



Roj: **STS 2397/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2397**

Id Cendoj: **28079130032015100162**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **22/05/2015**

Nº de Recurso: **2449/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil quince.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº **2449/2013** interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2013 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 877/2009 . Se han personado en las actuaciones como parte recurrida las entidades SWISS REINSURANCE COMPANY y SWISS REINSURANCE EUROPA, S.A. Sucursal en España, representadas por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado. También ha intervenido la COMISIÓN EUROPEA en calidad de *amicus curiae*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 10 de abril de 2013 (recurso nº 877/2009) en la que se acuerda estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de Swiss Reinsurance Company y Swiss Re Europe S.A., Sucursal en España, contra el acuerdo la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009 (expediente S/0037/08, Compañías Seguro Decenal) en el que, entre otros pronunciamientos, se impone a la entidad Swiss Reinsurance sanción de multa por importe de 22.641.000 euros como responsable de prácticas infracción del artículo 81.1.a/ del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del artículo 1.1.a/ de la Ley 16/1089, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

La referida sentencia fue "completada" por auto de la Sala de instancia de 6 de junio de 2013 en el que se declara el derecho de la recurrente al reembolso de los gastos del aval prestado en su día para obtener la suspensión cautelar del importe de la multa. Y contra este auto se dirige también el recurso de casación (específicamente, el motivo de casación tercero).

SEGUNDO.- El fundamento 2 de la referida sentencia extrae de la resolución sancionadora impugnada los siguientes hechos y datos relevantes:

<< (...) 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 2ª), 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 MÜNCHENER adoptaron en 2001 un acuerdo para la fijación de unos precios mínimos (tasas mínimas, primas mínimas, recargos mínimos y valores del metro cuadrado construido mínimos) en el seguro de daños a la edificación.

Los términos del acuerdo quedaron recogidos en el documento denominado "medias correctoras SDD" y posteriormente fueron traspasados a las guías o manuales de suscripción y tarificación que utilizaron las aseguradoras para rarificar los riesgos, tanto las que se han participado en el acuerdo (ASEFA, MAPFRE EMPRESAS y CASER) como otras aseguradoras (MUSSAT, SABADELL ASEGURADORA, CATALANA OCCIDENTE, VITALICIO...) obligadas por los reaseguradores.

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

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

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

En definitiva, los hechos relevantes son los siguientes:

- La celebración de un acuerdo de precios mínimos para el SDD, celebrado en diciembre de 2001 y formalizado en el documento "*Medidas Correctoras SDD-2002*". Según la Resolución, y como luego veremos, un conjunto de contactos que se produjeron en 2001 habría conducido a la celebración de ese supuesto acuerdo entre dos aseguradoras (ASEFA y MAPFRE) y tres reaseguradoras (la hoy actora, además de SCOR y SUIZA).
- La puesta en práctica de un acuerdo de precios mínimos, a través de las guías y manuales de suscripción y tarificación adjuntados por las reaseguradoras a los contratos de reaseguro, en los que, de manera uniforme y homogénea -según la Resolución- se habrían recogido esos "*precios mínimos*" pactados por los miembros del cartel.
- La adopción de medidas de vigilancia del referido acuerdo desde el año 2002 hasta el año 2007>>.

Los argumentos de impugnación que aducía la demandante en el proceso de instancia los sintetiza el fundamento tercero de la sentencia del siguiente modo:

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

- Caducidad del expediente sancionador.
- Nulidad de la Resolución por vulneración de las garantías del procedimiento.
- Prescripción.
- Inexistencia de la infracción. SWISS no ha participado en ningún acuerdo ni cártel para la fijación de precios mínimos.



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

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

En consonancia con esos argumentos de impugnación, en el suplico de la demanda se formulaba las siguientes pretensiones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La estimación del recurso contencioso-administrativo se sustenta en las razones que se exponen en los fundamentos 7, 8 y 9 de la sentencia, de los que extraemos los siguientes fragmentos:

<< (...) 7. [...] Como resulta del expediente administrativo, y es parcialmente admitido por la Administración demandada, existían razones que justificaban, en las fechas en que tuvieron lugar las reuniones entre las empresas expedientadas, los intercambios de información sobre el seguro decenal:

- La nueva instauración del seguro decenal en la ley de ordenación de la edificación entro en vigor el día 6 de mayo del año 2000.

- La experiencia previa sobre lo ocurrido en Francia como consecuencia de la constatada infratarificación.

- La especial estructura del negocio asegurador y la exigencia, en un seguro de las características del litigioso, de suscribir un contrato de reaseguro.

- La interrelación entre los contratos de seguro y los de reaseguro.

- Las diferencias entre las distintas modalidades de reaseguro.

La Resolución impugnada funda su calificación de práctica restrictiva de la competencia en la conjunción de las siguientes actuaciones: *primero*, la elaboración del documento "Medidas Correctoras SDD-2002" que, a su juicio, constituye un acuerdo de fijación de precios mínimos suscrito en 2001, que califica de anticompetitivo en cuanto contrario, por su objeto, al artículo 1 de la LDC; *segundo*, la aplicación en las medidas de tarificación y suscripción por las entidades sancionadas de las condiciones resultantes de los acuerdos plasmados en el



citado documento "*Medidas Correctoras SDD-2002*"; *tercero*, el control del cumplimiento del acuerdo para la adopción de medidas frente a los firmantes del mismo que se apartasen de lo pactado; y *cuarto*, la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores del acuerdo anticompetitivo en cuestión.

Ahora bien, la realidad de los hechos probados, no permite extraer las conclusiones que desprende la Resolución de la CNC:

-Respecto del documento "*Medidas Correctoras SDD-2002*" cabe sostener lo siguiente:

1) No reúne en sí mismo los elementos precisos para ser calificado como acuerdo de voluntades, sino que lo único que queda acreditado es que constituyó una propuesta formulada por ASEFA a sus reaseguradoras (lo que describe la Resolución es el traslado por parte de ASEFA de una propuesta a las reaseguradoras de su cuadro -SUIZA y SCOR-, así como MAPFRE y las reaseguradoras de su cuadro -SUIZA, SCOR y MUNICH RE-) que, como luego se expondrá, no llegó a ser aplicado de forma unánime por las aseguradoras y reaseguradoras sancionadas. 2) También resulta del contenido del citado documento, y ello no se niega por la Resolución impugnada, que el objeto del mismo era la búsqueda de criterios para el correcto cálculo de la prima de riesgo (así se alude a ello por los intervinientes como "*cuestiones técnicas*", empleando expresiones tales como "*tasa de primas...para evitar el infraseguro*" o "*Tasas mínimas aplicables a riesgos normales*": Hecho Probado Séptimo de la Resolución), no la fijación de las primas comerciales, que es lo que propiamente constituye el precio del seguro; los "*acuerdos*" versarían, no sobre la prima comercial, sino sobre el "*coste*" puramente objetivo del producto y no sobre el importe de los descuentos y/o recargos adicionales a los clientes, ni tampoco sobre las comisiones que las reaseguradoras abonarían a las aseguradoras, elementos todos ellos que son fundamentales en la fijación del precio del seguro pues, en definitiva, son los que determinan la prima comercial y afectan a la competencia. 3) La razón de estos contactos e intercambio de criterios (que no acuerdo) era evitar el riesgo de infraseguro en un Seguro Decenal de nueva implantación legal con carácter obligatorio y con una reciente experiencia negativa en el precedente inmediato internacional que, sobre la base de ese contraste de intercambio de pareceres sobre las condiciones técnicas mínimas de cobertura de los riesgos buscaban asegurar que se cubriera el coste de los siniestros de los riesgos que se cederían en el marco de los contratos de reaseguro proporcional obligatorio.

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

8. El artículo 1 de la Ley española de Defensa de la Competencia y el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea prohíben cualquier contrato, acuerdo o práctica concertada entre dos o más empresas que tenga el objeto o el efecto de impedir, restringir o distorsionar la competencia en España o en la Unión Europea.

Para que las conductas prohibidas puedan ser sancionables, no es necesario que el acuerdo o práctica en cuestión produzca de hecho un efecto perverso sobre el mercado, sino que es suficiente con que tal efecto perverso haya sido querido por las partes o sea posible en teoría.

La CNC considera que la finalidad de la conducta era anticompetitiva, lo que sitúa la infracción en el campo de aquellas que son contrarias a la LDC y el Tratado CE por su objeto, si bien, según la resolución, una vez más reproduciendo lo concluido por la DI, "*tuvo sus efectos, pues eliminó por completo la competencia en precios en todo el mercado del seguro decenal, puesto que los tomadores tuvieron que pagar como mínimo los precios pactados*" (fundamento jurídico décimo). Es decir, el acuerdo no solo era apto para afectar a la libre competencia, sino que la afectó porque "*en el año 2002 se produce un incremento de las tasas medias respecto a 2001 que prosigue en años posteriores*" y además "*el acuerdo de fijación de precios mínimos ha permitido a las empresas infractoras mantener sino mejorar su cuota conjunta de mercado, en un contexto de demanda creciente*".

Pese estas consideraciones, la resolución recuerda que no necesita acreditar sus efectos reales o potenciales sobre el mercado para concluir que constituye una conducta prohibida por los arts. 81.1 TCE y 1.1 Ley 16/1989.

La existencia de una explicación alternativa a la concertación antitrust ha sido admitida, para valorar conductas contrarias a la LDC por nuestro Tribunal Supremo, entre otras en las dos sentencias de 5 de octubre de 2009



según las cuales " *el examen del mercado en el que se produce el pacto colusorio puede ser útil para apreciar el alcance de la conducta concertada si contribuye a esclarecer, en un sentido o en otro, la conexión entre los hechos indiciarios probados y la conclusión de que, conforme a las reglas del criterio humano, se produjo aquélla. De modo singular, el análisis será procedente para explicar la racionalidad (o para excluir la irracionalidad) de las conductas imputadas sobre la base de la aplicación de la prueba de presunciones cuando el sector en cuestión, o las operaciones enjuiciadas, presenten ciertos rasgos que no se avienen con la utilidad económica -para sus autores- de algunos acuerdos colusorios. Y aquel mismo análisis será pertinente para deducir si, por su ocasionalidad, el acuerdo colusorio resulta una excepción más o menos coherente con la conducta habitual de las empresas imputadas.*"

Se han identificado en las consideraciones precedentes las concretas características, por las fechas, el carácter de riesgo nuevo, etc, del mercado del seguro decenal en España. Estas características determinan el comportamiento de las empresas aseguradoras. Si a esto se suma la regulación legal, nacional y comunitaria que permite los intercambios de información sobre el riesgo entre las empresas aseguradoras, la necesidad funcional de tales intercambios en el concreto momento histórico examinado, la no eliminación total de la competencia por la circunstancia de que no hay acuerdo alguno, ni intercambio de información sobre recargos o descuentos, ni las tasas suplementarias en los supuestos de edificios con mayor riesgo, puede concluirse que la conducta imputada, un acuerdo de precios mínimos tiene una explicación alternativa que sitúa los precios del seguro fuera del reproche antitrust.

La propia Comisión Europea estudiando un contrato de reparto de la siniestralidad, en el asunto P&I Clubs Pooling Agreement, y un contrato de seguro de ingeniería en Italia en el asunto 84/191 NUOVO CEGAM, tiene en cuenta las concretas circunstancias del mercado en el que tiene lugar, y que aun siendo una conducta contraria al art. 85 pfo. 1 del Tratado, si favorece el funcionamiento del mercado, puede no ser sancionable.

Lo que debe examinarse entonces es si se produjeron o no los efectos que según la CNC tuvieron lugar, si se han generado o no efectos anticompetitivos.

9. La resolución impugnada concluye que el acuerdo de precios mínimos eliminó por completo la competencia en precios y que ha permitido a las empresas infractoras no solo mantener sino mejorar su cuota conjunta de mercado en un contexto de demanda creciente.

La total eliminación de la competencia no ha quedado acreditada: la propia resolución impugnada admite la existencia de diferencias, cuya relevancia no es valorada en ningún momento por la Administración. A la CNC le corresponde la carga de probar que las diferencias en las guías de tarificación, las diferencias en tasas adicionales, recargos y descuentos, son irrelevantes como concluye.

El incremento de los precios se justifica, a juicio de la recurrente, por un aumento exponencial de la demanda, en un periodo de incontestable boom inmobiliario, que no estuvo acompañado de un incremento de la oferta. La resolución impugnada no analiza esta consideración, ni aporta razonamientos sobre las características del mercado asegurador y del mercado del reaseguro que se caracterizan por su intensa regulación, que constituye por si misma una barrera de entrada al mercado. Como ha señalado la doctrina, la regulación en este sector se justifica por las características de un mercado en el que sin intervención pública se producirían fallos en la asignación y contratación por el libre juego de la oferta y la demanda, siendo necesaria la intervención pública para garantizar el bienestar social.

De cuanto queda expuesto resulta que el análisis de efectos realizado por la resolución impugnada no encuentra soporte probatorio alguno, existiendo una justificación alternativa como ya se ha explicado.

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

Por tales razones la Sala de la Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de la Administración del Estado preparó recurso de casación y luego efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 2 de octubre de 2013 en el que el Abogado del Estado formula tres motivos de casación, todos ellos al amparo del artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . El contenido de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1/ Infracción de los artículos 1 , 4 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con el artículo 24 de la Ley 30/1995, de Seguros Privados , y el artículo 81.1 TCE (ahora artículo 101 TFUE) y de la jurisprudencia dictada en su aplicación. La recurrente discrepa de la afirmación la Sala de instancia de que el documento titulado "medidas correctoras SDD" no reúne los requisitos para ser calificado como acuerdo de voluntades, apreciación ésta que no se sustenta en el contenido del documento - pues la sentencia no lo examina- y que



es contraria a la jurisprudencia recaída en relación con los acuerdos anticompetitivos. La sentencia no ha tenido en cuenta que el documento "medidas correctoras SDD" incluye los criterios más importantes, técnicos y de tarificación que se pretendían homogeneizar en relación con la suscripción del seguro, que se celebraron muy diversas reuniones para poner en marcha el acuerdo de 2002, acordándose asimismo la celebración de reuniones de seguimiento una vez al mes en las que se denunciarían los posibles incumplimientos detectados (hecho probado 18 de la resolución administrativa), y, en fin, tampoco ha tenido en cuenta la sentencia la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores del acuerdo en cuestión (hechos probados 7, 10, 12, 13, 20, 25, 29 y 40 de la resolución). Aduce la Administración recurrente que los acuerdos de fijación de precios restringen la competencia, ya se lleven a cabo directa o indirectamente; que la existencia de una justificación alternativa de la conducta no permite exonerar de sanción a los acuerdos anticompetitivos por el objeto, en contra de lo que declara la sentencia; y, en fin, que también se produce la vulneración de los preceptos citados porque, a diferencia de lo que ha entendido la Sala de instancia, los efectos anticompetitivos no constituyen un elemento del tipo sancionador sino un elemento para cuantificar la sanción.

2/ Infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución , 60.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como de la jurisprudencia que se cita, pues la sentencia rechaza de modo ilógico e injustificado toda la prueba contenida en el expediente y acoge las conclusiones del recurrente. Además, todos los hechos que se dicen probados para justificar la inexistencia de la conducta sancionada se refieren a los efectos de la conducta, no a su realización. No es lógico que por el hecho de considerar que no se acreditaron ciertos efectos se concluya que no existiera el acuerdo, pues no existe relación de causalidad entre ambas cuestiones ni en la normativa aplicable se exige la acreditación de los efectos, cuando, además, existe un abundante acervo probatorio que acredita su existencia.

3/ Infracción de los artículos 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 141 y siguientes de la Ley 30/1992 , en relación con el auto de la Sala de instancia de 6 de junio de 2013 que complementa la sentencia recurrida, respecto del cual se amplió la casación mediante escrito de 12 de junio de 2013, cuando ya se había notificado la sentencia y preparado el recurso contra ella. Ese auto altera el fallo de la sentencia y estima la pretensión de indemnización por los gastos de aval que constituyó la parte para conseguir la suspensión de la resolución recurrida; y según la Administración recurrente la pretensión indemnizatoria no debe ser estimada porque constituye una petición de responsabilidad patrimonial de la Administración que debe dar lugar a la formulación de una reclamación en vía administrativa. En todo caso, los gastos del aval no pueden alcanzar más tiempo que el correspondiente a la sentencia de instancia, pues a partir de ese momento su ejecución y, por tanto, la anulación de la obligación de ingreso de la multa queda sometida a la regulación de la ejecución provisional de la sentencia.

Termina el escrito del Abogado del Estado solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y en su lugar se dicte otra en la que se declare ajustada a derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009 (expediente S/0037/08, Compañías Seguro Decenal).

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2013 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 21 de noviembre de 2013 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a cabo la representación de las entidades Swiss Reinsurance Company y Swiss Re Europe S.A., Sucursal en España mediante escrito presentado el 14 de enero de 2014 en el que expone las razones de su oposición a los motivos de casación formulados; y termina solicitando que se dicte sentencia inadmitiendo en parte los motivos primero y tercero y desestimando el recurso en todo lo demás, o, subsidiariamente, desestime íntegramente el recurso de casación, con imposición de las costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Entre tanto, habiendo presentado escrito el servicio jurídico de la Comisión Europea formulando petición formal para la presentación de observaciones en el presente recurso de casación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 15.3 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 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por providencia de esta Sala de 21 de noviembre de 2013 se acordó dar traslado de dicha petición a las partes personadas.

Tras mostrarse la Administración recurrente a favor de que la Comisión Europea formulase observaciones -escrito del Abogado del Estado de 22 de noviembre de 2013- y en contra la parte recurrida -escrito de 9 de diciembre de 2013-, esta Sala dictó providencia con fecha 16 de enero de 2014 en la que, al amparo de lo previsto en el artículo 15bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se concede a la Comisión Europea el plazo de treinta días para que presentase observaciones escritas.



La Comisión Europea formuló sus observaciones mediante escrito presentado el 20 de febrero de 2014 del que luego se dio traslado a las partes personadas en el recurso de casación para que en igual plazo de treinta días pudiesen formular alegaciones sobre el contenido de aquel escrito; lo que hicieron la Administración del Estado y la parte recurrida mediante escritos presentados con fechas 27 de febrero y 7 de abril de 2014, respectivamente.

SÉPTIMO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 12 de mayo de 2015, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº **2449/2013** lo interpone la representación procesal de la Administración del Estado contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2013 (recurso nº 877/2009) en la que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de Swiss Reinsurance Company y Swiss Re Europe S.A. sucursal en España, se anula el acuerdo la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009 (expediente S/0037/08, Compañías Seguro Decenal) en el que, entre otros pronunciamientos, se impone a la entidad Swiss Reinsurance sanción de multa por importe de 22.641.000 euros como 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 16/1089, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Ante todo debemos señalar que en esa misma resolución de la Comisión Nacional de la Competencia fueron sancionadas otras entidades aseguradoras y reaseguradoras que interpusieron diferentes recursos contencioso-administrativos contra la resolución sancionadora. Tales recursos fueron resueltos por otras tantas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que si bien coinciden en la decisión de estimar el recurso y anular de la sanción, sin embargo sustentan ese pronunciamiento estimatorio en razones y fundamentos jurídicos no siempre coincidentes. Ello ha dado lugar a que los recursos de casación interpuestos por la Administración del Estado contra aquellas sentencias de la Sala de la Audiencia Nacional (**recursos de casación 481//2013, 483/2013, 486/2013, 583/2013 y 1034/2013**, además del **recurso de casación 2449/2013** que ahora nos ocupa) hayan merecido respuestas diferentes por parte de esta Sala del Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- En el antecedente segundo han quedado reseñadas las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación que ha formulado la Administración recurrente, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero, sin que haya lugar a que nos pronunciemos de manera previa y diferenciada sobre la inadmisión parcial que propugna la parte recurrida respecto de los motivos de casación primero y tercero, pues las razones que aducen para la inadmisión parcial de esos dos motivos se intercalan y confunden con las que alega para su desestimación.

Pero antes de adentrarnos en el concreto examen de los motivos de casación procede que hagamos unas consideraciones de carácter general que resultan relevantes para el examen de las cuestiones suscitadas.

TERCERO.- Los títulos de imputación en los que se sustenta la resolución administrativa sancionadora los sintetiza acertadamente el fundamento jurídico 7/ de la sentencia recurrida en los siguientes términos:

<< (...) 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>> [los subrayados son nuestros].

Partiendo de esa base, la Sala de instancia aborda a continuación -en los últimos párrafos del propio fundamento 7/- los dos primeros apartados de aquel enunciado, esto es, los relativos al documento "Medidas Correctoras SDD-2002" y a la asunción por las entidades aseguradora y reaseguradoras de los criterios plasmados en aquel documento y su aplicación en las medidas de tarificación. Sin embargo, nada se dice en ese fundamento 7/, ni en ningún otro apartado de la sentencia recurrida, acerca de los otros dos puntos en los que la resolución sancionadora sustentaba la imputación, esto es, el control del cumplimiento del acuerdo



de 2002 para la adopción de medidas frente a los firmantes que se apartasen de lo pactado y la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores.

El hecho de que la Sala de instancia no haya hecho consideración alguna sobre estas dos últimas manifestaciones o facetas de la conducta examinada por la Comisión Nacional de la Competencia tiene indudable relevancia -volveremos sobre ello más adelante- no sólo porque tales prácticas de seguimiento/vigilancia y de represalia puedan constituir en sí mismas una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino porque su existencia puede y debe ser tomada en consideración a la hora de valorar el significado y alcance de lo acordado en el documento "Medidas Correctoras SDD-2002".

CUARTO.- En relación con lo anterior, debemos hacer una adición a lo expuesto en la sentencia recurrida cuando examina el régimen normativo aplicable al caso para diferenciar entre la "prima pura o de riesgo" y la "prima de tarifa comercial".

Dice al respecto la sentencia recurrida:

<< (...) Primas del seguro: la prima pura o de riesgo y la prima de tarifa comercial.

El artículo 25 del RDL 6/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (el artículo 24 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Seguros Privados, que sería de aplicación a las conductas entre 2002 y 2004, tiene la misma redacción) establece que las tarifas de primas deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y constituir las provisiones técnicas adecuadas. Asimismo, responderán al régimen de libre competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes. Las entidades aseguradoras podrán establecer ficheros comunes para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico actuarial para la tarificación y selección de riesgos.

De forma más detallada, los artículos 76 y 77 del RD 2486/1998 establecen que las tarifas de primas deberán fundamentarse en bases técnicas y en información estadística, de acuerdo con lo siguiente:

La prima de tarifa se ajustará a los principios de indivisibilidad, suficiencia y equidad, y estará integrada por:

- la prima pura o de riesgo,
- el recargo de seguridad, en su caso, y - los recargos necesarios para compensar a la entidad de los gastos de administración y adquisición, así como por el posible margen o recargo de beneficio. Los gastos de gestión de los siniestros se incluirán en todo caso en la prima pura.

Las bases técnicas deberán ser suscritas por un actuario de seguros y comprenderán, entre otros, los siguientes apartados:

- información estadística sobre el riesgo. Se aportará la estadística utilizada, el tamaño de la fuente, método de obtención, periodo al que se refiere, etc.
- recargo de seguridad, destinado a cubrir las desviaciones aleatorias desfavorables de la siniestralidad esperada y que deberá calcularse sobre la prima pura,
- recargos para gastos de gestión,
- recargo para el beneficio o excedente, que se destinará a incrementar la solvencia de la empresa,
- cálculo de la prima. En función de las bases estadísticas y financieras, se establecerá la equivalencia actuarial para fijar la prima pura que corresponda al riesgo a cubrir más los gastos de gestión de los siniestros. Tomando como base la prima pura y los recargos, se obtendrá la prima de tarifa comercial.

En consecuencia, sobre la base de la estructura del negocio (costes, volumen de pólizas contratadas, etc.) cada compañía aseguradora establecerá, para cada seguro que ofrezca, sus propias primas de tarifa comercial, con las que obtendrá unos resultados>>>.

Pues bien, esa reseña normativa que hace la Sala de instancia debemos completarla ahora con una expresa referencia al *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*. Del citado Reglamento -que vino a sustituir al Reglamento (CEE) nº 1534/1991, del Consejo, de 31 de mayo de 1991- interesa ahora destacar lo dispuesto en sus artículos 1 y 4, cuyo contenido es el siguiente:

<< *Artículo 1*



Exención

De conformidad con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado y con arreglo a lo dispuesto en el presente Reglamento, el apartado 1 del artículo 81 del Tratado se declara inaplicable a los acuerdos celebrados entre dos o más empresas del sector de seguros (en adelante denominadas "las partes") en los siguientes ámbitos:

a) el establecimiento y la difusión conjuntos de:

- cálculos sobre el coste medio de la cobertura de un riesgo determinado en el pasado (en adelante denominados "cálculos"),

- tablas de mortalidad y tablas de frecuencia de enfermedades, accidentes e invalidez (en adelante denominadas "tablas") en el ámbito de los seguros que implican un elemento de capitalización;

b) la elaboración conjunta de estudios sobre el probable impacto de circunstancias generales externas a las empresas implicadas, bien sobre la frecuencia o el alcance de los siniestros futuros para un determinado riesgo o categoría de riesgos, bien sobre la rentabilidad de distintos tipos de inversión (en adelante denominados "estudios"), y la difusión de los resultados de tales estudios;

c) el establecimiento y la difusión conjuntos de condiciones tipo no vinculantes de las pólizas de seguro directo (en adelante denominadas "condiciones tipo de las pólizas");

d) el establecimiento y la difusión conjuntos de modelos no vinculantes que ilustren los beneficios de una póliza de seguros que contenga un elemento de capitalización (en adelante denominados "modelos");

e) la constitución y el funcionamiento de agrupaciones de empresas de seguros o de empresas de seguros y empresas de reaseguros para la cobertura conjunta de una categoría específica de riesgos en forma de coaseguro o correaseguro, y

f) el establecimiento, el reconocimiento y la difusión de:

- especificaciones técnicas, normas o directrices relativas a aquellos tipos de dispositivos de seguridad para los que no existan a escala comunitaria especificaciones técnicas, sistemas de clasificación, normas, procedimientos o directrices que hayan sido armonizados de conformidad con la legislación europea sobre el libre movimiento de mercancías, y procedimientos para evaluar y certificar la conformidad de los dispositivos de seguridad con tales especificaciones, normas o directrices,

- especificaciones técnicas, normas y directrices para la instalación y el mantenimiento de dispositivos de seguridad, y procedimientos para evaluar y certificar la conformidad de las empresas que instalen o realicen el mantenimiento de los dispositivos de seguridad con tales especificaciones, normas o directrices.

[...]

Artículo 4

Acuerdos no cubiertos por la exención

La exención prevista en el artículo 1 no se aplicará cuando las empresas participantes se comprometan u obliguen mutuamente, u obliguen a otras empresas, a no utilizar los cálculos o tablas que difieran de los establecidos con arreglo a la letra a) del artículo 1, o a no desviarse de los resultados de los estudios mencionados en la letra b) del artículo 1 >>.

QUINTO.- Hechas las anteriores puntualizaciones, y entrando ya a examinar los motivos de casación, abordaremos de manera conjunta los dos primeros motivos que formula el Abogado del Estado, por estar estrechamente relacionados.

En el primer motivo de casación se alega la infracción de los artículos 1 , 4 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con el artículo 24 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados [a partir de 2005 resulta de aplicación el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre , que mantiene la misma redacción del artículo 24 de la Ley 30/1995], y el artículo 81.1 TCE (ahora artículo 101 TFUE), así como de la jurisprudencia dictada en su aplicación. Por su parte, y en la misma línea de razonamiento, en el motivo de casación segundo se alega infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución , 60.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como de la jurisprudencia que se cita, pues la sentencia rechaza de modo ilógico e injustificado toda la prueba contenida en el expediente y acoge las conclusiones del recurrente.

En el desarrollo del motivo primero el representante procesal de la Administración combate la afirmación que hace la Sala de instancia de que el documento titulado "medidas correctoras SDD-2002" no reúne los requisitos para ser calificado como acuerdo de voluntades, apreciación ésta que según la recurrente no se sustenta en el



contenido del documento, pues la sentencia ni siquiera lo examina, y que es contraria a la jurisprudencia recaída en relación con los acuerdos anticompetitivos. Aduce el Abogado del Estado que la sentencia no ha tenido en cuenta que el documento "medidas correctoras SDD-2002" incluye los criterios más importantes, técnicos y de tarificación que se pretendían homogeneizar en relación con la suscripción del seguro, que se celebraron muy diversas reuniones para poner en marcha el acuerdo de 2002, acordándose asimismo la celebración una vez al mes de reuniones de seguimiento en las que se denunciarían los posibles incumplimientos detectados (hecho probado 18 de la resolución administrativa), y tampoco ha tenido en cuenta la sentencia la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores del acuerdo en cuestión (hechos probados 7, 10, 12, 13, 20, 25, 29 y 40 de la resolución). Añade la Administración recurrente que los acuerdos de fijación de precios restringen la competencia, ya se lleven a cabo directa o indirectamente; que, en contra de lo que declara la sentencia, la existencia de una justificación alternativa de la conducta no permite exonerar de sanción a los acuerdos anticompetitivos por el objeto; y, en fin, que también se produce la vulneración de los preceptos citados porque, a diferencia de lo que ha entendido la Sala de instancia, los efectos anticompetitivos no constituyen un elemento del tipo sancionador sino un elemento para cuantificar la sanción.

Como complemento de lo anterior, en el motivo de casación segundo, después de criticar que la sentencia de instancia haya rechazado de modo ilógico e injustificado todos los elementos de prueba obrantes en el expediente y reseñados en la resolución sancionadora, el Abogado del Estado aduce que todos los hechos que la sentencia señala para justificar la inexistencia de la conducta sancionada se refieren en realidad a los efectos de la conducta y no a su realización, no siendo lógico que por el hecho de considerar que no se acreditaron ciertos efectos se concluya que no existió el acuerdo, pues no existe relación de causalidad entre ambas cuestiones ni en la normativa aplicable se exige la acreditación de los efectos, cuando, además, existe un abundante material probatorio que acredita su existencia.

Siendo ese, en síntesis, el contenido de los dos primeros motivos de casación, queda desde ahora anticipado que ambos motivos deben ser acogidos.

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.

SEXTO.- 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) nº 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, que vino a sustituir al Reglamento (CEE) nº 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) nº 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).

Es cierto que algunas de las manifestaciones de la conducta infractora que describe resolución de la Comisión Nacional de la Competencia no vienen referidas específicamente a la sociedad recurrente. Ahora bien, como tuvimos ocasión de señalar en un caso semejante - sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 2015 (casación 4182/2012)- el que no conste acreditada la intervención de la recurrente en todas y cada una de las manifestaciones de la conducta anticompetitiva no excluye que Suiza/Swiss RE deba ser considerada responsable de la infracción, al haber quedado acreditada su participación en otros hechos o facetas de la conducta infractora; ello sin perjuicio de que la menor amplitud o intensidad de la participación de cada una de las entidades en la conducta infractora pueda y deba encontrar reflejo, en virtud del principio de proporcionalidad, en la cuantificación de la sanción.

Pero lo que ahora debe destacarse es que en distintos apartados de la resolución sancionadora se hace expresa referencia a la participación de la entidad recurrente ("Suiza") tanto en las reuniones preparatorias del documento "Medidas Correctoras SDD- 2002" (hechos probados 5, 8 y 9) como en las reuniones y actividades que se desarrollaron con posterioridad (hechos probados 13, 16, 18 y 19), así como en la elaboración de las guías de tarificación (hecho probado 24) y en las actividades de seguimiento y control y de rechazo frente a los incumplidores (hechos probados 37 y 41). Y, siendo ello así, ya hemos señalado que la sentencia recurrida nada hace para rebatir o desvirtuar las apreciaciones de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la existencia y acreditación de tales prácticas de seguimiento y control y sobre la participación que tuvo ellas la entidad recurrente.

SÉPTIMO.- Establecido todo lo anterior, tiene razón el Abogado del Estado cuando señala -motivo de casación segundo- que la sentencia recurrida ha rechazado de modo ilógico e injustificado todos los datos y elementos de prueba obrantes en el expediente y reseñados en la resolución sancionadora; aunque, en realidad, más que rechazarlos lo que hace la sentencia es ignorarlos, pues, como hemos visto, la Sala de instancia ni siquiera alude a ellos.

También debe ser acogido el alegato que se formula en el mismo motivo segundo en el sentido de que los hechos que en la sentencia de instancia señala para justificar la inexistencia de la conducta sancionada se refieren en realidad a los efectos de la conducta y no a su realización, no siendo lógico que por el hecho de considerar que no se acreditaron determinados efectos se concluya que no existieron las prácticas anticompetitivas, pues cuando la conducta es infractora por su objeto no es exigible la acreditación de los efectos.

Por último, la "explicación alternativa" a que alude la sentencia recurrida (fundamento jurídico 8/), basada en el surgimiento de un hecho novedoso -la obligatoriedad del seguro decenal introducida por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación- y en la ausencia de datos estadísticos que permitiesen calibrar ese riesgo, podría servir para justificar la existencia de contactos y acuerdos dirigidos a la homogenización de criterios, pero en ningún caso pueden entenderse amparadas por esa explicación alternativa las diversas



prácticas de seguimiento y control, e incluso de represalia, cuya naturaleza anticompetitiva ya hemos dejado señalada.

OCTAVO.- Queda por examinar el motivo de casación tercero que, como vimos en los antecedentes, está dirigido contra el auto de la Sala de instancia de 6 de junio de 2013 que vino a complementar la sentencia recurrida declarando el derecho de la recurrente al reembolso de los gastos del aval prestado en su día para obtener la suspensión cautelar del importe de la multa.

Pues bien, sin necesidad de analizar los argumentos de impugnación aducidos por el Abogado del Estado, el motivo de casación debe ser estimado dado que el referido auto toma como premisa el pronunciamiento de la sentencia que anula la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia y deja sin efecto la sanción; premisa que se ha desvanecido al haber sido acogidos los dos primeros motivos de casación.

NOVENO.- Una vez establecido que la sentencia y el auto que vino a complementarla deben ser casados, procede que entremos a *resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate* (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Abordando entonces esa tarea, las mismas razones que hemos expuesto para acoger los motivos de casación primero y segundo nos llevan a concluir que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia es ajustada a derecho en cuanto declara que la conducta de la recurrente es constitutiva de 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); sin que sea de aplicación en este caso, por las razones que también hemos expuesto al examinar los motivos de casación, la exención contemplada en los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia , 81.3 TCE , (ahora artículo 101.3 TFUE) y su desarrollo en el Reglamento (CE) nº 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, que vino a sustituir al Reglamento (CEE) nº 1534/1991, del Consejo, de 31 de mayo de 1991.

Desestimada así la pretensión principal de la parte actora, en el fundamento jurídico séptimo de la demanda se aduce, con carácter subsidiario, que la sanción impuesta es inválida por infracción de los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución , al haberse vulnerado el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables en relación con la determinación del importe de la sanción. Según la recurrente, la Comisión Nacional de la Competencia ha aplicado, sin mencionarla, la Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009, dictada en desarrollo de la Ley 15/2007, que a su entender es más desfavorable que la normativa que resultaba aplicable por razón de las fechas de las conductas examinadas, que es la Ley 16/1989.

Este argumento de impugnación debe ser acogido.

Si se realizan las sencillas operaciones que propone la demandante se constata que, en efecto, la cuantificación de la multa se ha llevado a cabo siguiendo los pasos que marca la Comunicación de Multas de 18 de febrero de 2009 y aplicando los criterios que en ella se indican. Aunque la resolución sancionadora no menciona esa Comunicación, lo cierto es que a partir de las magnitudes de ingresos de los años 2002 a 2007 que la propia Suiza/Swiss RE había facilitado a la Comisión [27.943.000 € para el año 2002, 25.955.000 € para el 2003, 45.723.000 € para el año 2004, 89.826.000 € para el año 2005, 94.612.000 para el año 2006 y 81.643.000 para el año 2007, lo que supone un total para los seis ejercicios de 365.702.000 euros] la resolución aplica, sin mencionarlos, los coeficientes reductores previstos en el apartado 15 de la Comunicación de Multas (010 para el año 2002, 015 para el 2006, 025 para el 2004, 050 para el 2005, 075 para el 2006 y 1 para el 2007), pues sólo de ese modo se explica que la cifra total de volumen de ventas que la Comisión Nacional de la Competencia atribuye a la demandante no coincida con la suma de las cantidades declaradas por ésta (365.702.00 euros) sino que aparezca fijada en la resolución en 215.633.000 euros, que es precisamente la cifra que se obtiene aplicando al volumen de ventas el coeficiente reductor correspondiente a cada año. Y una vez determinada la cantidad base para el cálculo de la multa mediante la aplicación de los coeficientes correctores correspondientes a los distintos ejercicios, la resolución sancionadora sigue los pasos y criterios previstos en aquella Comunicación, siempre sin mencionarla; aplicando sobre aquella cantidad base el porcentaje del 10%, de donde resulta la cifra de 21.563.300 €, que se incrementa luego en un 5% por apreciarse la concurrencia de la agravante consistente en haber intervenido en la vigilancia y denuncia de los incumplimientos del acuerdo, lo que coincide con el incremento del 5% por agravante previsto en el punto 17 de la Comunicación de Multas. De todo ello resulta la cantidad de 22.641.000 €, que es la multa que se impone a Suiza/Swiss RE.

Como tuvimos ocasión de señalar en otro caso en el que la Comisión Nacional de la Competencia había procedido de un modo similar - sentencia de esta Sala 20 de abril de 2015 (casación 2064/2012)- resulta claro, por más que la resolución sancionadora haya pretendido camuflarlo, que << (...) *la cuantificación de la multa se llevó a cabo aplicando los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009. Y ello es contrario a derecho no sólo porque, como señala la recurrente, supone la aplicación retroactiva de un método*



de cálculo que fue ideado para la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, siendo en este caso de aplicación la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, sino porque incluso para los procedimientos sancionadores regidos por la Ley 17/2007 esta Sala, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), ha declarado en reiteradas ocasiones que "el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia">>.

Por tanto, el motivo de impugnación debe ser estimado pues, aunque la resolución sancionadora invoca expresamente lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, el cálculo de la multa no se ciñe en realidad a las bases y criterios de graduación establecidos en ese precepto sino que se determina aplicando los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009. Y aunque alguna de las circunstancias concurrentes que señala el fundamento séptimo de la resolución sancionadora es ciertamente incardinable en alguno de los apartados que enumera el artículo 10.2 del Ley de la Ley 16/1989, sucede que el procedimiento de cálculo seguido por la Comisión Nacional de la Competencia está viciado en su conjunto, por la aplicación que hace, siquiera de forma encubierta, de los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009.

DÉCIMO.- Conclusión. Compartimos el parecer de la Comisión Nacional de la Competencia -y discrepamos, por tanto, de la Sala de instancia- en cuanto a la existencia de la conducta infractora imputable a Suiza/Swiss RE; pero entendemos, que procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución sancionadora impugnada en lo que se refiere al importe de la sanción, aspecto éste en el que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia resulta contraria a derecho.

Como hemos explicado en el apartado anterior, procede la anulación del importe de la sanción por haber sido fijado aplicando un método de cálculo no conforme a derecho; debiendo ordenarse a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que determine la cuantía de la multa ciñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10; sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009; sin que en la nueva resolución que se dicte pueda imponerse una multa que supere el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución (artículo 10.1 de la Ley 16/1989); y, en fin, sin que en ningún caso pueda resultar una multa de cuantía superior a la sanción (22.641.000 euros) que ahora se anula.

UNDÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

FALLAMOS

1.- Ha lugar al recurso de casación nº **2449/2013** interpuesto en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2013 (recurso contencioso-administrativo nº 877/2009) y contra el auto de complemento de sentencia dictado por la misma Sala con fecha de 6 de junio de 2013, quedando ahora queda ahora anulada y sin efecto la referida sentencia así como el auto que vino a complementarla.

2.- Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de SWISS REINSURANCE COMPANY y SWISS RE EUROPE S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, contra el acuerdo la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009 (expediente S/0037/08, Compañías Seguro Decenal) en el que, entre otros pronunciamientos, se impone a las referidas entidades una sanción de multa por importe de 22.641.000 euros como responsables de una infracción del artículo 81.1.a/ del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del artículo 1.1.a/ de la Ley 16/1089, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, con los siguientes pronunciamientos:

A/ Anulamos la resolución sancionadora en lo que se refiere al importe de la sanción, ordenándose a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que determine el importe de la multa ciñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10; sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009; sin que en la nueva resolución que se dicte pueda imponerse una multa que supere el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución (artículo 10.1 de la Ley 16/1989); y sin que en ningún caso pueda resultar una multa de cuantía superior a la sanción (22.641.000 euros) que ahora se anula.



B/ Desestimamos en lo demás las pretensiones de la parte demandante.

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ