



Roj: **STS 2516/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2516**

Id Cendoj: **28079130032015100172**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/06/2015**

Nº de Recurso: **486/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PEDRO JOSE YAGÜE GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5306/2012,**
STS 2516/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Junio de dos mil quince.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 486/2013 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 18 de Diciembre de 2012 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 861/2009, sobre sanción en materia de defensa de la competencia; es parte recurrida Munchener RUCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT, SUCURSAL ESPAÑA Y PORTUGAL, representada por el Procurador Dn. José Ramón Pérez García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Munchener RUCKVERSICHERUNGS-GESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT in München (en adelante, "Munich RE") interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 861/2009 contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de Noviembre de 2009 que en el expediente S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal, acordó:

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

SEGUNDO.- Declarar responsables de esta infracción a Asefa, S.A. Compañía Española de Seguros y reaseguros; Mapfre Empresas Compañía de Seguros y reaseguros, S.A.; Mapfre RE Compañía de reaseguros, S.A.; Caja de Seguros Reunidos, Compañía de Seguros y reaseguros, S.A.; Scor Global P&C, S.E.; Munchener Rückversicherungs-Gelleschaft Aktiengesellschaft in München; Swiss Reinsurance Company; y Suiza de reaseguros Ibérica, Agencia de reaseguros, S.A.

TERCERO.- Imponer una multa de: 27.759.000 Euros a Asefa, S.A. Compañía Española de Seguros y reaseguros. 21.632.000 Euros a Mapfre Empresas Compañía de Seguros y reaseguros, S.A.; Mapfre RE Compañía de reaseguros, S.A. 14.241.000 Euros a Caja de Seguros Reunidos, Compañía de Seguros y reaseguros, S.A. 18.599.000 Euros a Scor Global P&C, S.E. 15.856.000 Euros a Munchener Rückversicherungs-Gelleschaft Aktiengesellschaft in München. 22.641.000 Euros a Swiss Reinsurance Company y Suiza de reaseguros Ibérica, Agencia de reaseguros, S.A.

CUARTO.- Ordenar a todas las empresas sancionadas la publicación de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado, y su parte dispositiva en la sección de economía de dos diarios de ámbito nacional de mayor difusión,



a costa de las autoras de la infracción. En caso de incumplimiento se impondrá a cada una de ellas una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

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

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

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

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, de 16 de Abril de 2010, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia *"por la que, con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:*

i. Anule en su integridad la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, recaída en el expediente número S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal de la Competencia de 18 de octubre de 2007, que imputa a Munchener Rückversicherungs-Gesellschaft Aktiengesellschaft in München la realización de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la LDC 16/1989, le intima para que se abstenga de realizar esa conducta en el futuro y le impone una multa de quince millones ochocientos cincuenta y seis mil euros (15.856.000 €).

ii. Subsidiariamente, para el caso de que esa Ilma. Sala considere que procede sancionar a mi representada, anule parcialmente la referida resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, reduciendo el importe de la multa impuesta, en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico IX de esta demanda".

Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 21 de Octubre de 2011, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia *"por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante".*

CUARTO.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 13 de Febrero de 2012 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, dictó sentencia con fecha 18 de Diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *"Fallamos: Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Pérez García en nombre y representación de Munchener, contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, que anulamos por su disconformidad a Derecho. Sin empresa imposición de costas."*

QUINTO.- Con fecha 23 de Abril de 2013 la Administración demandada interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 486/2013 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción "del artículo 1.1 de la LDC en relación con el artículo 81.1 TCE (101 TFUE) y la jurisprudencia dictada en su aplicación".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción "del artículo 1.1 de la LDC en relación con el artículo 81.1 del TCE (101 TFUE) y la jurisprudencia dictada en su aplicación".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción "del artículo 1.4 de la LDC en relación con el artículo 81.3 TCE (101.3 TFUE) y con el Reglamento (CE) nº 358/2003, de la Comisión, de 27-02-2003, 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".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción de "los artículos 24 de la Constitución , 60.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), así como la jurisprudencia que se citará al desarrollar este motivo".

SEXTO.- Por escrito de 16 de Septiembre de 2013 "Munich RE" se opuso al recurso de casación y suplicó se dictara *"sentencia en la que se desestime íntegramente el recurso de casación formulado, con imposición de costas conforme al artículo 139.1 de la LJCA "*.

SÉPTIMO.- Con fecha 10 de Septiembre de 2013 tuvo su entrada en el Registro General del Tribunal Supremo escrito del Servicio Jurídico de la Comisión Europea.

OCTAVO.- Por providencia de 26 de Septiembre de 2013 la Sala acordó:



"El anterior escrito del Servicio Jurídico de la Comisión Europea únase a los autos de su razón. Se tiene por formulada por la citada Comisión una petición formal para la presentación de observaciones escritas en este recurso de casación número 486/2013, al amparo de lo dispuesto en el artículo 15.3º del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Dése traslado del referido escrito a las partes del proceso para que, en relación con su contenido, formulen en el plazo común de diez días las alegaciones que a su derecho convengan."

NOVENO.- El Sr. Abogado del Estado presentó sus alegaciones con fecha 9 de Octubre de 2013 en el sentido de que *"acepte la petición de intervención de la Comisión Europea acordando un plazo para ello y remitiendo la documentación requerida"*.

DÉCIMO.- "Munich RE" evacuó el trámite conferido el 11 de Octubre de 2013.

DÉCIMO-PRIMERO.- El 24 de Octubre de 2013 la Sala dictó al siguiente providencia:

"Vistas las alegaciones que las partes han formulado en el trámite abierto por la providencia de 26 de septiembre de este mismo año, dése traslado a la Comisión Europea, representada por los agentes que reseña en su escrito registrado el 10 de septiembre de 2013, del escrito de interposición del presente recurso de casación número 486/2013 y del de oposición a aquél.

Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se concede un plazo de treinta días a la Comisión Europea, a partir de la recepción de los referidos documentos, para que presente sus observaciones escritas. De ellas se dará traslado ulterior a las partes del proceso a fin de que puedan formular, sobre su contenido, las alegaciones que consideren oportunas, en aras a preservar su derecho de defensa."

DÉCIMO-SEGUNDO.- Con fecha 13 de Diciembre de 2013 tuvo su entrada en el Registro General del Tribunal Supremo escrito con las observaciones remitidas por la Comisión Europea.

DÉCIMO-TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado presentó sus alegaciones por escrito de 23 de Enero de 2014 y suplicó a la Sala que *"haga un pronunciamiento estimatorio del presente recurso de casación"*.

DÉCIMO-CUARTO.- Con fecha 4 de Febrero de 2014 "Munich RE" evacuó el trámite conferido.

DÉCIMO-QUINTO.- Por providencia de 2 de Febrero de 2015 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su votación y fallo el día 12 de Mayo siguiente. Por necesidades del servicio, se dejó sin efecto el señalamiento que venía acordado y se señaló nuevamente para el día 2 de Junio de 2015, fecha en que tuvo lugar el acto, designándose Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil.

DÉCIMO-SEXTO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 18 de Diciembre de 2012 , estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Munchener Rückversicherungs-Gesellschaft Aktiengesellschaft in München" (en adelante, "Munich RE.") y anuló la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de Noviembre de 2009 recaída en el expediente sancionador S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal.

SEGUNDO.- La sentencia impugnada dice así:

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

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



- Imponer a Munich RE. una multa de 15.856.000 euros (quince millones ochocientos cincuenta y seis mil euros);
- Ordenar la publicación del texto íntegro de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado y de su parte dispositiva en la sección de economía de dos diarios de ámbito nacional de mayor difusión.

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

Frente a esa misma Resolución del Consejo de la CNC se han seguido en la Sala, además de éste, los recursos nº 864, 865, 866 y 869/2009.

2. La Resolución administrativa impugnada contiene un apartado de 'Hechos Probados' en el que se recogen los hechos en los que se sustenta la imputación de la actora (y de las demás sancionadas); ello no obstante, comienza describiendo cada una de las compañías interesadas (páginas 7 a 12), para continuar con la referencia al mercado de seguro de daños a la edificación y su reaseguro en España y, más concretamente, haciendo referencia al seguro de daños a la edificación (artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación), a las características del Seguro Decenal obligatorio de daños a la edificación, fecha en que entró en vigor la LOE (disposición adicional 2^a), y a diversas disposiciones más, continuando haciendo un análisis de las diversas disposiciones del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Real Decreto Legislativo 6/2004); sigue analizando la evolución del mercado de seguro de daños a la edificación, la oferta en el mercado de seguros de daños a la edificación, el reaseguro del seguro de daños a la edificación, la estructura y evolución del mercado de reaseguro del seguro de daños a la edificación en España y es ya en la página 23 cuando encontramos la referencia propiamente dicha a los hechos (apartados 4 a 39), cuya síntesis, y a modo de conclusión, sin embargo se contiene, de forma también heterodoxa en los 'Fundamentos de Derecho' (página 40 de la Resolución) donde podemos leer:

'Primero.- Normativa aplicable.

A modo de conclusión del relato de los hechos que se consideran acreditados en el PCH, en la PR la DI considera que 'Ha quedado acreditado que las Aseguradoras Asefa y Mapfre Empresas y las reaseguradoras Suiza, Scor y Munchener adoptaron en 2001 un acuerdo para la fijación de unos precios mínimos (tasas mínimas, primas mínimas, recargos mínimos y valores del metro cuadrado construido mínimos) en el seguro de daños a la edificación.

Los términos del acuerdo quedaron recogidos en el documento denominado 'medias correctoras SDD' y posteriormente fueron traspasados a las guías o manuales de suscripción y tarificación que utilizaron las Aseguradoras para tarificar los riesgos, tanto las que se han participado en el acuerdo (Asefa, Mapfre Empresas y Caser) como otras Aseguradoras (Mussat, Sabadell Aseguradora, Catalana Occidente, Vitalicio...) obligadas por los reaseguradores.

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

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

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

En definitiva, los hechos relevantes son los siguientes:

- La celebración de un acuerdo de precios mínimos para el SDD, celebrado en diciembre de 2001 y formalizado en el documento 'Medidas Correctoras SDD- 2002'. Según la Resolución, y como luego veremos, un conjunto de contactos que se produjeron en 2001 habría conducido a la celebración de ese supuesto acuerdo entre dos Aseguradoras (Asefa y Mapfre) y tres reaseguradoras (la hoy actora, además de Scor y Suiza).



- La puesta en práctica de un acuerdo de precios mínimos, a través de las guías y manuales de suscripción y tarificación adjuntados por las reaseguradoras a los contratos de reaseguro, en los que, de manera uniforme y homogénea -según la Resolución- se habrían recogido esos "precios mínimos" pactados por los miembros del cartel.

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

La Resolución impugnada se refiere a otro grupo de hechos en los que se describe la manifestación del cártel en el período 2006-2007 con la adopción de medias de boicot o retorsión. En todo caso, la propia Resolución excluye a Munich RE de esa conducta: 'tampoco existe prueba de que MRSEP (Munich RE) haya participado en actuaciones de boicot o retorsión' (fundamento jurídico décimo bis de la Resolución, página 80).

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

- 'En 2001 se produjeron los primeros contactos entre Suiza, Munchener, Scor, Asefa y Mapfre Empresas (folios 6446 a 6451, 6463, 6471, 6481 a 6484 y 6498) para negociar un incremento de las tarifas y establecer unas condiciones de suscripción homogéneas para todo el mercado (folios 6447 a 6498). En la documentación figura Mapfre Industrial, ya que con anterioridad a 2005 Mapfre Empresas se denominaba Musini, Sociedad Anónima de Seguros y reaseguros (Musini). Además, en ese año Mapfre Empresas absorbió a Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros y reaseguros que era la entidad encargada del seguro de daños a la edificación hasta esa fecha.'

- 'Después del verano continuaron los contactos. De acuerdo con un documento interno de Asefa, con anterioridad al 30 de noviembre de 2001, tuvo lugar una segunda reunión en la sede de Suiza, a la que asistieron dos representantes de Mapfre Empresas, dos de Munchener, uno de Scor, dos de Suiza y cuatro de Asefa. En dicha reunión se siguieron tratando las medidas correctoras de ese seguro.'

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

- 'Los contratos de retrocesión suscritos entre Mapfre RE como cedente y Scor, Munchener y Suiza como retrocesionarios, incluyen en las condiciones particulares un apartado titulado observaciones en el que se establece que [...] (folios 5775, 5834, 5872, 5893, 5917, 6072, 6083 y 6094 confidenciales Mapfre RE). Aquí se refiere la CNC a la aplicación del acuerdo en enero de 2002 por algunos operadores (Caser, Musaat, Mapfre Empresas y Asefa). No se refiere a la recurrente sino para hacer referencia a los contratos de retrocesión suscritos entre Mapfre RE como cedente y Scor, Munchener y Suiza como retrocesionarios.'

- 'A lo largo de 2002 continuaron los contactos y reuniones entre las reaseguradoras Suiza, Munchener y Scor y la Aseguradora Asefa para lograr el cumplimiento de las condiciones mínimas por parte de todos los operadores del mercado del seguro decenal en España, tras haberse detectado ciertos retrasos e incumplimientos por algunos de ellos (folios 6452 a 6456).'

Además, Asefa sugirió a Scor la conveniencia de celebrar una reunión con Mapfre Empresas y los tres reaseguradores (Scor, Suiza y Munchener) para informar sobre la problemática detectada y propuso que tras dicha reunión, la líder de cada contrato de reaseguro junto con cada cedente visitara a cada una de las entidades financieras. 'Por último hay que preparar un último y final discurso a las Entidades Financieras y creo que sería muy conveniente que cada líder de los contratos, después de los últimos acuerdos que tomemos en la reunión que propongo, visite a cada entidad financiera con su cedente' (folios 6455 a 6456). A lo largo de 2002 continuaron los contactos y reuniones entre las reaseguradoras y la Aseguradora Asefa para lograr el cumplimiento de las condiciones mínimas por parte de todos los operadores del mercado del Seguro Decenal en España, tras haberse detectado ciertos retrasos e incumplimientos por algunos de ellos.'

- 'El 29 de abril de 2002, Suiza comunicó a Scor y a Munchener que Suiza había dado claras muestras de su preocupación por este seguro y de la necesidad de adoptar criterios mínimos de suscripción, por lo que estaba de acuerdo en participar en la reunión propuesta y en las que fueran precisas para lograr el estricto cumplimiento de las condiciones mínimas reflejadas en los contratos de reaseguro.'

- 'Como resultado de esos contactos, en una reunión celebrada el 7 de mayo de 2002 en la sede de Asefa, Munchener, Scor, Suiza y Asefa acordaron, entre otras cuestiones, que a partir del 1 de mayo de 2002 entrarían



en vigor las nuevas condiciones de mínimos acordadas y que se celebrarían reuniones de seguimiento una vez al mes, en las que se denunciarían los posibles incumplimientos detectados'.

Se han obtenido tres informes sobre dicha reunión: dos en la sede de Suiza y uno en la de Asefa, Suiza elimina de la lista de asistentes a la reunión a sus competidoras (Munchener Y Scor)'.

- 'El 17 de mayo de 2002 Asefa reiteró a Scor, Suiza y Munchener la necesidad de que advirtieran por escrito a las cedentes de que estaban obligadas al estricto cumplimiento de las condiciones de suscripción y también recordó la conveniencia de la creación del comité de seguimiento con representantes de las tres reaseguradoras, de Asefa, Mapfre y de las cedentes que lo desearan, para supervisar la aplicación de las nuevas condiciones.'

A continuación la Resolución se refiere a lo que denomina la 'Instrumentación del cártel a través de las guías o manuales de tarificación' refiriéndose a la hoy actora en el apartado 2.4 en los términos siguientes:

- 'También están incorporadas en el expediente guías con anagramas de las reaseguradoras Scor, Suiza y Munchener. No obstante hay que precisar que, independientemente del anagrama que figuren en las guías, en los casos en que éstas forman parte de los contratos de reaseguro, dichas guías vinculan a las entidades firmantes (Aseguradoras y reaseguradoras)'.

A continuación se detalla la vigilancia y sus denuncias:

- 'El 20 de junio de 2002, Allianz informó a Scor sobre la firma de un protocolo de Euromutua a tasas inferiores a las mínimas. Scor contactó ese mismo día con Asefa, Munchener y Suiza preguntándoles su parecer e indicando que había que cortarlo. Asefa contestó que estaba de acuerdo en cortarlo y que estaban a la espera de averiguar quienes eran los reaseguradores.

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

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

- En abril de 2003, Mapfre Empresas informó a Mapfre RE de que Asefa había ofrecido una tarifa sin incluir el recargo de renuncia a recurso contra constructor.

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

- En diversos informes internos, Scor mencionó que 'la tasa mínima impuesta es 0,55%' (folio 6256); o que 'la prima mínima de 2.000 euros es bien respetada a partir de 2003' (folio 6252); y en un correo hay una nota a mano preguntando, a propósito de una modificación de los contratos 'si es normal considerar que la guía de tarificación sea considerada como una recomendación y no como una obligación'. Traducción de la CNC: 'le taux minimum imposé étant de 0,55%', 'La prime minimum de 2000 E est bien respectée à partir de 2003.', 'est ce normal que le guide de tarification est considéré comme une recommandation et non comme une obligation?'.

- En diciembre de 2004 Vitalicio informó a Munchener, en su calidad de líder del contrato de reaseguro con Allianz, de que en la página web de Fénix Compañía, compañía del grupo Allianz, había un vínculo con la página web de la correduría Alfa Risk, en la que se podía cotizar on-line con resultados inferiores a las primas mínimas. A este respecto, Munchener contestó afirmando que: 'No es el primer corredor (ni será el último) que se lance a ofrecer decenal a condiciones que nadie sabe de donde salen, y con soportes cuando menos dudosos (ya conocemos el caso más sonado, y cómo acabó)" y que, tras una comprobación de dicha cotización on line, había llegado a la conclusión de que las tasas mínimas para edificios en altura y para unifamiliares se correspondían con las mínimas (0,55% y 0,7% respectivamente), si bien para las unifamiliares arrojaba una prima mínima neta de 1.800 euros en lugar de los 2.100 euros y que la tabla de valores de referencia del m2 no



estaba actualizada porque no les habían avisado o no se habían enterado de dicha actualización. Finalmente, Vitalicio trasladó a Scor la contestación de Munchener y le pidió absoluta discreción.'

Por último, se refiere la Resolución a lo que denomina 'Reacción de los miembros del cártel ante la no aplicación de los precios mínimos pactados' en el que poco o nada encontramos relevante en relación con la hoy actora, más allá de algún correo interno (Apartado 41) en el que precisamente se excluye a la actora y a algún otro almuerzo o contacto informal.

3. Los motivos alegados por la recurrente en la demanda son, en síntesis, los que a renglón seguido se relacionan:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto la Resolución razona y justifica la declaración de confidencialidad de determinada información, principalmente sobre cifras de negocio de las compañías, contratos de reaseguro y retrocesión suscritos entre las partes o con terceros, pólizas de seguro emitidas por las Aseguradoras y guías o manuales de tarificación. Se trata, en definitiva, de documentación necesaria para la investigación, siendo así que, además, el contenido de tal documentación en la medida en que resultaba indispensable para el pleno ejercicio del derecho de defensa por las partes imputadas fue desvelado por la Dirección de Investigación, en la medida en que elaboró



un cuadro en el Pliego de Concreción de Hechos y en la Propuesta de Resolución especificando qué primas, tasas y recargos mínimos concretos contienen las guías de tarificación y son coincidentes con los expresados en el documento 'medias correctoras SDD-2002'.

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

Hasta aquí el análisis de los motivos atinentes al procedimiento.

6. Y ya en cuanto al fondo del asunto, la cuestión medular planteada en el Recurso puede resumirse como sigue:

Mientras que la CNC entiende que ha existido un acuerdo anticompetitivo para establecer 'precios mínimos' del SDD (primas comerciales mínimas), con la finalidad de incrementar las tarifas y eliminar la competencia, la parte actora manifiesta que lo único que existió fueron contactos en relación con las condiciones técnicas de dicho seguro que permitían estimar su 'coste', de una manera expresamente admitida por la regulación sectorial aplicable (artículo 25.3 TRLOSSP). La demandante sostiene 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 acuerdo, según resulta de la propia Resolución y de la prueba practicada, que después analizaremos.

Previamente conviene hacer referencia a algunos de los factores relevantes que, a juicio de la Sala, han de tomarse en consideración a fin de interpretar de modo adecuado los hechos controvertidos.

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

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

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

Existe, por último y esto es fundamental, una especial caracterización del mercado en el ámbito de la actividad Aseguradora privada que ante todo viene condicionado por una obligación legal de 'suficiencia' de las primas comerciales aplicadas por la Aseguradora, estando prohibido lo que sería una venta a pérdida. El precio, en este caso las primas comerciales, deben ser 'suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad Aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas' (artículo 25.3 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados). Esencialmente, pues, la prima comercial o 'prima de tarifa' debe ser suficiente para cubrir el coste estimado del siniestro.

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

Del propio modo, la normativa comunitaria admite la cooperación entre entidades para calcular los principales costes del seguro mediante estadísticas comunes sobre el mismo tipo de siniestros, en la medida en que 'permite mejorar el conocimiento de los riesgos y facilita su evaluación por las distintas empresas. Esto puede facilitar, a su vez, la entrada en el mercado y beneficiar, por tanto, a los consumidores (artículo 3 del Reglamento



358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 TCE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros).

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

En este contexto y al respecto resultó muy ilustrativa la prueba pericial practicada en período probatorio, al dar razones que explicaban que en el momento de la implantación en España del Seguro Decenal, el mercado acudiese a la modalidad del 'seguro proporcional obligatorio' y a la fórmula de los 'cuadros del reaseguro'.

7. Es, pues, en ese contexto concreto en el que debe realizar la Sala el análisis de los hechos controvertidos y que, a juicio de la CNC, son constitutivos de la infracción sancionada.

La Resolución impugnada funda su calificación de práctica restrictiva de la competencia en la conjunción de las siguientes actuaciones: primero, la elaboración del documento 'Medidas Correctoras SDD-2002' que, a su juicio, constituye un acuerdo de fijación de precios mínimos suscrito en 2001, que califica de anticompetitivo en cuanto contrario, por su objeto, al artículo 1 de la LDC; segundo, la aplicación en las medidas de tarificación y suscripción por las entidades sancionadas de las condiciones resultantes de los acuerdos plasmados en el citado documento 'Medidas Correctoras SDD-2002'; tercero, el control del cumplimiento del acuerdo para la adopción de medidas frente a los firmantes del mismo que se apartasen de lo pactado; y cuarto, la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores del acuerdo anticompetitivo en cuestión.

Ahora bien, la realidad de los hechos probados, tanto en sede administrativa como en el seno del proceso seguido ante esta Sala, no permite extraer las conclusiones que desprende la Resolución de la CNC:

-Respecto del documento 'Medidas Correctoras SDD-2002' cabe sostener lo siguiente: 1) No reúne en sí mismo los elementos precisos para ser calificado como acuerdo de voluntades, sino que lo único que queda acreditado es que constituyó una propuesta formulada por Asefa a sus reaseguradoras (lo que describe la Resolución es el traslado por parte de Asefa de una propuesta a las reaseguradoras de su cuadro -Suiza y Scor-, así como Mapfre y las reaseguradoras de su cuadro -Suiza, Scor y Munich RE-) que, como luego se expondrá, no llegó a ser aplicado de forma unánime por las Aseguradoras y reaseguradoras sancionadas; particularmente, además, la recurrente no participó en la elaboración de dicho documento. 2) También resulta del contenido del citado documento, y ello no se niega por la Resolución impugnada, que el objeto del mismo era la búsqueda de criterios para el correcto cálculo de la prima de riesgo (así se alude a ello por los intervinientes como 'cuestiones técnicas', empleando expresiones tales como 'tasa de primas...para evitar el infraseguro' o 'Tasas mínimas aplicables a riesgos normales': Hecho Probado Séptimo de la Resolución), no la fijación de las primas comerciales, que es lo que propiamente constituye el precio del seguro; los 'acuerdos' versarían, no sobre la prima comercial, sino sobre el 'coste' puramente objetivo del producto y no sobre el importe de los descuentos y/o recargos adicionales a los clientes, ni tampoco sobre las comisiones que las reaseguradoras abonarían a las Aseguradoras, elementos todos ellos que son fundamentales en la fijación del precio del seguro pues, en definitiva, son los que determinan la prima comercial y afectan a la competencia. 3) La razón de estos contactos e intercambio de criterios (que no acuerdo) era evitar el riesgo de infraseguro en un Seguro Decenal de nueva implantación legal con carácter obligatorio y con una reciente experiencia negativa en el precedente inmediato internacional que, sobre la base de ese contraste de intercambio de pareceres sobre las condiciones técnicas mínimas de cobertura de los riesgos buscaban asegurar que se cubriera el coste de los siniestros de los riesgos que se cederían en el marco de los contratos de reaseguro proporcional obligatorio. 4) Finalmente, referido específicamente a la recurrente, también queda probado que después de la entrada en vigor del seguro obligatorio continuó aplicando mayores tasas de las que se reflejaban en el repetido documento 'Medidas Correctoras SDD-2002' (folios 8712 a 8714 del expediente administrativo, no cuestionados por la Administración demandada), lo que se compadece mal con un hipotético acuerdo de precios mínimos.

-En lo concerniente a la aplicación de los acuerdos plasmados en el documento 'Medidas Correctoras SDD-2002' en las guías de tarificación y suscripción y, aún dejando aparte que, como acaba de razonarse, no queda probado que existiera ese hipotético acuerdo de precios mínimos, lo cierto es que la propia Resolución impugnada reconoce que no existió homogeneidad de condiciones y que las 'tasas mínimas' funcionaban como referencia para establecer la prima de riesgo y no la prima comercial: 1) Así, contradictoriamente con el mantenimiento de la existencia de un cártel, que habría supuestamente trasladado a las guías de tarificación que acompaña a los contratos de seguro unos precios mínimos, reconoce paladinamente que las tasas adicionales no coinciden y, sobre todo, que algunas compañías 'aplican recargos o descuentos en función del tipo de suelo, pendiente, nivel freático, cimentación, tipo de estructura, etc.', añadiendo que esos "recargos o descuentos no formaron parte de los acuerdos", aspecto éste que también quedó aclarado en fase probatoria



mediante las contestaciones del perito en cuanto a su incidencia en la prima comercial, incidencia que, por lo demás, ni siquiera se valora en la Resolución impugnada. 2) Por lo demás, dicha Resolución reconoce explícitamente que, en el caso de las Aseguradoras reaseguradas por Munich RE, no se aplicaban siempre las mismas 'condiciones mínimas' que supuestamente habrían pactado los miembros

-Tampoco la Resolución impugnada da razón suficiente de las medidas de vigilancia que fueron adoptadas por la hoy actora más allá de simples comunicaciones (el correo citado en el Apartado 34 de la Resolución y que ni siquiera se pone en cuestión, como tampoco se tacha de ilícita la existencia de una comunicación de diciembre de 2004, a que también se refiere la CNC) y que no pasan de ser reacciones lógicas en el entorno competitivo existente cuando las Aseguradoras querían conseguir mejores condiciones para sus reaseguros.

-Finalmente, la propia Resolución impugnada reconoce en su Fundamento Jurídico 10º bis que Munich RE no participó en la conducta que califica como medidas de represalia frente a la Aseguradora Musaat, sin que tampoco pueda tener tal calificación la reunión de 20 de enero de 2007, a la que acudió la recurrente, cuyo objeto era la negociación del tratado de reaseguro, sin que de la misma se desprenda prueba alguna de adopción de medidas de represalia a Aseguradoras no participantes en el mismo. Y ninguna otra actuación de esta índole se imputa a la hoy actora en la Resolución de la CNC.

8. Pero si lo anterior pone de relieve la ausencia de prueba de la conducta que se imputa, la prueba practicada en este proceso a instancias de la actora arroja también evidencias concluyentes acerca de que no existió ninguna restricción de la competencia en relación con el seguro controvertido que pueda imputarse a la hoy actora; y ello si tenemos en cuenta lo siguiente:

Un primer dato relevante a estos efectos es el análisis que nos ofrece el informe pericial obrante en los autos y que pone de manifiesto que las primas comerciales medias de los contratos reasegurados por Munich RE presentan en el período considerado por la Resolución importantes fluctuaciones al alza y a la baja en un sentido opuesto lógicamente al que resultaría de la existencia de un cártel.

Las manifestaciones del perito sobre este punto avalarían también las conclusiones a que llega el Voto Particular discrepante de la Resolución a que antes nos hemos referido.

En segundo lugar, también la prueba resulta concluyente en favor de la tesis actora cuando afirma que las comisiones abonadas por Munich RE a distintas Aseguradoras varían de un caso a otro en el período considerado por la Administración, siendo como es un elemento clave al que, sin embargo, la Resolución impugnada no presta atención. Es, en efecto, un hecho probado que en la variable relevante para la competencia, y que es la que influye en la prima comercial que paga el cliente, no se aprecia una homogeneidad ni, menos, identidad alguna; sino que, por el contrario, podemos observar una fluctuaciones y una dispersión 'muy grande' -tal y como la califica el perito y efectivamente comprueba la Sala- de las comisiones abonadas, no sólo dentro del mismo año para distintas Aseguradoras sino a través del período considerado.

En esta misma línea argumental de la demanda, y efectivamente corroborada por la prueba practicada en autos, de que existió competencia efectiva en la variable relevante para el mercado (la comisión), también ha resultado probado que en el período 2002 a 2007, la hoy actora ganó y perdió clientes; cambió su participación en los cuadros del reaseguro y, en definitiva, tuvo una evolución propia de un entorno competitivo y radicalmente incompatible con la existencia de un cártel cuya existencia y como venimos diciendo, no ha sido corroborada sino desvirtuada por la prueba practicada.

También el informe técnico aportado da una razón plenamente lógica y explicable a la luz de la evolución del mercado inmobiliario español en el concreto período considerado (años 2002 a 2007), pues no cabe duda que el incremento de los precios entre 2002 a 2007 en el seguro Decenal y su correlativa bajada a partir de ese año, se explican por la evidente expansión de dicho mercado que, a su vez, propiciaría el incremento de las primas medias del seguro por el aumento del precio de la vivienda y el número de contratos; y correlativamente con la caída de la construcción y su precio, bajaría la demanda de este seguro y en consecuencia las primas correspondientes. Así lo corroboró el perito y resulta evidente simplemente a partir de la ley de la oferta y la demanda.

En conclusión, los hechos que se declaran probados en la Resolución impugnada no son suficientes para imputar a la actora la práctica anticompetitiva ante la existencia de diferencias notables en las condiciones aplicadas, especialmente en el caso de Munich RE, respecto de la que no existe evidencia de haber participado en el acuerdo inicial "sobre precios mínimos", ni desde luego en la puesta en práctica posterior, habiendo reconocido incluso la propia Resolución impugnada que la hoy actora, finalmente, no adoptó ninguna medida de boicot o represalia frente a otras compañías.

A mayor abundamiento, la actora ha justificado que la cooperación que tuvo lugar inicialmente entre Aseguradoras y reaseguradoras no se refería a precios comerciales mínimos, sino a estimaciones y cálculos



sobre los costes de cobertura del riesgo del nuevo seguro bajo una estructura de reaseguro proporcional obligatorio, siendo la necesidad de cubrir este coste del riesgo una exigencia legal que afecta tanto a las Aseguradoras como a las reaseguradoras, todo lo cual excluiría la antijuridicidad de la conducta sancionada en este caso.

9. De lo anterior deriva la procedencia de estimar el recurso con la paralela anulación de la Resolución impugnada por su disconformidad a Derecho."

TERCERO.- Antes de comenzar el estudio de los motivos de casación que esgrime el Sr. Abogado del Estado, conviene dejar constancia del hecho de las soluciones distintas que esta Sala ha dado a los recursos de casación en los que se impugnan sentencias de la Audiencia Nacional sobre la misma resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia, soluciones distintas que han sido originadas por dos datos esenciales, a saber, primero, la distinta hechura jurídica de las respectivas sentencias de instancia, todas ellas estimatorias de los recursos contencioso administrativos pero cada una con sus hechos probados propios afectantes a cada recurrente; y segundo, la específica configuración del recurso de casación como un recurso extraordinario donde solamente en casos excepcionales puede variarse por este Tribunal la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, es decir, donde sólo por excepción pueden no respetarse los hechos declarados probados por ésta.

CUARTO.- Y con esta advertencia, pasamos a examinar los motivos de casación esgrimidos por el Sr. Abogado del Estado, que hemos dejado transcritos en el quinto de los Antecedentes de hecho.

QUINTO.- En el primero (infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con el artículo 81.1 del TCE (artículo 101 TFUE), y la jurisprudencia dictada en su aplicación) se alega la vulneración de esos preceptos por haber considerado la Sala que el documento "Medidas Correctoras SDD" no reúne los requisitos precisos para ser calificado como acuerdo de voluntades, siendo así que el acuerdo de voluntades en el que se concreta la conducta ilícita está previsto en los preceptos vulnerados en un sentido amplio y no formalista, en el cual tiene perfecto encaje el documento titulado "Medidas Correctoras SDD", que aquí nos importa.

Este motivo debe ser rechazado. Cualquiera que sea la calificación que la sentencia da a ese documento, es lo cierto que en el fundamento de Derecho nº 7 (página 13 de la sentencia) la Sala declara probado, al hablar de ese documento, algo que hace inútil su caracterización, pues declara lo siguiente: *"particularmente, además, la recurrente no participó en la elaboración de ese documento"*. De manera que lo que ese documento representara dice poco, (en realidad, nada), respecto a "Munich Re": esta entidad es ajena al documento y no puede, por lo tanto, sancionarse por lo que en él se conviniera. La Sala de instancia insiste en su afirmación cuando en el penúltimo párrafo del fundamento de Derecho nº 8 (página 15) dice que *"respecto de `Munich Re? no existe evidencia de haber participado en el acuerdo inicial"* (añadimos nosotros, cualquiera que fuera el significado de ese acuerdo).

Esto por lo que se refiere al alegado acuerdo de voluntades.

SEXTO.- Debemos, no obstante, examinar las otras conductas en las que se concreta la infracción, a saber, la puesta en práctica de las medidas que se dicen acordadas, su seguimiento y control y las posibles medidas de represalias frente a los incumplidores, ya que la no participación en el acuerdo no significa que la actora no pudiera cometer la infracción, si llevó a cabo alguna de estas otras conductas.

En cuanto a la aplicación y vigilancia del supuesto acuerdo, la propia sentencia, en el pasaje ya citado de su página 15, afirma tajantemente que *"en el caso de `Munich Re?no existe evidencia de haber participado (...) en la puesta en práctica posterior"*, realizando la Sala afirmaciones que avalan esta conclusión, tales como que en el caso de las aseguradoras reaseguradas por "Munich Re" no se aplicaban siempre las mismas condiciones mínimas que supuestamente habrían pactado los miembros del cártel en cuestión, así como que en la resolución administrativa impugnada no hay razones suficientes para afirmar que la demandante adoptó medidas de vigilancia más allá de simples comunicaciones que no pasan de ser reacciones lógicas en el entorno competitivo existente cuando las aseguradoras querían conseguir mejores condiciones para sus reaseguros.

Debemos dejar constancia también de la valoración que la Sala de instancia hace del dictamen pericial obrante en autos y que demuestra (dice la Sala) que no existió ninguna restricción de la competencia en relación con el seguro decenal que pueda imputarse a la hoy actora.

A propósito de este extremo, hemos de precisar que esta consideración de la no restricción de la competencia no la traemos a colación con la finalidad (que el Sr. Abogado del Estado ataca en su escrito de interposición de la casación) de afirmar que si no hubo efectos en la competencia no hubo conducta anticompetitiva, ya que, en efecto, cuando ésta lo es por su objeto no se requiere la acreditación ni la producción de efectos. La traemos



a colación (sobre la base de que está probado que la actora no participó en la elaboración del documento) únicamente para destacar los datos de hecho que la sentencia expone para afirmar la no participación de "Munich Re" en la aplicación, seguimiento y control del supuesto acuerdo.

Destaca la sentencia de instancia como evidencias concluyentes, que extrae del dictamen pericial, las siguientes:

1ª.- Que las primas comerciales medias de los contratos reasegurados por "Munich Re" presentan en el período considerado importantes fluctuaciones al alza y a la baja, en un sentido opuesto lógicamente al que resultaría de la existencia de un cártel.

2ª.- Que las comisiones abonadas por "Munich Re" a distintas aseguradoras varían de un caso a otro en el período considerado, existiendo *"unas fluctuaciones y una dispersión muy grande -tal como la califica el perito y efectivamente comprueba la Sala- de las comisiones abonadas, no sólo dentro del mismo año para distintas aseguradoras sino a través del período considerado"*.

3ª.- Que ha quedado probado en autos que *"existió competencia efectiva en la variable relevante para el mercado (la comisión); que en el período 2002 a 2007, la hoy actora ganó y perdió clientes, cambió su participación en los cuadros del reaseguro, y, en definitiva, tuvo una evolución propia de un entorno competitivo. (...)"*.

Finalmente, la sentencia da cuenta de que la propia resolución impugnada afirma (como así es, página 80) que no hay prueba de que "Munich Re" hubiera participado en actuaciones de boicot o retorsión.

En conclusión, de los hechos declarados probados por la sentencia impugnada no se deduce que ésta haya infringido los preceptos que el Sr. Abogado del Estado cita en su primer motivo de casación.

SÉPTIMO.- En el segundo, el Sr. Representante de la Administración alega la infracción de los mismos preceptos, ahora por considerar la sentencia impugnada que el acuerdo sancionado no constituye ni puede calificarse como una infracción por objeto ya que existe una "explicación alternativa" de los hechos distinta a la existencia de una conducta prohibida, explicación alternativa que sitúa fuera del reproche antitrust la conducta enjuiciada.

Este motivo debe ser rechazado por una simple razón: no es cierto que la sentencia impugnada contenga ese razonamiento; es más, la sentencia ni siquiera cita la expresión "explicación alternativa" (que, por el contrario, sí existe en otras sentencias de la Audiencia Nacional sobre este mismo asunto).

Es verdad que la sentencia en su fundamento de Derecho nº 6, describe unos hechos históricos y unos datos jurídicos (v.g. el seguro decenal como novedad, el factor internacional, la exigencia legal de "suficiencia" de las primas comerciales, etc.), pero esto no constituye en absoluto una "explicación alternativa" sobre la que la Sala de instancia construya su estimación del recurso; la construye sobre otra base, a saber, la falta de prueba de que "Munich Re" cometiera la infracción por la que ha sido sancionada.

OCTAVO.- En el tercer motivo de casación el Sr. Abogado del Estado alega la infracción del artículo 1.4 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con el artículo 81.3 TCE (101.3 TFUE) y con el Reglamento (CE) nº 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; y ello, en criterio del Sr. Abogado del Estado, porque la sentencia valora como circunstancia excluyente del reproche antitrust el hecho de que el riesgo cubierto por el seguro decenal debe ser considerado un "riesgo nuevo". (Así resume el Sr. Abogado del Estado este motivo en el comienzo de su exposición).

Tampoco aceptaremos este motivo, por una razón parecida a la que se acaba de exponer: la Sala de instancia no estima el recurso contencioso-administrativo por la circunstancia de cubrir el seguro decenal "un riesgo nuevo". La Sala habla de que este seguro *"fue una novedad"* en España (página 11 de la sentencia) y también que fue *"de nueva implantación legal"* (página 13), pero esas expresiones no se utilizan para extraer de ellas consecuencias jurídicas, sino como explicaciones meramente históricas y descriptivas. Lo cierto es que el recurso contencioso-administrativo no fué estimado por ello, (por lo que este motivo de casación no es causal); la Sala estimó el recurso por la razón última que expone con toda claridad en la página 15 de la sentencia: *"En conclusión, los hechos que se declaran probados en la Resolución impugnada no son suficientes para imputar a la actora la práctica anticompetitiva ante la existencia de diferencias notables en las condiciones aplicadas, especialmente en el caso de Munich RE, respecto de la que no existe evidencia de haber participado en el acuerdo inicial "sobre precios mínimos", ni desde luego en la puesta en práctica posterior, habiendo reconocido incluso la propia Resolución impugnada que la hoy actora, finalmente, no adoptó ninguna medida de boicot o represalia frente a otras compañías. "*



NOVENO.- Por último, en el cuarto motivo de casación el Sr. Abogado del Estado alega la infracción del artículo 24 de la Constitución, del artículo 60.4 de la Ley de la Jurisdicción 29/98, del artículo 348 de la LEC y de la jurisprudencia que cita, y ello porque la Sala hace una valoración de la prueba ilógica, incoherente y arbitraria.

Rechazaremos el motivo. En la expresión "valoración de la prueba ilógica, incoherente y arbitraria" no puede tener cobijo cualquier desacuerdo con la valoración realizada por la Sala de instancia, porque ello sería tanto como permitir una reproducción del pleito en casación, lo que arruinaría la figura. La frecuencia con que ante esta Sala se expone este motivo, que por principio debería ser excepcional (por ser regla casacional la del respeto a los hechos declarados probados en la instancia) demuestra que se trata de un motivo mal entendido, pretendiéndose con él en realidad la reproducción del pleito y la ilegal conversión de la casación en una segunda instancia, todo lo cual explica el normal rechazo de este Tribunal a motivos semejantes.

El Sr. Abogado del Estado centra este motivo, sobre todo, en la circunstancia de haber hecho la Sala de la Audiencia Nacional suyas las afirmaciones del dictamen pericial, acogiéndolos a ciegas y literalmente, sin justificar ni razonar el por qué la tesis del perito ha de prevalecer sobre la argumentación de la resolución sancionadora.

Sin embargo, eso no sería en todo caso una valoración de la prueba pericial "ilógica, incoherente y arbitraria".

Para empezar, al inicio de sus conclusiones sobre la prueba pericial, la Sala dice lo siguiente: *"Pero si lo anterior pone de relieve la ausencia de prueba de la conducta que se imputa, la prueba practicada en este proceso... etc."*, lo que significa lisa y llanamente que lo dicho a partir de ese pasaje lo es sólo a mayor abundamiento.

Pero, además, esa valoración de la prueba pericial no carece de explicaciones; por ejemplo, la de que precisamente la resolución impugnada no presta atención a la variación de un caso a otro de las comisiones abonadas por "Munich Re" a distintas aseguradoras (lo que la Sala califica de "hecho clave"); o la de que la Sala -dice ella misma- ha comprobado la certeza de la observación del perito de haber existido fluctuaciones y una dispersión muy grande de las comisiones abonadas; o la de la llamada de la Sala a la simple regla de la oferta y la demanda para corroborar la conclusión del perito sobre la subida y bajada de las primas al hilo de la situación del sector inmobiliario, etc.

Como se ve, la aceptación de las conclusiones periciales no es acrítica, sino explicada y razonada. Nada de ilógico, incoherente o arbitrario hay en esa apreciación de las conclusiones periciales, ni, en general, en la valoración total de las pruebas obrantes en el pleito, sino un estudio riguroso y concienzudo del caso de autos.

DÉCIMO.- Por todas estas razones, procede declarar no haber lugar al presente recurso de casación, lo que conlleva la correspondiente y obligada condena en costas (artículo 95.3 de la Ley Jurisdiccional 29/98). La Sala, haciendo uso de la facultad que le otorga su artículo 139.3, fija en 4.000?00 euros como la máxima que por todos los conceptos puede reclamar la parte aquí recurrida, a la vista de los motivos de casación expuestos por el Sr. Abogado del Estado y de la oposición formulada a los mismos por la contraparte.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español, y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar al presente recurso de casación nº 486/2013 formulado por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada en fecha 18 de Diciembre de 2012 y en su recurso contencioso-administrativo nº 861/09 por la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Y condenamos a la Administración aquí recurrente en las costas de casación, en la forma dicha en el último de los fundamentos de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas Dª Maria Isabel Perello Domenech **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, estando celebrando la Sala en audiencia pública, de lo que como Secretaria, certifico.