASER consistente en requerir a la actora para la aportación de determinadas notas técnicas del seguro decenal, si bien se acordaba que dicha aportación se verificaría con carácter confidencial, dejándose abierta la posibilidad de que, a la vista de su contenido, el órgano judicial pudiera alzar ese carácter confidencial.

CASER no formuló recurso alguno frente a esa decisión que, en principio, solamente admitía la aportación con carácter confidencial.

Aportada a los autos por MUSAAT la documentación requerida y, a la vista de su contenido, el juzgado dictó providencia de 15 de octubre de 2013 por la que, sin acordar el alzamiento de confidencialidad que inicialmente se había contemplado como meramente posible, se dispuso estar "...a lo acordado en resoluciones previas...". Como quiera que la única resolución previa recaída al respecto es la resolución oral anteriormente aludida mediante la que se disponía el carácter confidencial de la documentación a aportar por parte de MUSAAT, es claro que dicha providencia no consideró oportuno dar lugar al alzamiento de dicho carácter.

Esa providencia fue notificada a CASER el día 23 de octubre de 2013 (folio 337), sin que frente a ella interpusiese recurso de reposición, con lo que, en definitiva, se abstuvo dicha entidad de arbitrar el mecanismo legalmente establecido para preservar la oportunidad de proponer en segunda instancia la práctica de prueba".

Siendo, pues, la propia pasividad de CASER al no intentar la reposición de la resolución denegatoria la que ha propiciado dicho resultado, no puede considerarse vulnerado el expresado derecho fundamental.

TERCERO .- Por Resolución de 12 de noviembre de 2009 la Comisión Nacional de la Competencia sancionó a las compañías de seguros ahora demandadas por considerar acreditada la existencia entre ellas (además de otras) de un acuerdo para fijar precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, y considerarlas responsables de una infracción del art. 81.1.a) del Tratado CE (hoy Art. 101 TFUE) y por el art.1.1.a) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia .

Interpuestos por parte de ASEFA, SCOR y CASER los correspondientes recursos contencioso administrativos contra dicha resolución sancionadora, la Audiencia Nacional dictó otras tantas sentencias acogiendo dichos recursos y anulando la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009.

Interpuestos por parte de la Administración del Estado recursos de casación contra cada una de esas tres sentencias, fueron los mismos resueltos por la Sala Tercera del Tribunal Supremo mediante sentencias de 22 de mayo de 2016 (asunto SCOR) 26 de mayo de 2015 (asunto ASEFA) y 26 de mayo de 2015 (asunto CASER) que casaron las tres sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, y ello con la consiguiente rehabilitación, salvo en lo relativo a la cuantificación de las sanciones administrativas, de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009.



Acerca del efecto vinculante que las resoluciones judiciales emanadas de los órganos de un determinado orden jurisdiccional deban producir en los órganos judiciales de otro orden jurisdiccional diferente, tiene establecido el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 192/2009 de 28 de septiembre lo siguiente:

*"Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde **perspectivas jurídicas diversas** (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre [RTC 2008, 109], F. 3) (...)*

*»Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni **fundamentos que justifiquen tal apartamiento** (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, F. 4)" (énfasis añadido).*

Por su parte, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 asume este principio relativo de vinculación positiva precisamente a propósito de un supuesto de ejercicio en vía civil de acción de resarcimiento derivada de infracciones del derecho de defensa de la competencia así declaradas por resolución del entonces Tribunal de Defensa de la Competencia que fuera confirmada tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo.

En sus recursos, las apelantes ASEFA (páginas 9 y ss.), SCOR (páginas 48 y ss.) y CASER (página 20) han proclamado con reiteración la necesidad de atenerse en este caso a ese principio de vinculación positiva, enfatizando la circunstancia de que no concurre en el supuesto examinado ninguna de las hipótesis que teóricamente podrían justificar la resolución del presente proceso atendiendo a criterios distintos de los fijados en la jurisdicción contencioso administrativa. Y en este sentido han razonado que ni varía en ambos procesos (contencioso administrativo y civil) la perspectiva jurídica desde la que son enjuiciados los hechos ni concurren razones que justifiquen, en el plano fáctico, un apartamiento de este tribunal respecto de las conductas ya examinadas en la otra jurisdicción.

Tras la lectura de las diversas actuaciones seguidas en sede administrativa y más tarde en sede jurisdiccional contencioso administrativa, este tribunal alcanza, efectivamente, la conclusión de que ni los hechos enjuiciados ni la perspectiva jurídica desde la que deben ser examinados (prácticas colusorias) experimentan variación alguna en el presente proceso civil, habiendo sido también comunes en ambos procesos los argumentos esgrimidos por las compañías ahora apelantes tendentes, bien a negar la existencia de acuerdos y prácticas colusorias, bien a justificar su amparo en la normativa de exención. Sin embargo, no nos parece necesario llevar a cabo una exposición detallada de tales concomitancias desde el momento en que son las propias entidades apelantes quienes proclaman su existencia y quienes, precisamente con base en esa circunstancia, postulan la aplicación en el presente caso del principio de vinculación relativa de las resoluciones emanadas de la jurisdicción contencioso administrativa.

Este tribunal comparte, desde luego, tal planteamiento y acoge, por ello, las pretensiones formuladas al respecto por las apelantes, si bien las resoluciones de la jurisdicción contencioso administrativa que han de tomarse en consideración no son, por obvias razones, las sentencias de la Audiencia Nacional que anularon la resolución administrativa sancionatoria y que nunca llegaron a alcanzar firmeza, sino las tres sentencias del Tribunal Supremo que, al casar las de la Audiencia Nacional y rehabilitar la resolución administrativa sancionadora anulada por este tribunal, han venido a poner fin al proceso contencioso administrativo.

Veamos, pues, qué es lo que indican las mencionadas sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, para lo cual nos serviremos como paradigma, en vista de la identidad esencial del contenido de las tres resoluciones y de los reenvíos de las dos últimas a la primera, de la sentencia de 26 de mayo de 2015 recaída en el recurso de casación relativo al asunto ASEFA. Se lee en dicha sentencia lo siguiente:



"El primer y el segundo motivos de casación, fundamentados en la infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el art. 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (101 TFUE) que por razones de coherencia examinamos conjuntamente, deben ser acogidos.

Consideramos que la Sala de instancia ha realizado una incorrecta interpretación de dicha disposición legal, que prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir o falsear la competencia, y que, en particular, proscribire los acuerdos de fijación de forma directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, al sostener que la conducta imputada a la compañía reaseguradora recurrente, al acordar con otras compañías aseguradoras y reaseguradoras, que operan en el mercado del seguro decenal en España, la fijación de precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, y participar en las reuniones celebradas con el fin de establecer medidas de seguimiento y vigilancia, estaba justificada por las propias características específicas de esta modalidad de seguro obligatorio, que exigía de la cooperación e intercambio de información sobre los riesgos a asegurar entre las compañías del sector, con el objeto de garantizar su buen funcionamiento, evitando prácticas de infraseguro respecto de la cobertura del riesgo, y favorecer el desarrollo del mercado inmobiliario, puesto que estimamos que éstas explicaciones no son suficientes para desvirtuar la consideración de que se trata de un acuerdo que, por su contenido y alcance, pretende homogeneizar las tarifas mínimas y las condiciones de suscripción de las pólizas de seguro y de reaseguro, que puede producir un efecto negativo en la competencia y, en consecuencia, es apta para restringir o falsear la competencia en el mercado interior y en el mercado intercomunitario relevantes afectados.

No compartimos los razonamientos de la Sala de instancia respecto de que la conducta imputada a la Compañía Reaseguradora ASEFA SA SEGUROS Y REASEGUROS SA no merecía reproche sancionador, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, debido a la existencia de explicaciones alternativas a la concertación analizada, por tratarse de la cobertura de un riesgo nuevo, derivado de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que exigía de las compañías aseguradoras y reaseguradoras colaborar para favorecer el adecuado funcionamiento del mercado del seguro decenal en España, y evitar situaciones de infratarificación como se produjeron en Francia, puesto que consideramos que estas circunstancias no son determinantes para excluir la responsabilidad de la sociedad recurrente, al haber quedado acreditada su participación de forma activa en las reuniones celebradas para intercambiar información, con el objeto de implementar la aplicación del Documento «Medidas Correctoras - SDD 2002», que, además de arbitrar reglas sobre valores de referencia de los capitales asegurados, establecía franquicias mínimas y máximas y determinadas reglas sobre las garantías complementarias y la aplicación de recargos, lo que va más allá de la mera homogeneización de las primas puras o de riesgo, y en los contactos posteriores entre compañías aseguradoras y reaseguradoras para vigilar el cumplimiento de lo acordado, lo que constituye inequívocamente una conducta, por su objeto, restrictiva del libre juego de la competencia en los mercados de seguro afectados.

La Sala de instancia ha otorgado verosimilitud a las explicaciones alternativas formuladas por la defensa de la sociedad recurrente para justificar su conducta, que sería determinante para declarar la inexistencia de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, sin tener en cuenta hechos debidamente acreditados en el expediente sancionador, respecto de las prácticas de seguimiento y control de los incumplimientos del mencionado Documento «Medidas Correctoras - SDD 2002», lo que, como hemos sostenido en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 (RC 2449/2013), revela el verdadero significado y alcance anticompetitivo del acuerdo adoptado por las empresas aseguradoras y reaseguradoras sancionadas.

Dijimos en aquella ocasión:

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

*Por otra parte, estas apreciaciones sobre el documento "Medidas Correctoras SDD-2002" las realiza la Sala de instancia sin hacer referencia al concreto contenido del documento, que sí aparece pormenorizado, en cambio, en la resolución administrativa sancionadora. Y debe destacarse, sobre todo, que **la sentencia recurrida omite***



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

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

Es cierto, como señala la sentencia recurrida, que tanto en la normativa comunitaria europea [artículo 81.3 TCE , ahora artículo 101.3 TFUE , y su desarrollo en el Reglamento (CE) n° 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, que vino a sustituir al Reglamento (CEE) n° 1534/1991, del Consejo, de 31 de mayo de 1991] como en el ordenamiento interno [artículo 24 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados , y luego artículo 25 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre , así como artículos 76 y 77 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados] se admite que en determinados ámbitos -en este caso, en el mercado del seguro- puedan entablarse entre dos o más empresas intercambios de datos estadísticos y acuerdos tendentes a la homogeneización de criterios para la determinación de costes, así como para utilización de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes, sin que tales acuerdos e intercambios de información tengan el carácter de práctica restrictiva de la competencia.

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

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

A su vez, los hechos probados de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009 a los que nos remite el Tribunal Supremo con plena asunción de su contenido son, en lo concerniente a las prácticas de seguimiento del acuerdo entre empresas y conductas de represalia frente a los incumplidores, del siguiente tenor:

"18. Como resultado de esos contactos, en una reunión celebrada el 7 de mayo de 2002 en la sede de ASEFA, MÜNCHENER, SCOR, SUIZA y ASEFA acordaron, entre otras cuestiones, que a partir del 1 de mayo de 2002 entrarían en vigor las nuevas condiciones de mínimos acordadas y que se celebrarían reuniones de seguimiento una vez al mes, en las que se denunciarían los posibles incumplimientos detectados (folios del 3366 al 3370 y del 6457 al 6458).

Se han obtenido tres informes sobre dicha reunión: dos en la sede de SUIZA y uno en la de ASEFA. SUIZA elimina de la lista de asistentes a la reunión a sus competidoras (MÜNCHENER Y SCOR). No obstante, la coincidencia de la fecha, de los temas tratados y de las decisiones adoptadas demuestra que ambos documentos se refieren a la misma reunión. MAPFRE EMPRESAS, que no asistió a la reunión del 7 de mayo de 2002 (folio 3366), se comprometió a aplicar las nuevas condiciones de seguro decenal a partir del 1 de julio de 2002 (folio 6459).

29. Durante el periodo 2002/2007 hubo una estrecha vigilancia en el cumplimiento de la aplicación de los términos del acuerdo, sobre todo en lo relativo a las tasas mínimas, el valor de referencia del metro cuadrado construido y los recargos por renuncia a recurso. También se produjeron denuncias de unas aseguradoras a otras tras detectarse algún caso de incumplimiento (que se califica de competencia desleal, folio 6375),

lográndose incluso deshacer alguna operación (folio 7452 confidencial AUSBANC) ofertada a un precio inferior como consecuencia de la denuncia ante el reasegurador (folios 598 a 601, 6250 a 6258; folios 6373 a 6377, 6380 a 6383, 6396 a 6398, 6460, 6461 y 7452 confidenciales AUSBANC).

40. A finales de 2006, se produjeron los primeros anuncios de algunos operadores del mercado de ofrecer precios inferiores a los mínimos acordados, que comenzarían a aplicarse a principios de 2007, en el marco de un nuevo esquema de reaseguro.

Fue el caso de MUSAAT (folios 2704 a 2712), a quien HANNOVER RE había ofrecido reasegurar su negocio en decenal para 2007 sin condicionarlo a la aplicación de los precios mínimos pactados. Otros agentes que intervinieron en la nueva oferta de MUSAAT fueron la correduría de seguros DIAGONAL y el corredor de reaseguros AON RE.

41. Ante esta situación, ASEFA, CASER, SCOR, SUIZA y MÜNCHENER reaccionaron coordinadamente, manteniendo su decisión de no rebajar sus condiciones y presionando en el mercado de reaseguro para que MUSAAT no pudiera reasegurar su negocio (folios 3374, 3375, 6262 a 6264; folios 6384, 6386, 6444, 6445 y 6986 confidenciales AUSBANC). Así en un email interno de ASEFA se dice (folio 6444): "...me parece que hay una actuación más grave que la de Aon Re y es la de los 3 grandes reaseguradores, o al menos Suiza y Scor, ya que parece que su única forma de solucionar este problema es esperar a que desde Asefa se bloquee a todos sus reaseguradores e instarnos a que presionemos a Aon. Desde mi punto de vista ellos deberían presionar a MUSAAT mediante el resto de sus contratos (...) de la misma forma que nosotros lo hemos hecho con Partner, Nacional, XL Re y, de manera muy especial con Hannover Re. Ya que no debemos olvidar que si Suiza y Scor tienen algo que perder al presionar a MUSAAT, Asefa con el "órdago" lanzado a Hannover ha jugado una capacidad facultativa en el decenal de hasta (...) y casi (...)de riesgo facultativo en caución...".

42. Con fecha 12 de diciembre de 2006, ASEFA envió a HANNOVER RE un correo en el que se informaba de que tras conocer que el apoyo recibido por MUSAAT para su nuevo contrato de decenal provenía de HANNOVER RE, "desde la Dirección de Asefa se ha tomado la decisión de no dar cabida en el contrato de reaseguro a ningún reasegurador que contribuya a apoyar prácticas que puedan desestabilizar este mercado" (folio 6986 confidencial AUSBANC).

43. SCOR, a través de diversos correos internos de 13 y 14 de diciembre de 2006, informó que: "Hannover estaba dispuesto a apoyar a MUSAAT con un XS [XS son las siglas en francés con las que se denomina al contrato de reaseguro obligatorio no proporcional de exceso de siniestro] sobre el 100% de la prima, suprimiendo toda guía de tarificación, lo que sería el fin de la disciplina de mercado. Pienso que sería necesario pasar esta información y sugerir a las cedentes que hagan presión sobre hannover para evitar esto" y que "Hannover Alemania, (...) ha retirado su propuesta de apoyo al 0,45% bajo la presión de las cedentes españolas y sobre todo de Asefa y Caser... paralelamente. Los representantes de Hannover en España y Francia han intervenido igualmente sobre sus colegas alemanes para hacer retirar su proposición y proteger sus intereses principales" (folios 3374 y 3375). Traducción CNC: "Hannover était prêt à supporter Mussat avec un XS sur 100% de leur prime, en supprimant tout guide de tarification, ce qui serait la fin de la discipline de marché. Je pense qu'il fait faire passer cette information et suggère aux cédantes de faire pression sur Hannover pour éviter cela. » « Hannover Allemagne (...) a retiré sa proposition de soutien à 0,45 pour cent sous la pression des cédantes espagnoles, et surtout d'Asefa et de Caser ...parallèlement. Les représentants de Hannover en Espagne et en France sont également intervenus auprès de leur collègues allemandes pour faire retirer la proposition et protéger leur intérêts principaux. ».

44. Con fecha 13 de diciembre de 2006, HANNOVER informó a CASER de que realmente su casa matriz había apoyado a MUSAAT, al desconocer "las realidades del mercado de Decenal", pero que había retirado la oferta existente, dado que la prioridad de HANNOVER RE era mantener las buenas relaciones con CASER (folio 6384).

45. Con fecha 21 de diciembre de 2006, ASEFA informó a SCOR y a SMABTP de que las nuevas condiciones de suscripción ofertadas por MUSAAT y DIAGONAL eran inferiores a "las normales del mercado en más de un 50%" y que "al día de la fecha, a pesar de haber lanzado estas condiciones no tiene capacidad de reaseguro." Además, comunicó que "la posición de la Dirección General de ASEFA es mantenerse firme en todas y cada una de sus normas de tarificación y de suscripción" (folio 6264).

46. Con esa misma fecha SCOR contestó a ASEFA informándole que "estoy intentando montar una reunión para la semana próxima, en principio en Cepreven, pues en Unespa no se puede hablar de esto" (folio 6263).

47. A continuación ASEFA informó a SCOR y a SMABTP sobre un almuerzo que había tenido lugar el día anterior (20 de diciembre de 2006) con MAPFRE EMPRESAS, CASER, SUIZA y MÜNCHENER, en el transcurso del cual se trató ese tema. Según su relato: "Caser, Munich [El documento menciona Munich refiriéndose a Münchener] y Suiza fueron firmes en su decisión de seguirnos en no rebajar ni un ápice las condiciones de suscripción. Al que no vi muy convencido fue a Fausto , [Mapfre Empresas] pero creo que sí Fidel [Münchener] (que sí



estaba de acuerdo con nosotros) no le deja, Mapfre no hará nada. Como sabes la Suiza es hasta el 31-12-2006 el líder del contrato decenal de MUSAAT (...) y se ha enterado por nosotros de las presentaciones de MUSAAT y Diagonal y estaban indignados. En cuanto a Munich ni siquiera estaba en MUSAAT. (...) El que iba a liderar el affaire de MUSAAT era Hannover pero ha retirado su aceptación y nos ha pedido disculpas. (...) En cuanto a AON nos entrevistamos ayer con su dirección general para manifestarles nuestra preocupación por la actuación de AON Re en este asunto y nos dijo que iba a intentar buscar una solución para salir airosos sin perjudicar los intereses de AON. " (folios 6262 y 6263).

48. A principios de 2007 MUSAAT consiguió el reaseguro y comenzó a trabajar con tasas inferiores a las mínimas.

Una vez rota la homogeneidad de las condiciones de mercado existentes desde 2002 con los nuevos precios de MUSAAT, a lo largo de 2007 algunos miembros del cártel continuaron presionando para mantener el acuerdo de primas mínimas, mientras que otros propusieron eliminar esas barreras (folio 7453).

50. Con fecha 19 de enero de 2007, SCOR informó internamente de que se había recibido una llamada de MUSAAT comunicando que finalmente habían logrado colocar el programa de reaseguro 2007 y que se había convocado una reunión para hablar de MUSAAT. Textualmente el correo menciona: "para hablar de MUSAAT, el lunes 22 a las 11 h estamos citados por Mapfre Re, MÜNCHENER/ Swiss/ Scor/ Mapfre empresas" (folio 3381).

51. En diversos correos internos de MAPFRE RE y MAPFRE EMPRESAS (de fecha 12, 16 y 22 de enero de 2007), estas entidades se plantearon "la necesidad de convocar urgentemente a MÜNCHENER, suiza y scor para acordar con ellos posibles estrategias de actuación para defenderse de la agresiva actuación de MUSAAT" (folios 6394 y 6395).

52. Con fecha 2 de febrero de 2007, ASEFA elaboró un informe interno en el que mencionó que: "se ha producido una reunión en las oficinas de Mapfre RE, fueron invitados por iniciativa de Fausto , Suiza, Scor (asistieron Juan Alberto y Bernabe) y MÜNCHENER (asistieron Fidel y Fulgencio). El motivo era hablar de la problemática planteada por MUSAAT. Mapfre proponía que se liberasen las barreras del 0,55 y 0,7 con el fin de no perder clientes y argumentando el Tribunal de Defensa de la Competencia y la respuesta de los 3 reaseguradores fue TAJANTE en el sentido de no modificar ni una sola de las reglas de suscripción" (folio 7456).

53. Por otro lado, CASER presionó a AON RE, su principal corredor de reaseguro, para que no distribuyera una oferta alternativa en decenal (folios 6389 y 6390). Concretamente, con fecha 27 de febrero de 2007, CASER informó internamente de que se confirmaba que AON estaba distribuyendo una oferta alternativa en decenal con el respaldo de Premier Guarantee de Liberty en LLOYD'S y que, teniendo en cuenta que AON era el principal corredor de reaseguros de CASER y siendo a su vez CASER su tercer proveedor de directo, se había comunicado a AON el descontento de CASER con esa actitud que "pone en riesgo el recorrido futuro de un negocio con cierto desarrollo, pero todavía con un grado de maduración corto y por tanto de resultado incierto, y adicionalmente a reducir los márgenes actuales que permiten suscribir con mayor prudencia ante la referida falta de experiencia real". En dicho informe CASER indicó también que sus reaseguradores seguían firmes en su posición y que CASER les había solicitado que actualizaran o construyeran un "estudio técnico que sirva de fundamento para garantizar que la tarifa actual que nos tienen recomendada es la adecuada, y sobre la que añadir costes de gestión y distribución" (folio 6389).

54. SCOR transmitió información a ASEFA sobre las ofertas que le llegaron de MUSAAT a tasas inferiores y ASEFA presionó a entidades financieras para que no trabajasen con MUSAAT (folios 6435 y 6436). En particular, en abril de 2007, SCOR reenvió a ASEFA un correo adjuntando la primera prueba de penetración de MUSAAT en las entidades bancarias, concretamente en CAJA BURGOS. ASEFA contestó que: "es fundamental que no aceptes ni una sola operación por debajo de las reglas establecidas" y que el resultado tras la visita de ASEFA a todas las entidades financieras con las que trabajaba, había sido que éstas "no solo no van a trabajar con MUSAAT sino que algunas ya han instruido a sus departamentos de crédito para que no la acepten" (folios 6435 y 6436 confidenciales AUSBANC).

57. Durante la preparación de la renovación de los contratos de reaseguro para 2008, ASEFA presionó a las reaseguradoras SCOR, MÜNCHENER y SUIZA para que no reaseguraran a MUSAAT tampoco en 2008. Concretamente, con fecha 8 de octubre de 2007, ASEFA envió a esas entidades un documento por el que las reaseguradoras debían declarar que ni ellas directamente, ni ninguna entidad de su grupo, había participado en el reaseguro de garantía decenal de MUSAAT de 2007, ni tenían previsto participar en el de 2008 (folios 6425 a 6428 confidenciales AUSBANC). También envió ese documento a HANNOVER RE, pero en este caso con fecha 25 de octubre de 2007, es decir, una semana después de las inspecciones llevadas a cabo por la DI (folios 7001-7011 confidenciales AUSBANC). HANNOVER RE se negó a firmar ese documento y ASEFA canceló todos sus negocios con HANNOVER RE, tanto en el ramo del decenal como en el resto de ramos (folio 7439 confidencial AUSBANC)".



Es de destacar, por otro lado, como ya lo hemos enfatizado en las transcripciones que preceden, que, frente al argumento manejado por las apelantes con arreglo al cual esas conductas de seguimiento y represalia no constituirían infracciones propiamente dichas sino circunstancias agravantes de la infracción (tratamiento este que les fue conferido por la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia), el Tribunal Supremo ha sido especialmente insistente en sus sentencias aclarando que *"...las referidas prácticas de seguimiento y control y, desde luego, las actividades de represalia frente a los incumplidores, son conductas anticompetitivas constitutivas por sí mismas de infracción"*.

A la vista de tales antecedentes, difícilmente podríamos alcanzar otra conclusión que la de considerar que el pronunciamiento declarativo que efectúa la sentencia apelada es un pronunciamiento jurídicamente acertado.

Al evacuar en esta segunda instancia el traslado conferido en cumplimiento del Art. 271 de la L.E.C., la apelante SCOR, a la vista de las sentencias del Tribunal Supremo, ha mudado su inicial opinión -profusamente desarrollada en las páginas 48 y ss. de su recurso- con arreglo a la cual las resoluciones emanadas del orden jurisdiccional contencioso administrativo debieran vincular a los órganos del orden jurisdiccional civil en este asunto, y ha pasado a mantener ahora la inédita y sorpresiva tesis de que ello no debe ocurrir así en vista de la diferente naturaleza y finalidad de las aplicaciones pública y privada del derecho de la competencia. Pues bien, con independencia de que el carácter novedoso del planteamiento nos dispensaría de la necesidad de comentarlo, no lo compartimos: esa diversidad de naturaleza y finalidad no tiene la menor proyección sobre la cuestión de la vinculación positiva de las resoluciones en aquellos supuestos -como el que ahora nos ocupa- donde las conductas enjuiciadas, idénticas en ambos procesos, constituyen acontecimientos específicos perfectamente localizados en el tiempo y en el espacio, y donde la problemática jurídica resulta también enteramente coincidente al versar sobre la susceptibilidad de incardinación de tales hechos dentro de una determinada categoría de infracción (prácticas colusorias). Nos dice también SCOR que los hechos examinados en uno y otro proceso no son los mismos, afirmación que, además de incierta (el Tribunal Supremo se refiere con minuciosidad y reiteración a las prácticas de seguimiento y represalia objeto específico de este proceso civil), se encuentra en abierta contradicción con aquel planteamiento de su recurso con arreglo al cual no se cumplen en el caso los presupuestos jurisprudencialmente exigidos para que el tribunal pueda apartarse de lo resuelto por el orden contencioso administrativo (página 51).

Añade dicha entidad que la sentencia del Tribunal Supremo específicamente referida a SCOR habla de prácticas de seguimiento y control de lo acordado pero no utiliza los términos de boicot, retorsión o represalia, términos que sí aparecen en las sentencias referentes ASEFA y CASER. No vemos, sin embargo, qué clase de trascendencia pueda otorgarse a la concurrencia entre aquella y estas dos últimas resoluciones, debidas a la pluma de distinto ponente, de algunas diferencias de redacción cuando la valoración de las conductas es exactamente la misma y cuando son precisamente las sentencias ASEFA y SCOR las que se remiten, por vía de transcripción parcial, al contenido valorativo de la sentencia SCOR. Dicha sentencia considera plenamente acreditada la participación de SCOR *"...en los contactos posteriores entre compañías aseguradoras y reaseguradoras para vigilar el cumplimiento de lo acordado, lo que constituye inequívocamente una conducta, por su objeto, restrictiva del libre juego de la competencia en los mercados de seguro afectados"* por más que a dicha práctica no la califique, como se hace en las otras dos sentencias, de "represalia". Y añade:

*"En este sentido, consideramos que la Sala de instancia ha otorgado indebidamente verosimilitud a las explicaciones alternativas formuladas por la defensa de la sociedad recurrente para justificar su conducta, que sería determinante para declarar la inexistencia de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, sin tener en cuenta hechos debidamente acreditados en el expediente sancionador, respecto de las **prácticas de seguimiento y control de los incumplimientos del mencionado Documento «Medidas Correctoras - SDD 2002»**, lo que, como hemos sostenido en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 (RC 2449/2013), revela el verdadero significado y alcance anticompetitivo del acuerdo adoptado por las empresas aseguradoras y reaseguradoras sancionadas.*

El tercer motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 1.4 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con el Reglamento (CE) 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, debe también ser acogido, en la medida en que la Sala de instancia acepta que la conducta imputada estaría amparada, por tratarse de la cobertura de un riesgo nuevo, por la exención contemplada en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, y en el artículo 1 del referido Reglamento Comunitario, que declara, de conformidad con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE, inaplicables las disposiciones del apartado 1 a los acuerdos celebrados entre dos o más empresas del sector de seguros en determinados



concretos ámbitos de colaboración, en cuanto entendemos que el alcance del acuerdo de fijación de precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, que tiene un carácter vinculante y obligatorio para las empresas aseguradoras y reaseguradoras participantes, y la naturaleza de las **prácticas de seguimiento y control** del cumplimiento de lo pactado, con el objeto de impedir que las empresas se desvíen de las condiciones de suscripción de pólizas acordadas, determina que apreciamos que dicho acuerdo no está cubierto por la mencionada exención" .

Por si ello no fuera suficiente, veamos cuál es el deslinde referido a la participación respectiva de cada una de las ahora apelantes en la ejecución de esas prácticas, anticompetitivas en sí mismas -se insiste-, de seguimiento y control de acuerdo con la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia:

1.- ASEFA.- De dicha entidad se dice que "...ha participado en la infracción desde el inicio y ha jugado un papel muy activo en la aplicación del acuerdo de precios mínimos por todo el mercado, así como ha desarrollado actuaciones de vigilancia y denuncia de incumplimientos (HP 31, 38-39), llegando a desarrollar actuaciones de presión y boicot frente a las empresas que no cumplían el acuerdo anticompetitivo o facilitaban su incumplimiento (HP 42, 45-47, 52, 54, 56-57). Por tanto, le es de aplicación la agravante de vigilancia y denuncia del cumplimiento de las condiciones acordadas, así como la agravante de participación en el boicot a MUSAAT, la entidad que rompió la homogeneidad de primas, presionando a cinco reaseguradoras y a entidades financieras para que no realizaran operaciones con ella" .

2.- CASER.- De dicha entidad se dice que "Desde junio de 2006 existe prueba de que vigiló que sus competidores aplicasen el acuerdo, notificando a SCOR el incumplimiento detectado por parte de ASEFA. Así mismo era consciente del carácter anticompetitivo del acuerdo. En el marco de la negociación del contrato de reaseguro para 2007, comentó con SUIZA "Entendemos que las Condiciones no deben estar en el marco del contrato de Reaseguro, si no que debe ser las de la tarifa Caser, aceptada por los reaseguradores, con esto además evitamos problemas de falta de competencia" (HP 53). Tras la irrupción de MUSSAT con precios inferiores a los mínimos pactados, a finales de 2006 y principios de 2007 adoptó diversas iniciativas dirigidas a que el cártel mantuviese los precios mínimos pactados. Esta probada su participación en actos de retorsión o boicot frente a MUSAAT (HP 44). Por tanto le es aplicable la agravante de vigilancia y denuncia de los incumplimientos de precios ofrecidos por sus competidores, y la agravante de presionar a una entidad para que retirara su apoyo a MUSAAT, la entidad que rompió la homogeneidad de primas" .

3.- SCOR.- De dicha entidad se dice que, en unión de SUIZA y MRSEP, "Las tres vigilaron el cumplimiento del acuerdo por parte de las cedentes, y contactaron entre sí cuando detectaron incumplimientos (HP 30 a 38). Consta que SCOR llegó a deshacer una operación por este motivo (folio 7452 confidencial AUSBANC). Tras la ruptura por MUSSAT de la homogeneidad del mercado creada por el Cártel, las tres adoptaron conductas dirigidas a mantener el acuerdo de precios mínimos. En este sentido no aceptaron la propuesta de MAPFRE de rebajar las condiciones mínimas pactadas (HP 47 y 49). Existe prueba de que SUIZA y SCOR, siendo reaseguradoras tradicionales de MUSSAT, no concertaron con esta aseguradora reaseguro para 2007 (folio 6654 confidencial AUSBANC). Está probado que ha sido SCOR quien ha negado a MUSAAT reaseguro para 2007 como respuesta a su conducta de no respetar el acuerdo de precios mínimos (folios 3374 y 3375; HP 43, 46, 49, 52, 54, 57 y 58)".

Despejada, pues, en el sentido confirmatorio ya anunciado, la problemática referida a la realidad o irrealidad de las conductas imputadas a las demandadas en la demanda rectora del presente proceso así como la concerniente a la calificación jurídica de tales conductas, queda abierta, obviamente, la cuestión relacionada con la determinación de si tales conductas ocasionaron o no a MUSAAT algún quebranto patrimonial y, en caso afirmativo, a la cuantificación de ese quebranto, cuestiones ambas sobre las que, por obvias razones, no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso administrativo.

Pasamos, por lo tanto, a examinarlas a continuación.

CUARTO .- Rechazada por la sentencia apelada la pretensión indemnizatoria por razón de lucro cesante, la demandante MUSAAT consintió este pronunciamiento adverso al no recurrirlo en apelación, de donde se deduce que el único concepto controvertido que residualmente ha pasado a esta segunda instancia es el del daño emergente, concepto por el que dicha sentencia impuso a las demandadas y hoy apelantes una condena a resarcir solidariamente a la actora en la suma de 3.550.615,7 €.

Resumidamente, el fundamento de dicha condena es el siguiente: sobre la base de sus propios estudios actuariales y percatada de que la siniestralidad en el ramo del seguro decenal era particularmente baja, MUSAAT decidió lanzar al mercado un producto ciertamente atractivo que suponía para el tomador un ahorro del orden del 24 % respecto del importe de las primas que las compañías de nuestro país venían practicando. Pieza clave de la estrategia empresarial de MUSSAT lo constituía un sistema de reaseguro por virtud del cual ella misma cubriría, sin reaseguro alguno, los siniestros cuyo importe no excediera de 500.000 € y



concertaría reaseguro XL no proporcional para la cobertura de los siniestros cuyo importe excediera de dicha suma. Habiéndose comprometido la reaseguradora HANNOVER RE con MUSAAT a brindarle dicho reaseguro exclusivamente XL no proporcional y, en la confianza que le generaba tal compromiso, MUSAAT lanza el marcado el producto proyectado con la correspondiente cobertura publicitaria. En dicho trance, HANNOVER RE retira el compromiso contraído con MUSAAT a consecuencia de las medidas de vigilancia y de presión protagonizadas por las hoy demandadas, con lo que la actora se encuentra con un producto en el mercado para el que no dispone de reaseguro y, ante la premura que tal situación le genera, se ve obligada a aceptar la propuesta de otra reaseguradora, NACIONAL RE, quien, para facilitarle reaseguro XL por las sumas superiores a 500.000 €, le impuso como condición la contratación de un seguro proporcional por cuya virtud MUSAAT le cedería el 15 % de las primas a cambio de obtener reaseguro que cubriera hasta el 15 % de las sumas que hubiera de satisfacer por razón de siniestros de importe inferior a 500.000 €.

Pues bien, acreditada la realidad de las conductas de presión en los términos examinados en los precedentes ordinales y, acreditada también la existencia de un vínculo causal entre dichas conductas y la retirada de su compromiso de reaseguro -exclusivamente XL- por parte de HANNOVER RE, no nos parece en absoluto descabellado hallar también un vínculo causal directo entre dicha retirada y la obligada aceptación por parte de MUSAT de unas condiciones para el nuevo reaseguro que le suponían la aceptación de un gasto (cesión a NACIONAL RE del 15 % de las primas) que ni aquella tenía previsto ni deseaba efectuar de acuerdo con la planificación que de su propia estrategia empresarial había llevado a cabo. Y parece razonable pensar que, en el trance anteriormente descrito, donde la capacidad de negociación de MUSAAT se hubo de ver sensiblemente reducida en razón a la premura impuesta por un producto ya lanzado al mercado y desprovisto de reaseguro, su aceptación del adicional reaseguro proporcional que NACIONAL RE le impuso como condición para el otorgamiento del reaseguro XL fue una aceptación forzada por las mismas circunstancias que las demandadas habían propiciado de manera consciente y voluntaria. El hecho de que finalmente HANNOVER RE participase también en el cuadro de reaseguradoras de MUSAAT de forma clandestina y bajo persona interpuesta en evitación de represalias como las que se han puesto de relieve ("fronting") no incide en las cuestiones debatidas en el presente litigio cuando lo relevante es que el tipo y cuantía de reaseguro que inicialmente comprometió HANNOVER RE con MUSAAT hubo de ser sustituido por esta mediante un reaseguro contratado con NACIONAL RE que llevaba como ineludible añadido la contratación de un seguro proporcional no querido (el Documento 12 al que SCOR se refiere como presentado en el acto de la audiencia previa no fue aportado, s.e.u.o., a las actuaciones). Y ello sin perjuicio de la asunción indirecta por parte de HANNOVER RE de otra parte del reaseguro de acuerdo con el sistema de reaseguramiento múltiple que rige de modo habitual en este ámbito.

Dicho lo cual, cuestión distinta será la de determinar si la forzosa aceptación de un seguro proporcional no deseado generó o no a MUSAAT un quebranto patrimonial. Las apelantes han insistido en esta alzada en rebatir algunas apreciaciones efectuadas por el perito de la actora con arreglo a las cuales ese reaseguro proporcional sería un reaseguro injusto y desequilibrado. Sin embargo, consideramos que se trata de un debate estéril porque, desequilibrado o no, el reaseguro proporcional del 15 % representó para MUSAAT un gasto que no se encontraba incluido, con acierto o sin él, dentro de su planificación del seguro decenal que había lanzado al mercado. Y, no habiéndose sostenido por nadie en el presente litigio que MUSAAT haya recobrado ese gasto -para ella innecesario- repercutiéndolo sobre sus tomadores ("passing on"), podemos aceptar como punto de partida de carácter simplemente metodológico (no como forzosa conclusión) la idea de que un desembolso no proyectado ni necesario para la explotación de un determinado producto es, en principio, un daño o quebranto patrimonial que padece aquel que se ve en el trance de incurrir en él en contra su voluntad y en contra de sus propias previsiones actuariales. Otra cosa será que, en función de los retornos que MUSAAT haya podido obtener de NACIONAL RE en aplicación de ese indeseado seguro proporcional, sea de mayor o menor envergadura el quebranto finalmente padecido, o incluso que llegue a considerarse como inexistente, todo lo cual se encontrará en función de la relación entre el importe de los siniestros acaecidos (factor aleatorio) y el importe de las primas percibidas (factor conocido), es decir, en función de la tasa de siniestralidad.

Contamos en el proceso con cuatro informes periciales: el informe MARKETINGROUP (acompañado a su demanda por la actora MUSAAT), el informe MAZARS (aportado por ASEFA), el informe DELOITTE (aportado por SCOR) y el informe IDEAS (aportado por CASER). Conviene no obstante aclarar que la exposición que subsigue no se convertirá en una confrontación integral de la totalidad de los contenidos de unos informes respecto de la totalidad del contenido de los otros: la aplicación del principio dispositivo, que para la segunda instancia enuncia el Art. 465-5 L.E.C., circunscribe nuestro examen a los específicos argumentos vertidos en los escritos de interposición de los recursos de apelación, argumentos que no son, ni mucho menos, todos los expuestos por los peritos en sus respectivos informes.

Considerando que el autor del informe MARKETINGROUP asegura haber obtenido toda la información por él manejada de la documentación obrante en la entidad MUSAAT, se ha sostenido en los recursos, con distinto



grado de intensidad, que tal información no resulta fiable y que las recurrentes no han tenido acceso a ella, lo que les habría impedido contrastar la realidad de los datos emanados de dicha documentación. Así, vrg., en el recurso de SCOR se dice textualmente que la sentencia apelada "...*asume como cierta la contabilidad de la demandante, que no ha sido verificada en forma alguna, ni sometida a ningún tipo de comprobación, no habiéndose contrastado los datos sobre la base de los cuales realiza los cálculos...*". Pues bien, hemos de indicar que, salvo por la reproducción por parte de CASER en esta instancia de su petición de examen de determinadas notas (punto 5-2 de su proposición documental en la audiencia previa, folio 253 del tomo VI), petición esta que, como hemos explicado, fue rechazada por ausencia de los presupuestos procedimentales exigidos por el Art. 460 L.E.C., lo que vemos es que ni en el recurso de dicha entidad (salvo lo dicho) ni en los recursos de ASEFA y SOCOR se reproduce en segunda instancia pretensión probatoria alguna referida a medios improcedentemente denegados o a pruebas practicadas por causa a ellas no imputable. A decir verdad, en el caso de ASEFA y SCOR ni siquiera vemos que en la instancia anterior se solicitase medio probatorio alguno que consistiese en el examen de documentación perteneciente a MUSAAT, con lo que difícilmente podríamos admitir que dichas apelantes han encontrado alguna clase de obstáculo para proceder a dicho examen y para emitir con rigor un juicio crítico sobre la realidad o irrealidad de los datos emanados de la documentación que tuvo a la vista el perito de la actora. En suma, esa denunciada falta de comprobación o de contraste de los datos emanados de la contabilidad de la actora únicamente a la pasividad de las demandadas apelantes puede ser atribuida (o a la falta de interposición del correspondiente recurso de reposición por parte de CASER respecto de las notas en cuestión).

En el caso de ASEFA, se atribuye también a la sentencia apelada violación de los principios que rigen la distribución de la carga probatoria en razón al hecho de que tal resolución haya asumido planteamientos del informe pericial de la demandante sobre la base de que en alguno de los informes de las demandadas solamente se vertieran críticas hacia aquel sin proponer, a su vez, una cuantificación alternativa. No creemos, sin embargo, que esto entrañe una alteración de la carga de la prueba. Si la prueba pericial se hace necesaria en un proceso es porque para valorar hechos o circunstancias relevantes son necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que el órgano judicial no posee (Art. 335-1 L.E.C.). Por lo tanto, si el perito de la parte demandante acomete un desarrollo matemático altamente especializado que le conduce a un resultado cuantitativo determinado, de nada sirve que un informe pericial contradictorio ponga de relieve insuficiencias metodológicas del primer informe si al propio tiempo no aplica la metodología que estima correcta para alcanzar un resultado cuantitativo alternativo. Y ello por la sencilla razón de que el órgano judicial carece por completo de capacidad para determinar cuál sea esa metodología correcta y para aplicarla seguidamente de cara a obtener ese resultado alternativo. Se trata, en cualquier caso, de una objeción relativamente intrascendente porque las insuficiencias a las que alude la sentencia solo son apreciables en uno de los informes periciales de las apelantes (informe MAZARS).

Siguiendo los pasos del informe MARKETINGROUP (aportado por la actora MUSAAT), para alcanzar la cifra que es objeto de condena en la sentencia apelada en calidad de daño emergente se siguió la siguiente metodología: por razón de los seguros decenales concertados en el año 2007 MUSAAT ha percibido hasta el final de 2010 en concepto de primas la cantidad de 36.973.423 € y durante dicho periodo ha tenido que hacer frente a siniestros cubiertos por esos mismos seguros concertados en el años 2007 en cuantía de 76.220 €. Por tanto, en concepto de cesión de primas (15 %) MUSAAT pagó a la reaseguradora NACIONAL RE la cantidad de 5.546.013 €. Este sería el daño teórico por cuanto se trata de un desembolso forzado que MUSAAT hubo de satisfacer en razón de un servicio no querido y cuya contratación le fue impuesta. Sin embargo, para conocer el daño real, de dicha suma se detraen los siguientes conceptos: 11.433 €, que son las compensaciones que MUSAAT obtuvo de NACIONAL RE al cumplir esta con su obligación de cobertura del 15 % por razón del reaseguro proporcional sobre un total de 76.220 € satisfechos en concepto de indemnizaciones; 1.941.105 € por razón de reintegro de gastos por cesión de primas (35 % del total de la cesión) según las condiciones particulares del contrato de reaseguro proporcional; y, finalmente, 510.788 € del coste del reaseguro XL debido al contrato proporcional (15 % del 9,21 % del total de primas recaudadas) según condiciones generales del contrato. La referida operación de deducción arroja un resultado de 3.082.687 €, cantidad que, actualizada mediante aplicación de los tipos medios de interés para bonos del tesoro a 5 y 10 años, arrojaría, según el cálculo aritmético que efectúa la sentencia apelada, un resultado de 3.550.615,7 €.

En su recurso de apelación, ASEFA nos dice que un importe de tan solo 76.220 € de indemnizaciones por razón de siniestros durante el periodo contemplado sobre una recaudación de 36.973.423 € supone una tasa de siniestralidad inverosímilmente baja del 0,21 %. Pues bien, lo primero que tenemos que decir a este respecto es que, de acuerdo con el informe MARKETINGROUP, la cifra de 76.220 € no constituye el resultado de aplicar ninguna tasa de siniestralidad sino el resultado de computar indemnizaciones efectivamente satisfechas por razón de siniestros ya acaecidos y amparados por pólizas concertadas en 2007 (así, nos habla el informe, entre otros pasajes, de que "...MUSAAT ha **incurrido** en un total de 76.220 euros **pagados** por siniestros **ocurridos** en



contratos firmados en 2007" , pág. 65 del informe; énfasis añadido). De esta misma opinión es, además, la apelante SCOR cuando en la página 64 de su recurso nos indica que el cálculo de daño emergente efectuado por el informe MARKETINGROUP "...tomó en consideración las compensaciones de la reaseguradora A (se refiere a NACIONAL RE) **efectivamente obtenidas** por MUSAAT en ese periodo de tiempo..." (énfasis añadido). Pues bien, cuando se trata -como es el caso- de sucesos ya acaecidos, no tiene el menor sentido manejar índices estadísticos eventualmente indicativos de previsibilidad: ante los hechos ocurridos, lo que debe hacer el oponente es constatar la irrealidad del dato, o mejor, descubrir la ocurrencia de otros siniestros distintos de los computados capaces de elevar la cantidad real por encima de cifra suministrada de 76.220 €. Lógicamente, ASEFA es libre de otorgar o negar credibilidad a este dato numérico, pero, tratándose de un dato respaldado por prueba pericial que se ha nutrido de la documentación obrante en las dependencias de la demandante, lo que debería de haber hecho dicha apelante, si quería desvirtuarlo, era desvelar la presencia en esa misma documentación -o en cualquier otra fuente de prueba- de datos reveladores de que los siniestros acaecidos elevaron las indemnizaciones por encima de la indicada cifra y no limitarse a reseñar que, a su juicio, la tasa de siniestralidad que de tal cifra se deduce es estadísticamente improbable. Los cálculos estadísticos sirven para predecir, con criterios probabilísticos, la ocurrencia de acontecimientos venideros. En cambio, cuando se trata de examinar hechos ya acaecidos, lo razonable es someter a revisión crítica no su probabilidad sino su misma realidad. No vemos, sin embargo, que ASEFA haya adoptado iniciativa probatoria alguna en la indicada dirección.

QUINTO .- Establecido todo cuanto antecede, han sido coincidentes los tres recursos en desarrollar, de uno u otro modo (en el caso de CASER mediante invocación de la normativa sobre provisiones técnicas), un planteamiento esencial que este tribunal comparte: si MUSAAT ha percibido las primas de sus tomadores y si ha cedido y abonado a NACIONAL RE el 15 % de las mismas, las consecuencias de estos hechos, tratándose -como se trata- de un seguro de responsabilidad decenal que cubre los siniestros que puedan producirse durante el periodo de garantía de los 10 años posteriores a la entrega de la obra y, por tanto, al momento en que cada póliza toma estado, entonces no cabe deducir de los ingresos del reasegurador únicamente las compensaciones del 15 % de cada siniestro que este ha llevado a cabo durante los primeros años sino que habrán de deducirse también las compensaciones que, por razón de las mismas primas ya cedidas originariamente, satisfará previsiblemente ese mismo reasegurador en relación con los siniestros que -en este caso sí en términos probabilísticos- vayan a producirse en el futuro y dentro del expresado periodo de garantía.

Aceptando, como aceptamos, este principio, entra ahora en debate la determinación -en este caso totalmente relevante- de la tasa de siniestralidad aplicable (relación siniestros/primas), ya que solo mediante el manejo de ese índice es posible alcanzar un conocimiento aproximado del importe de los siniestros que hayan de acaecer -y que habrá que afrontar- en el futuro amparados por seguros decenales concertados en 2007.

Tomando por base datos estadísticos de MUSAAT fundados en la siniestralidad observada dentro de su propia actividad mercantil dentro del ramo del seguro decenal, el informe MARKETINGROUP propone una tasa de siniestralidad del 2,98 %. En cambio, las apelantes, tomando por referencia datos estadísticos del sector de carácter general proporcionados por la asociación de entidades aseguradoras ICEA, sugieren una tasa de siniestralidad del 33,41 %, notablemente superior a la anterior, tasa que incluso se eleva ligeramente en algunos de los recursos.

Dentro del debate generado en torno a esos muy distanciados parámetros, este tribunal se inclina por considerar más fiable la tasa de siniestralidad del 2,98 % que propone MUSAAT, y ello por dos razones correlativas, una de tipo general y otra de carácter más específico:

1.- Tratándose de valorar el daño padecido no por cualquier compañía de seguros sino precisamente por MUSAAT, consideramos más ajustado y preciso tomar en consideración la siniestralidad específicamente padecida por dicha entidad que ponderar la siniestralidad resultante de datos agregados del sector. Porque, teniendo en cuenta que puede variar hasta el infinito el grado de rigor de unas y otras compañías a la hora de exigir de los intervinientes en el proceso constructivo, con carácter previo al otorgamiento de la póliza, el cumplimiento de requisitos y exigencias de seguridad y de buenas prácticas en relación con las obras a asegurar, nada impide que la siniestralidad finalmente asumida por una compañía se distancie significativamente de la media de siniestralidad del sector. Y se ha de insistir aquí en que carece de consistencia poner en duda la realidad siniestral emanada de la documentación de MUSAAT cuando no se ha adoptado -o no se ha adoptado eficazmente en el caso de CASER- iniciativa probatoria alguna tendente a desvirtuarla.

2.- Podemos admitir que la distancia concurrente entre las tasas de siniestralidad propuestas -2,98 % y 33,41 %- es demasiado elevada como para ser explicada exclusivamente con base en el factor que acabamos de comentar. Ahora bien, si observamos la estadística elaborada por ICEA en el año 2009 (pag. 15 del informe DELOITTE), lo primero que llama poderosamente la atención es que, si bien la tasa de siniestralidad



correspondiente a seguros contratados en el año 2000 (primero de los contemplados) es la que objetivamente puede ofrecer mayor perspectiva (a medida que se reduce el periodo contemplado en los años subsiguientes, la perspectiva decrece), no tiene fácil explicación el hecho de que la tasa siniestralidad correspondiente a seguros decenales del 2000 sea del 33,41 % y que, solo con un grado de perspectiva ligeramente inferior, la siniestralidad correspondiente a los seguros contratados en el año siguiente, 2001, descendiera nada menos que al 6,93 %, descenso que se incrementa sustancialmente en los años que le siguen de forma inmediata (3,77 % en los seguros de 2002 y 3,32 % en los seguros de 2003). MUSAAT propone como explicación de ese extraño fenómeno la circunstancia de que el seguro decenal obligatorio de la Ley de Ordenación de la Edificación entra en vigor en la mitad del año 2000 (1 de mayo), tratándose en ese momento de un mercado aún inmaduro. En realidad, de lo que la estadística ICEA informa es de que los valores absolutos de siniestralidad entre seguros contratados en 2000 y seguros contratados en 2001 no difiere prácticamente (se dan valores de 4.982 y 4.545 respectivamente), y, como quiera que el ICEA proporciona datos agregados de las primas (se dan valores 14.913 y 64.275 respectivamente), nada impediría considerar que, tratándose de un ramo de seguro novedoso en ciertos aspectos derivados de la normativa contenida en la Ley de Ordenación de la Edificación, los precios del seguro practicados en el año 2000 no se encontrasen suficientemente ajustados y se fueran incrementando a lo largo de los años subsiguientes, circunstancia que explicaría que ante volúmenes de obra asegurada similares la tasa de siniestralidad (entendida como la razón "importe de siniestros/ importe de primas") correspondiente a seguros de 2001 descendiese tan notablemente respecto del año anterior. Nos preocupa aclarar que la precedente reflexión no supone en modo alguno que este tribunal considere que eso y no otra cosa es lo realmente acaecido. Se trata, mucho más modestamente, de una mera consideración tendente a poner de relieve que son variopintas las explicaciones a las que puede obedecer una distancia tan enorme entre dos años consecutivos (del 33,41 % a 6,93 %), distancia que desafía cualquier principio o criterio de normalidad estadística. Este punto de vista es, de hecho, admitido por el informe IDEAS aportado por la apelante CASER en cuya página 83 se nos dice, en efecto, que *"...consideramos que la tasa de siniestralidad sectorial del 32,68 % correspondiente al grupo de pólizas emitidas en el año 2000 puede tener algunas limitaciones para ser tomada como referencia, ya que el año 2000 fue el primer año en que comenzó a desarrollarse el seguro decenal en España y por tanto el mercado de seguro decenal era pequeño..."*.

En definitiva, entendemos que, sin necesidad excluirlo del cómputo, el dato representado por una siniestralidad del 33,41 % para los seguros contratados en el año 2000 debe ser valorado con suma prudencia, prudencia que nos inclina a tomar en consideración la media de las tasas de siniestralidad observadas respecto de seguros decenales contratados durante la totalidad de las anualidades (de 2000 a 2009) que contempla la estadística de ICEA, y ese promedio no es otro que el de 2,15 % que nos proporciona esa misma estadística. Tasa de siniestralidad esta que se aproxima mucho más a la del 2,98 % que emana de los datos reales tomados específicamente de la documentación de MUSAAT. En todo caso, por ser esta precisamente la sugerida por MUSAAT y por ser menos favorable para ella misma que la alternativa del 2,15 %, manejaremos, en efecto, la referida tasa del 2,98 %.

Debemos indicar a este respecto que no vemos el menor sentido en la objeción que plantea CASER al indicar que siendo las primas del seguro decenal de MUSAAT un 24 % más baratas que las practicadas por la media del sector, esa reducción de primas debe producir un aumento de la tasa de siniestralidad al permanecer invariable el numerador (siniestros) y disminuir el denominador (primas). Pero se trata de una apreciación irrelevante ante la elemental consideración de que la tasa de siniestralidad del 2,98 % que hemos estimado correcta absorbe ya esa circunstancia al ser la resultante de medir siniestros reales en relación con primas reales. Cuestión distinta será que para CASER no resulten fiables esos datos que se nos proporcionan como reales, es decir, un tipo de objeción ya hemos valorado reiteradamente en relación con el grado de diligencia observado por las demandadas en el campo de la iniciativa probatoria.

El 2,98 % de 36.973.423 € de primas percibidas por MUSAAT es la cantidad de 1.101.808 € que sería la siniestralidad que deberá afrontar previsiblemente MUSAAT durante la vigencia de la cobertura decenal por razón de contratos celebrados en el año 2007. De dicha suma, MUSAAT obtendrá de NACIONAL RE un retorno (por su cobertura del 15 % de la siniestralidad del seguro proporcional) de 165.271,20 €. De esta cantidad debe deducirse la de 11.433 correspondiente a compensaciones ya percibidas por MUSAAT de NACIONAL RE por razón de siniestros efectivamente producidos de acuerdo con los cálculos precedentemente acometidos, lo que nos arroja un resultado de 153.838,20 €. Por tanto, esta última cantidad debe deducirse del daño de 3.082.687 que resultaba de la Tabla 19-d del informe MARKETINGROUP, pág. 68 del mismo (una vez excluida del cómputo la cantidad de 4.083 € del certificado PRICE WATERHOUSE que la sentencia apelada no consideró indemnizable).

La resultante de esa deducción (3.082.687 - 153.838,20 €) es la suma de 2.928.848,80 €. A partir de ella, para la determinación final del daño emergente habrán de llevarse a cabo las operaciones de actualización para el periodo 2007-2010 mediante aplicación de los tipos medios de interés para bonos del tesoro a 5 y



10 años, según se indica en la página 69 del informe MARKETINGROUP (porcentajes del 4,16 % para 2007, 4,09 % para 2008, 2,97 % para 2009 y 3,17 % para 2010) y de acuerdo con la sistemática propuesta por dicho informe. Se ha de indicar a este respecto que, si bien varias de las demandadas se opusieron en la instancia anterior a la propia metodología de actualización de valor propuesta por el informe MARKETINGROUP, lo cierto es que tales motivos de oposición no han sido reproducidos en esta instancia. La única objeción sobre el particular es la planteada en su recurso por parte de ASEFA, pero a través de ella no se cuestiona la metodología ni los tipos de actualización propuestos por el informe MARKETINGROUP sino que lo que se denuncia es solamente el padecimiento por parte de la sentencia apelada de un mero error aritmético a la hora de acometer el cálculo correspondiente, objeción que, por su propia naturaleza, no podría ser sustanciada a través de un recurso de apelación al disponer esa clase de disfunciones de un cauce procesal específico para obtener su remedio o subsanación (Art. 214-3 de la L.E.C .). Sea como fuere, en función de los datos numéricos precedentes, consideramos conveniente derivar a la fase de ejecución de sentencia la práctica de los cálculos de actualización, lo que resulta admisible por tratarse del desarrollo de meras operaciones aritméticas (Art. 219-1 de la L.E.C .).

Llegados a este punto, nos parece conveniente aclarar que en nuestra opinión el cálculo integral durante la totalidad del periodo decenal de garantía de la siniestralidad previsible haría que también resultase justo incluir el daño emergente que propone el informe MARKETINGROUP en su página 72, incremento dañoso correspondiente a la parte de las primas de los seguros concertados en el año 2007 que aún no han sido percibidas por parte de MUSAAT (3.647.946 €). No obstante, hay que tener en cuenta que la sentencia apelada no incluyó tal concepto dentro del cómputo del daño emergente y que dicho pronunciamiento fue consentido por MUSAAT al abstenerse de recurrir en apelación dicha resolución, razón verosímil por la cual las apelantes no han reproducido en esta instancia algunos argumentos específicamente esgrimidos en la precedente para combatir la procedencia de contemplar ese factor. En tales circunstancias, un hipotético pronunciamiento por el que esta Sala tomase en consideración tal incremento incurriría en vicio de incongruencia provocando la indefensión de las apelantes.

También debemos indicar que el debate que introduce SCOR acerca del incremento estadístico de la siniestralidad en el último periodo de la cobertura decenal no nos parece relevante: si se ha alcanzado la conclusión de que el 2,98 % es una buena medida de la tasa de siniestralidad esperada y si dicho índice ha sido aplicado a la totalidad de las primas que se toman en consideración, resulta indiferente cuál pueda ser el ritmo o la distribución interna (dentro del periodo decenal) de la siniestralidad. De hecho, proponiendo SCOR una tasa de siniestralidad del 33,41 %, en ningún momento llega a sugerir en su recurso -con buen criterio a nuestro juicio- que esa tasa deba incrementarse por razón de la desigual frecuencia de siniestros que pueda resultar observable en las diferentes etapas comprendidas dentro del periodo decenal contemplado.

Finalmente, aunque sin desarrollarlo argumentalmente, hace alusión SCOR en su recurso a la necesidad de minorar la cuantía del daño por razón del *"valor que la cesión de una parte adicional del riesgo asumido"* comporta para MUSAAT, con lo que, aún sin decirlo, parece realizar un tímido y no concluyente reenvío al argumento desarrollado en las páginas 47 y 48 del informe DELOITTE. Ahora bien, una somera lectura de esa parte del informe nos evidencia que es la propia DELOITTE quien reconoce que no puede calcular dicho concepto sin disponer de la base de datos de siniestros asociados al seguro decenal de MUSAAT. Y una vez más hemos de señalar que no nos consta que SCOR haya llegado a adoptar en el proceso iniciativa probatoria alguna tendente a obtener conocimiento de esa base de datos. En todo caso, como acabamos de indicar, se trata de un argumento que la propia apelante SCOR no ha juzgado conveniente exponer y desarrollar en su recurso por lo que, de acuerdo con el Art. 465-5 L.E.C ., deberíamos considerarlo apartado de la presente instancia.

En vista, pues, de los precedentes planteamientos en su conjunto, los recursos de apelación habrán de ser parcialmente estimados.

SEXTO .- Estimándose parcialmente los recursos de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de ASEFA S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SCOR GLOBAL P & C S.E. y CAJA DE SEGUROS



REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y RASEGUROS contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Revocar parcialmente dicha sentencia en el exclusivo sentido de fijar la indemnización por razón de daño emergente que ASEFA S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SCOR GLOBAL P & C S.E. y CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS deberán satisfacer solidariamente a MUSAAT, MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA en la suma de 2.928.848,80 €, suma que en periodo de ejecución de sentencia deberá ser parcialmente actualizada mediante aplicación a la parte del daño correspondiente a siniestros del periodo 2007-2010 de los tipos medios de interés para bonos del tesoro a 5 y 10 años que se indican en la página 69 del informe MARKETINGROUP (porcentajes del 4,16 % para 2007, 4,09 % para 2008, 2,97 % para 2009 y 3,17 % para 2010) de acuerdo con la sistemática establecida en dicho informe y con el límite máximo de 3.550.615,7 €. Todo ello manteniendo -como mantenemos- los restantes pronunciamientos de la resolución apelada.

3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por los recursos de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procedase a la devolución a las apelantes del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.