

## EL CARTEL DEL SEGURO DECENAL SALE DEL TRIBUNAL SUPREMO



**Francisco Marcos, [Francisco.marcos@ie.edu](mailto:Francisco.marcos@ie.edu)**

*El Tribunal Supremo corrige a la Audiencia Nacional y confirma el fondo de la resolución de la CNC de 2009 afirmando que hubo cártel, aunque utiliza para ello una singular construcción que se fija en el carácter anticompetitivo y prohibido de las medidas de control de cumplimiento y monitorización del acuerdo de fijación de precios, pero elude calificar expresamente aquel como prohibido.*

*De manera sorprendente y sin fundamento alguno para la distinción, en varios de casos el Tribunal Supremo revisa ampliamente la valoración de los hechos y la prueba declaradas por la Audiencia Nacional. Cuando la evidencia presente en la resolución de la CNC era común a todas las compañías y no se justificaba un tratamiento diferencial (aunque el Supremo estaba lastrado de las desastrosas sentencias que la Audiencia había dictado), inesperadamente MAPFRE y MUNICH se libran de sanción alguna.*

*Finalmente, la valoración final y conjunta de las sentencias del Supremo no puede ser positiva: al margen de que las diferencias de tratamiento a las dos compañías indicadas no parezcan justificadas, todos los pronunciamientos atestiguan una peculiar comprensión de las conductas anticompetitivas ocurridas en el mercado del seguro decenal entre 2002 y 2007. En efecto, es curioso ver lo que el Supremo considera anticompetitivo, pero más lo es quizás, comprobar que para el Supremo es posible que lo anticompetitivo ocurriera cuando sólo parte de las compañías estaban implicadas.*

La Sala Tercera (Sección 3ª) del Tribunal Supremo ha dictado hace unas semanas las seis sentencias (ROJ [ROJ TS2543/2015](#), [STS2536/2015](#), [STS2656/2015](#); [STS2516/2015](#), [STS2297/2015](#); [STS2369/2015](#)) que cierran la revisión judicial de la resolución de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 12 de noviembre de 2009 en el asunto del cártel del seguro decenal ([S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal](#)).

**La resolución de la CNC**

Como es sabido, la CNC sancionó a seis compañías de seguros y reaseguros (ASEFA, CASER, MAPFRE, MUNICH, SCOR y SWISS) con multas por importe total de casi 121 millones de euros por prácticas que evidenciaban la existencia de un cártel de fijación de precios mínimos en el seguro de decenal de daños a la edificación en España durante los años 2002-2007.

La CNC encontró evidencia no sólo del acuerdo inicial de precios mínimos datado el 5 de diciembre de 2001 (“medidas correctoras SDD2002”) –y de su vocación de extenderse a todo el mercado (dada la implicación de las principales reaseguradoras que operaban en el ramo del seguro decenal) -, sino también de los mecanismos destinados a asegurar su cumplimiento y control, con algunos ejemplos de las medidas adoptadas (incluyendo el boicot a MUSAAT) para impedir la bajada en los precios. También, aunque las consideraciones de la CNC y los datos utilizados son más discutibles en este punto, el cartel supuso la homogeneización de las primas de las aseguradoras en un producto que era de contratación obligatoria por los promotores inmobiliarios (permítase la referencia a la extensa descripción y análisis del cartel que realizamos en el [Connecticut Insurance Law Journal, vol18/2](#)).

### Las sentencias de la Audiencia Nacional

Tres años más tarde la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6<sup>o</sup>) de la Audiencia Nacional dictó seis sentencias que anulaban la resolución de la CNC con diversos fundamentos ([ROJ SAN 1/2013](#); [SAN5233/2012](#); [SAN1176/2013](#); [SAN5232/2012](#); [SAN5306/2012](#); [SAN1663/2013](#)), el principal era la discrepancia en la interpretación de los hechos considerados probados por la CNC que –para la Audiencia Nacional- no constituían una infracción de los artículos 1.1 de la [Ley de Defensa de la Competencia](#) y 101.1 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#). Según la Audiencia Nacional el comportamiento de las aseguradoras y reaseguradoras implicadas no podía considerarse un acuerdo propiamente dicho y, por ende, tampoco un cártel. Para la Audiencia Nacional respondía a las circunstancias especiales del mercado en aquéllos años posteriores a la introducción del seguro decenal obligatorio y a las características propias del seguro decenal y de la regulación del sector asegurador.

### Las sentencias del Tribunal Supremo

Dados los erróneos pronunciamientos de la Audiencia Nacional acerca de un eventual amparo del cártel en la vigente exención por categorías del sector asegurador (que Juan Santaló criticó con acierto en [Nada es Gratis](#)), la Comisión Europea se personó como *amicus curiae* en los recursos de casación ante el Tribunal Supremo (algo inusual, que ponía de relieve la gravedad del asunto, como nos hicimos eco en una [entrada anterior](#)).

La intervención de la Comisión Europea ante el Tribunal Supremo puede haber ayudado a despejar la falta de amparo en la exención en bloque del sector asegurador (ahora Reglamento UE nº [267/2010](#), de 24 de marzo de 2010, durante el cartel se trataba de los Reglamentos CEE nº [3932/92](#) y UE nº [358/2003](#)) de las conductas de las compañías sancionadas por la CNC.

Sin embargo, el Supremo elude en sus pronunciamientos la cuestión de si el acuerdo inicial del

cartel de 5 de diciembre de 2001 estaría amparado por la exención por categorías (se echa en falta una afirmación rotunda en sentido contrario), con el inteligente artificio de afirmar que lo que en ningún caso quedaría cubierto por la exención serían las medidas de control de cumplimiento y retorsión puestas en práctica con las compañías (véase FD6<sup>o</sup>, párrafo 1 de la STS de 22 de mayo, Swiss, *“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”*).

Hasta cierto punto cabe pensar que lo anterior es suficiente ya que permite al Tribunal Supremo anular la mayoría de las sentencias de la Audiencia Nacional, confirmando el carácter prohibido de la conducta de cuatro de las compañías (ASEFA, CASER, SCOR y SWISS), pero podría tener alguna incidencia en el nuevo cálculo de la multa por la Sala de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Además, ¿qué sentido tienen las medidas de cumplimiento y retorsión que el Tribunal Supremo condena si no existiera el eventual acuerdo previo cuyo cumplimiento aquéllas buscan asegurar? A mi juicio, la referencia que el Supremo realiza artículo 4 del Reglamento 267/2010 no es suficiente: el acuerdo sobre el que se fundaba el cártel no entraba en modo alguno en el marco de esa norma. Por ello, no está bien que ese cabo quede suelto: hubiera sido de agradecer que el Tribunal Supremo no sembrara dudas sobre algo que no puede ser de otra manera (el acuerdo de 5 de diciembre de 2001 es el primer eslabón del cártel del seguro decenal y queda, obviamente, fuera de la exención por categorías del sector asegurador).

### **MAPFRE y MUNICH no formaban parte del cártel**

Por otro lado, y este es quizás el pronunciamiento más novedoso y sorprendente, el Tribunal Supremo anula las condenas de la CNC a MAPFRE (€21'632 millones) y MUNICH (€15'856 millones), a los que exime de responsabilidad dada la falta de acreditación de su participación en la conducta por estas compañías (y a un error de la resolución de la CNC en lo relativo a la participación de MAPFRE en una reunión).

En descargo del Supremo puede decirse que está vinculado por los hechos considerados probados por la Audiencia Nacional y que no puede revisarlos, y que las variopintas sentencias de la Audiencia Nacional hacían difícil resolver la cuestión de manera enteramente satisfactoria. Sin embargo, esa vinculación existe también en el resto de los casos y ello no ha impedido que el Supremo reinterprete los hechos en aquellos. Adicionalmente, y esto es quizás lo más importante, la decisión del Tribunal Supremo sorprende porque la resolución de la CNC aparece plagada de indicios de la implicación en todo el entramado anticompetitivo de ambas compañías (MAPFRE y MUNICH). Y si esos datos e información sirvieron para condenar a ASEFA, CASER, SCOR y SWISS no se entiende porque no deberían de servir igualmente para condenar a MAPFRE y MUNICH. La evidencia de la resolución de la CNC era abundante sobre la participación de las seis compañías sancionadas por la CNC en la monitorización y control del cumplimiento del acuerdo de precios mínimos establecido.

Por otra parte, y esto dice bastante de la intelección que el Tribunal Supremo ha tenido del caso, las referencias particularizadas que en sus sentencias hace sobre las compañías y sus

curiosas alusiones a los “dos niveles” del presunto cártel [aquí el Supremo coincide con la Audiencia Nacional] revelan una singular comprensión del mismo con arreglo a la cual es posible que el cártel hubiera existido a pesar de que MAPFRE y MUNICH no hubieran participado en el mismo [aquí el Tribunal Supremo va más lejos, aunque no tanto como la insólita Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de Diciembre de 2012, [ROJ SAN5233/2012](#), que excluía la responsabilidad de CASER por falta de culpabilidad y confusión normativa –aunque para la Sala de la Audiencia en este caso existía conducta típica y antijurídica (¡que no la había sin embargo en los otros 5 casos restantes!)].

Lo anterior resulta verdaderamente llamativo, aunque para intentar extraer un sentido pueda entenderse que encaje con lo anteriormente dicho sobre la consideración - por el Tribunal Supremo- de que sólo las medidas de aplicación y cumplimiento del cártel estarían siendo juzgadas y condenadas. Ello, además, sería parcialmente coincidente con la sentencia del juzgado de lo mercantil nº 12 de Madrid de 9 de mayo pasado ([ROJ SJM M 118/2014](#)) que condena tan sólo a ASEFA, CASER y a SCOR (pero no a SWISS) a pagar a MUSAAT una indemnización de más de €3'5 millones por los daños y perjuicios derivados de los actos de boicot y retorsión de los cartelistas contra ella (sobre la que también hablamos en [otra entrada](#)).