

## AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

### Sección Vigésimooctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2017/0082933

### **Recurso de Apelación 292/2021**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario 535/2017

**APELANTE:** SCOR GLOBAL P&C IBERICA SUCURSAL

Procurador: D. Isidro Orquin Cedenilla

Letrado: D. Paul Hitchings

**APELANTE:** ASEFA SA SEGUROS Y REASEGUROS

Procurador: D. Ramón Rodríguez Nogueira

Letrado: D. Jon Aurrecoechea Garay

**APELADO:** REALIA BUSINESS, S.A.

Procurador: Dña. María José Bueno Ramírez

Letrado: D. Manuel Sánchez-Jáuregui y D. Pedro Suárez Fernández

### **SENTENCIA núm. 377/2022**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D./Dña. ANGEL GALGO PECO

D./Dña. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D./Dña. TERESA VÁZQUEZ PIZARRO

En Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil veintidós.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados Don Ángel Galgo Peco, Don Enrique García García y Doña María Teresa Vázquez Pizarro, ha visto, bajo el número de rollo 292/21, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2020 dictada por el Juzgado Mercantil número 2 de Madrid, en autos de Juicio Ordinario 535/2017.



## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid, dictó sentencia cuyo fallo es: “*ACUERDO Estimar íntegramente la demanda formulada por REALIA frente ASEFA, S.A COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS y frente SCOR GLOBAL P&C, S.E, y condeno a las demandas para que solidariamente abonen a la actora la cantidad 2.651.570,82 euros, cuantía que deberá ser incrementada en los intereses que resulte de aplicar los intereses legales calculados desde la interpelación judicial hasta su completo pago, sin condena en costas al apreciarse en el presente caso dudas de hecho*”.

**SEGUNDO.-** Publicada y notificada dicha resolución, por la representación de las entidades ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS y SCOR GLOBAL P&C, S.E. se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite sin que hubiera oposición de la parte contraria.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en esta Sección 28<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, se formó el presente Rollo y se han seguido los trámites legales, señalándose la deliberación y votación para el fallo del asunto el 7 de abril de 2022.

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

Ha actuado como ponente Doña María Teresa Vázquez Pizarro, quien expresa el parecer de la Sala.



## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Planteamiento del recurso.**

1.- REALIA BUSINESS, S.A. (en adelante, REALIA) ejercita en este procedimiento una acción indemnizatoria frente a ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS (en adelante, ASEFA) y frente a SCOR GLOBAL P&C IBÉRICA SUCURSAL (en adelante, SCOR), como responsables del sobreprecio que ha tenido que abonar la demandante en las pólizas de seguro Decenal de Daños contratadas en el periodo de duración del cártel declarado por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) mediante resolución de 12 de noviembre de 2009 en el expediente S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal. Los daños y perjuicios sufridos se cuantificaban en la cantidad de 3.169.234,07 €, y subsidiariamente en 3.090.557,46 € en base al informe pericial de HISPANIA ALFA COMPLETENESS, S.L.P., que después fue modificado al constatarse errores en los cálculos efectuados, fijándose la cantidad reclamada en 2.720.032,60 €, o subsidiariamente, en 2.651.570,82 €.

2.- La sentencia que ahora se recurre, estimó la demanda condenando solidariamente a las demandadas a pagar a la demandante la cantidad de 2.651.570,82 € y frente a dicha resolución se interpone recurso de apelación por las entidades ASEFA y SCOR.

3.- Los motivos de apelación invocados por ASEFA, resumidamente, son los siguientes:

-Los motivos primero y segundo se fundamentan en la alteración que se ha realizado en la sentencia de primera instancia, de la carga de la prueba respecto de la existencia de nexo causal en una reclamación de *umbrella damages*, ya que corresponde a la demandante (y no a ASEFA ni a SCOR), y, sin embargo, REALIA no efectuó tarea alguna para acreditar la existencia de nexo causal (es decir, de la existencia de causalidad entre los



precios impuestos por MAPFRE a REALIA y la existencia del cartel), sino que se limitó a confiar ciegamente en el contenido de la resolución de la CNC. La resolución de la CNC fue anulada respecto de la aseguradora de REALIA (MAPFRE), su reaseguradora (MAPFRE RE) y su retrocesionario (MUNICH RE), con lo que no era ni es posible confiar en la resolución a estos efectos. De hecho el Tribunal Supremo acogió la tesis de MAPFRE respecto de su libre fijación de los precios del seguro decenal (al margen del cartel). Su reaseguradora y su retrocesionario tampoco participaron en el cartel, con lo que no existe indicio alguno de que MAPFRE elevara los precios a REALIA como consecuencia del cartel. Si la carga de la prueba corresponde a REALIA, que no ha efectuado tarea probatoria alguna, y la resolución de la CNC no puede servir a estos efectos, procedía desestimar íntegramente la demanda de REALIA. Tras la exoneración de MAPFRE y MUNICH RE por la Audiencia Nacional y su posterior confirmación por el Tribunal Supremo, el relato de la práctica colusoria que realizó la CNC respecto a dichas empresas quedaría "cojo", lo cual es esencial a los efectos de esta *litis* porque se ejercita precisamente una reclamación de "*umbrella damages*" derivado de las pólizas suscritas con MAPFRE.

-Motivo Tercero. La valoración de la extensa prueba pericial practicada brilla por su ausencia y es notoriamente errada. De la prueba practicada se deriva claramente que existían motivos más que suficientes para desconsiderar el informe pericial de REALIA por tratarse de un dictamen erróneo, no fundamentado y basado en datos insuficientes. La Audiencia Provincial de Madrid y el Tribunal Supremo ya han ignorado informes de Alfa Completeness en el pasado por idénticas razones. Adicionalmente, el informe pericial de MAZARS incluye escenarios alternativos que están basados en un universo de datos muy superior (un 50% frente a un 0,03-0,05%) y que siguen la misma metodología que el de Alfa Completeness. Deberá acogerse preferentemente alguno de los escenarios alternativos de Mazars sobre el de Alfa Completeness, en caso de que se entienda que hubo traspaso aguas abajo.



-Motivo Cuarto. Error al ignorar la defensa del *passing-on* por entender que no sería aplicable temporalmente. Frente a ello, esta defensa fue legitimada por el Tribunal Supremo en el año 2013 como aplicable a hechos acaecidos en 1995 y 1996, por lo que sería completamente aplicable en esta *litis*. Asimismo, en la primera instancia quedó probado que REALIA habría repercutido en cualquier caso cualquier eventual sobrecoste a los adquirentes finales de las viviendas, con lo que no existiría daño alguno que deba ser resarcido.

-Motivo Quinto. En cuanto al método de revalorización/capitalización de los daños desde 2002-2007 hasta la fecha de presentación de la demanda, que sirve para imponer a ASEFA y SCOR una condena de casi 1.000.000 de euros adicional, se incumple la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (teoría valorista) sobre actualización de deudas de valor, según la cual esa actualización habría de efectuarse con base en el IPC y no en el interés legal del dinero.

-Motivo Sexto. Se reitera la excepción de prescripción de la acción que fue desestimada en la resolución impugnada.

4.- Los motivos de apelación alegados por SCOR resumidamente son:

-La acción instada por REALIA ya se encontraba prescrita cuando reclamó extrajudicialmente a SCOR, porque el plazo aplicable de un año del artículo 1968.2 del CC había transcurrido sobradamente desde el momento en que tuvo el conocimiento necesario para poder ejercitarla.

-La sentencia aplica erróneamente una presunción de daño.

-La sentencia interpreta de forma errónea la resolución de la CNC y sus efectos en la vía civil, ya que, en realidad, aquélla no prueba la existencia del daño ni del nexo causal con la conducta sancionada.

-La sentencia incurre en un error patente en la valoración de la carga de la prueba: la actividad probatoria respecto de los daños indirectos padecidos como consecuencia del “*efecto paraguas*” alegado de contrario recae sobre la demandante, que, sin embargo, no ha realizado esfuerzo



probatorio alguno al respecto; al contrario, la prueba en autos indica que no hubo tal efecto indirecto en las pólizas suscritas por REALIA con MAPFRE.

-Es errónea la valoración del dictamen pericial presentado por la actora. La cuantificación del daño efectuada en el informe ALFA incumple manifiestamente las exigencias mínimas para probar el daño y contiene errores de cálculo graves. Por consiguiente, la actora ha incumplido con la carga de probar la cuantificación del daño y el nexo causal con la infracción.

-También es errónea la valoración del dictamen pericial presentado por SCOR –y elaborado por KPMG–. De hecho, la sentencia obvia casi por completo la prueba pericial aportada por esta parte, vulnerando gravemente sus derechos de defensa. En particular, no aprecia, mucho menos valora, las dos cuantificaciones alternativas del daño que la actora reclama que presenta KPMG en su informe se expusieron en el acto del juicio.

-La sentencia excluye erróneamente la aplicabilidad de la defensa basada en la repercusión del daño (*“pass-on” defence*), y consecuentemente, no entra a valorar la prueba obrante en autos de la efectiva repercusión caso total del supuesto daño aguas abajo a los compradores de viviendas.

## **SEGUNDO.- Prescripción de la acción.**

### **Planteamiento de las partes.**

5.- Se reproduce en ambos recursos la excepción de prescripción de la acción de reclamación de daños que fue desestimada en la sentencia impugnada por considerar el juez a quo que *“el inicio del plazo del cómputo del año para ejercitar la acción de daños no pudo comenzar hasta que la resolución administrativa de la CNC devino firme, y a los efectos de la presente demanda, el plazo se inicia con efectos el 29 de junio de 2015, fecha de la nota de prensa emitida por el Consejo General del Poder Judicial (...)”*.



6.- Las recurrentes consideran que el plazo de prescripción debe comenzar a computarse desde la fecha de la publicación de la resolución administrativa que declara la conducta ilícita, pues desde ese momento la parte actora conocía la infracción y los requisitos necesarios para reclamar sin que fuera necesario esperar a la firmeza de la resolución administrativa.

7.- ASEFA alega en su recurso que la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia el 1 de septiembre de 2007 y la derogación del artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, supuso la instauración de un sistema en el que cualquier persona que hubiera sufrido un daño derivado de vulneraciones de las normas de la competencia no necesitaba instar un proceso administrativo y esperar a la firmeza de la resolución administrativa adoptada para poder reclamar los daños, sino que se permitió expresamente el ejercicio de acciones de daños desde que tuviera conocimiento de los hechos constitutivos de la conducta sancionada. Tras esa modificación de 2007, la existencia de una decisión administrativa dejó de ser una *conditio sine qua non* para una acción de una acción de daños en la jurisdicción civil. Por eso, el cómputo del plazo de prescripción no puede iniciarse con la firmeza de una decisión administrativa previa que ya no es preceptiva y en el caso de autos REALIA tenía aptitud plena para litigar -y conocía perfectamente el alcance definitivo del daño- como mínimo desde el momento en el que se publicó la Resolución de la CNC, esto es el 12 de noviembre de 2009, ya que concurrían los presupuestos subjetivos, objetivos y causales.

8.- Por su parte, SCOR sostiene que el único régimen jurídico aplicable al caso de autos es aquel creado por el Reglamento 1/2003/UE7 que estableció un sistema de aplicación directa y paralela de las normas de competencia comunitarias por parte de autoridades de competencia y de tribunales. En concreto, el artículo 1.1. del Reglamento 1/2003 estableció la aplicabilidad directa del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la



Unión Europea (en adelante, TFUE) sin necesidad de decisión administrativa previa, mientras que el artículo 6 del mismo Reglamento reconoció a los jueces nacionales la competencia plena para aplicar los arts. 101 y 102 TFUE sin reserva alguna. En este sistema, la existencia de una decisión administrativa dejó de ser una *conditio sine qua non* para una acción en la jurisdicción civil, pasando a ser una prueba. No tiene sentido, por tanto, que sea posible ejercitar la acción civil sin contar con una resolución administrativa previa y que, en cambio, si la decisión en sede administrativa existe, haya que esperar a la firmeza de la misma para “conocer el daño”. Por ello, REALIA pudo haber ejercitado su acción en cuanto tuvo conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción -a más tardar desde la Resolución- y el cómputo del plazo de prescripción no estaba suspendido por efecto de la investigación administrativa o su posterior revisión judicial.

9.- REALIA se opone a este motivo de apelación porque la acción no estaba prescrita conforme a la doctrina de la “aptitud plena para litigar” y al principio de efectividad del derecho de la Unión, ya que los elementos objetivo (la constatación de la infracción), subjetivo (las empresas finalmente sancionadas) y temporal de la acción no pudieron quedar suficientemente fijados hasta la firmeza de la resolución de la CNC. La doctrina de la “aptitud plena para litigar” se opone a una interpretación restrictiva de la prescripción en el sentido que de contrario se propone, y sí debe valorarse en cada caso según las circunstancias que concurran. Así, en el presente caso, las responsables no quedaron determinadas hasta las sentencias del Tribunal Supremo. De hecho, sólo cuatro de las seis entidades inicialmente sancionadas por la CNC fueron declaradas responsables por el Tribunal Supremo, ya que MAPFRE y MÜNCHENER quedaron exoneradas. De esta manera, REALIA no conocía los presupuestos subjetivos de la acción hasta que no se dictó la sentencia del Tribunal Supremo. REALIA podría haberse dirigido contra MAPFRE, al ser la aseguradora con quien suscribió la mayoría de las pólizas controvertidas,



pero MAPFRE quedó finalmente exonerada. La acción indemnizatoria de REALIA es estrictamente consecutiva y, por tanto, no requiere un enjuiciamiento sobre el cártel, que ninguna de las codemandadas ha vuelto a cuestionar. REALIA no pide que se declare la existencia del cártel, sino que de él se derivan daños. Adicionalmente, las reglas sobre prescripción tampoco pueden interpretarse desfavorablemente en el supuesto de una acción indemnizatoria “follow on” conforme al Derecho de la Unión y, en particular, el principio de efectividad, y la finalidad de la Directiva 2014/104/UE. REALIA no dispuso de los elementos necesarios para litigar hasta la firmeza judicial de la resolución sancionadora.

### Valoración del Tribunal.

10.- El antiguo artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, establecía que los particulares sólo podían entablar la acción de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil cuando fuera firme la resolución de la autoridad administrativa correspondiente. Este requisito suponía un obstáculo para lograr el resarcimiento patrimonial y no se recoge en la Ley 15/2007, que deroga dicho precepto permitiendo el ejercicio de acciones “*stand alone*”. Sin embargo, el hecho de que se pueda interponer una acción indemnizatoria “follow on” antes de la firmeza de la resolución administrativa o ejercitar la acción “stand alone”, no afecta al cómputo del plazo de prescripción de la acción.

11.- Esto es así porque el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción será aquél en que la parte que se propone litigar dispone de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para plantear la acción, según la doctrina del Tribunal Supremo recogida entre otras en la sentencia de 25 de noviembre de 2016 (ROJ: STS 5229/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5229), que dice que: “*El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio actio nondum nata praescribitur [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS de 27 de febrero de 2004 ;*



24 de mayo de 2010 ; 12 de diciembre 2011 ). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. SEXTA.- Es por ello que se haya de indagar sobre las circunstancias singulares del caso concreto, para determinar qué se reclama y cuando disponía el actor de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar”.

12.- En el caso de autos se reclaman los daños y perjuicios sufridos por la parte actora como consecuencia del sobreprecio aplicado en los contratos de seguro decenal que suscribió con la aseguradora MAPFRE, y que resultaron afectados por los acuerdos declarados ilícitos por la CNC. La demanda se fundamenta en el hecho de que los daños se habrían producido como consecuencia de que el cártel afectó a todo el mercado español del seguro decenal durante cinco años. Para valorar si la acción estaba prescrita o no, debemos valorar las circunstancias concretas que concurren en este caso para comprobar si la actora conocía todos los elementos necesarios para el ejercicio de la acción cuando se publicó la resolución de la CNC tal y como sostienen las partes apelantes.

13.- Debe tenerse en cuenta que la resolución de la CNC declara acreditado el 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 y declara 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.; Scor Global P&C, S.E.; Munchener Ruckversicherungs-Gesellschaft Aktiengesellschaft In Munchen; Swiss Reinsurance Company; y Suiza de Reaseguros Ibérica Agencia de Reaseguros, S.A.



14.- Contra dicha resolución se interpusieron distintos recursos contencioso administrativos por las entidades afectadas, que fueron estimados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. En concreto, en la sentencia de 20 de marzo de 2013, se estimó el recurso promovido por Mapfre Re, Compañía de Reaseguros, S.A. y Mapfre Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros. Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 27 de mayo de 2015 desestimó el recurso de casación interpuesto, por lo que los pronunciamientos de la resolución de la CNC en relación a estas entidades quedaron anulados. Se consideró en estas resoluciones que no quedaba acreditada su participación en la conducta colusoria.

15.- A la vista de lo expuesto, fueron las sentencias del Tribunal Supremo las que determinaron qué entidades habían participado en el cártel declarado por la CNC y contra las que podía dirigirse la acción de reclamación de daños. Es decir, es cuando alcanza firmeza la resolución administrativa cuando la parte actora tuvo todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para ejercitar la acción pues fue cuando se determinó que la entidad con la que había contratado, MAPFRE, no había participado en los acuerdos anticompetitivos. Por ello, el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción que se ejercita de reclamación de daños y perjuicios frente a las empresas responsables de la acción ilícita no puede computarse en el momento de la publicación de la resolución de la CNC sino desde el momento en que se dicta la sentencia del Tribunal Supremo.

16.- Esta solución no es contraria a la alcanzada por este Tribunal en la sentencia de 3 de julio de 2017 (ROJ: SAP M 9034/2017 - ECLI:ES:APM:2017:9034), en la que se fundamentaba la desestimación de la excepción de prescripción en que la mera existencia de indicios de la infracción o la noticia de la investigación que estuviera realizando el órgano administrativo de defensa de la competencia no suponen que el afectado tenga aptitud plena para litigar, y que lo relevante para poder apreciar la



excepción de prescripción es determinar el momento en que el demandante conoce todos los elementos necesarios para el ejercicio de la acción. Por eso, en aquella resolución se añadía que: *“No resulta extraño, por ello, pese a no resultar aplicable al presente caso por razones de vigencia temporal, que el reciente Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo de transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, haya reformado la Ley de Defensa de la Competencia introduciendo en ella, entre otros, un Art. 74 cuyo apartado 3 otorga a la iniciación de cualquier proceso de investigación por parte de la autoridad de la competencia el efecto de interrumpir el plazo prescriptivo para el ejercicio de las acciones de resarcimiento, interrupción que solamente termina un año después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento por cualquier otra causa”*.

**TERCERO.- Hechos probados en las resoluciones dictadas en la vía administrativa y contencioso administrativa.**

17.- REALIA ha ejercitado una acción indemnizatoria frente a ASEFA y SCOR, en base a la resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009 que declara la existencia del cártel del seguro decenal. En los recursos de apelación se cuestiona la eficacia de dicha resolución en orden a justificar la reclamación, pues los daños y perjuicios que la demandante alega haber sufrido serían consecuencia del sobreprecio que MAPFRE aplicó en los contratos de seguro decenal suscritos por REALIA, y dicha aseguradora finalmente no fue declarada responsable de los actos ilícitos.

18.- La resolución de la CNC establecía en el fundamento de derecho primero, página 40, los hechos que se consideraban probados: *“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 “medidas 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 han participado en el acuerdo (ASEFA, MAPFRE EMPRESAS y CASER) como otras aseguradoras (MUSAAT, 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 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”.*

19.- Esta resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional por las entidades afectadas y posteriormente se interpusieron los respectivos



recursos de casación ante el Tribunal Supremo.

20.- En relación a las empresas del Grupo Mapfre, el Tribunal Supremo (Sala 3ª), dictó sentencia firme de 27 de mayo de 2015 (ROJ: STS 2656/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2656), que declaró que estas empresas no habían participado en las reuniones en las que se cerró el acuerdo colusorio y su conducta de seguimiento de las tasas no tuvo un carácter anticompetitivo sino de defensa legítima de sus intereses comerciales. Se confirmaba así la sentencia de la Audiencia Nacional que declaraba que el seguimiento del comportamiento de sus competidores por parte de Mapfre no tenía un objeto anticompetitivo sino que tenía como finalidad conseguir que sus reaseguradoras mejoraran sus condiciones, siendo lícitos los acuerdos verticales de asegurador-reaseguradora de fijación de tasas mínimas a menor riesgo en la modalidad de contratos de seguro obligatorios proporcionales. Ambas resoluciones consideran acreditado que Mapfre se limitó a requerir a las reaseguradoras que no le otorgasen un trato peor que a sus competidoras.

21.- En relación a las entidades demandadas, las resoluciones del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 (ROJ: STS 2297/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2297) (asunto SCOR), y de 26 de mayo de 2015 (asunto ASEFA) que casaron las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional salvo en lo relativo a la cuantificación de las sanciones, establecieron que: *“la conducta de las aseguradoras demandadas era ilícita conforme a lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, debido a la existencia de explicaciones alternativas a la concertación analizada, por tratarse de la cobertura de un riesgo nuevo, derivado de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por haber quedado acreditada su participación de forma activa en las reuniones celebradas para intercambiar información, con el objeto de implementar la aplicación del Documento «Medidas*



*Correctoras - SDD 2002», que, además de arbitrar reglas sobre valores de referencia de los capitales asegurados, establecía franquicias mínimas y máximas y determinadas reglas sobre las garantías complementarias y la aplicación de recargos, lo que va más allá de la mera homogeneización de las primas puras o de riesgo, y en los contactos posteriores entre compañías aseguradoras y reaseguradoras para vigilar el cumplimiento de lo acordado, lo que constituye inequívocamente una conducta, por su objeto, restrictiva del libre juego de la competencia en los mercados de seguro afectados». Y que no procedía aplicar la exención prevista en el artículo 1.4 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con el Reglamento (CE) 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, porque “el alcance del acuerdo de fijación de precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, que tiene un carácter vinculante y obligatorio para las empresas aseguradoras y reaseguradoras participantes, y la naturaleza de las prácticas de seguimiento y control del cumplimiento de lo pactado, con el objeto de impedir que las empresas se desvíen de las condiciones de suscripción de pólizas acordadas, determina que apreciamos que dicho acuerdo no está cubierto por la mencionada exención”.*

22.- Los hechos probados en las anteriores resoluciones resultan vinculantes en este procedimiento según la doctrina de la Sala Primera de dicho Tribunal.

Así se establece en las sentencias de 7 de noviembre de 2013, número 651/2013 (ROJ STS 5819/2013-ECLI:ES:TS:2013:5819), o en la sentencia de 03 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3879/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3879), que señala: “[...] Una decisión de la Comisión Nacional de la Competencia como la que dictó el 14 de abril de 2010 es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impedía a la jurisdicción



*civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pudiera constituir un instrumento de convicción de gran, autoridad. Pero como, la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la ilicitud del pacto entre empresas contenido en la cláusula quinta del contrato fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve si vincula al tribunal civil (incluye el mercantil, en cuanto forma parte de este orden jurisdiccional civil), que debe pronunciarse sobre la nulidad de aquella cláusula. Esta previa resolución contencioso-administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil”.*

23.- En consecuencia, a la vista de lo resuelto por el Tribunal Supremo y los hechos probados declarados en la resolución de la CNC que se confirman en la sentencia de dicho Tribunal, hemos de considerar acreditado que MAPFRE no participó en los acuerdos ilícitos pero alineó su conducta con la de las empresas cartelistas para no ser excluida del mercado, en defensa de sus intereses comerciales, aplicando los precios convenidos por las cartelistas en los contratos suscritos con la demandante y, por ello, los daños que la demandante habría podido sufrir en la contratación del Seguro Decenal de Daños con esta compañía en el periodo de duración del cártel serían indirectos, esto es, derivados de los efectos que el cártel produjo en el mercado.

24.- La posibilidad de reclamar estos daños fue reconocida en la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2014, en el Asunto C-557/12 KONE AG y otros (ECLI:EU:C:2014:1317), que establece que:

*“33 Pues bien, la plena efectividad del artículo 101 TFUE resultaría menoscabada si el derecho de cualquier persona a solicitar la reparación del perjuicio sufrido quedara subordinado por el Derecho nacional, de manera categórica e independientemente de las circunstancias específicas del caso, a la existencia de una relación de causalidad directa, excluyendo tal derecho debido a que la persona en cuestión ha tenido vínculos contractuales, no con un miembro del cártel, sino con una empresa no participante en éste, cuya*



*política de precios, no obstante, es una consecuencia del cártel que ha contribuido a falsear los mecanismos de formación de los precios que rigen en los mercados competitivos.*

*34 Por consiguiente, la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se satisfacen estas condiciones.»*

#### **CUARTO.- La prueba de los daños y perjuicios.**

##### Planteamiento de las partes.

25.- Se cuestiona también en los recursos de apelación cuáles son los efectos de la resolución de la CNC en orden a la determinación del daño sufrido por la demandante, ya que la sentencia recurrida considera que el daño sufrido por REALIA resulta de la resolución de la CNC al establecer ésta que todas las aseguradoras ajenas al cártel aplicaron, como consecuencia de la imposición por las reaseguradoras de las guías de tarificación, los precios mínimos del seguro decenal, y que la aplicación por las aseguradoras era uno de los objetivos de las reaseguradoras, entre ellas, las demandadas. Por ello, concluye que sin la existencia del cártel, las empresas no cartelistas no hubieran incrementado el precio y MAPFRE, se vio obligada a aplicar los precios mínimos fijados por el cártel para poder reasegurar. Considera que no resulta acreditado que MAPFRE actuara al margen del cártel y que los precios que ofrecía se hicieron en condiciones de mercado, porque la prueba practicada a instancia de los demandados no ha



sido suficiente para justificar que MAPFRE actuaba al margen cártel, atendiendo a las actuaciones de vigilancia llevadas a cabo especialmente por ASEFA.

26.- SCOR alega como motivo de impugnación que la sentencia incurre en un error al aplicar una presunción del daño en base a la teoría de los daños *ex re ipsa*, la sentencia del Tribunal Supremo número 651/2013, de 7 de noviembre, el informe “*Quantifying antitrust damages*” elaborado por la compañía Oxera Consulting Ltd y el art. 76.3 LDC. Además, alega que la sentencia incurre en un error en la valoración de la carga de la prueba pues la actividad probatoria respecto de los daños indirectos (“*efecto paraguas*”) alegados de contrario recae sobre la demandante y no puede deducirse de los hechos probados en la resolución CNC. La sentencia interpreta erróneamente la carga de la prueba del efecto paraguas: REALIA fue quien debió acreditar que los precios del seguro decenal de MAPFRE fueron impactados por la conducta sancionada y que, en consecuencia, la actora pagó un sobreprecio.

27.- También ASEFA impugna la sentencia en este punto porque considera que es la víctima la que tiene la carga probatoria de acreditar que el cartel provocó que terceras partes fijasen precios superiores aprovechando la concertación y la estimación de una reclamación de *umbrella damages* precisa de actividad probatoria por la parte reclamante y la resolución de la CNC nunca podría constituir prueba irrefutable a los efectos de la acción de daños ejercitada porque fue anulada respecto de MAPFRE, MAPFRE RE Y MUNICH RE, justamente las entidades con quién REALIA contrató sus seguros decenales.

#### Valoración del Tribunal.

28.- Como hemos expuesto, el hecho de que MAPFRE no interviniera en el cartel justifica que los daños que se reclaman sean indirectos,



provocados por la repercusión que tuvo el cártel en el mercado español del seguro decenal y que limitó la competencia en el mismo durante cinco años (2002 a 2007) según establece la resolución de la CNC. Por ello, deberá estarse a la prueba practicada con la finalidad de acreditar la realidad del daño y su cuantía y en este punto hemos de tener en cuenta que esta Sala ya ha declarado que no puede aplicarse la doctrina *ex re ipsa* porque no todos los cárteles causan un sobreprecio y en determinados informes, como el Informe Oxera, está documentado que una porción significativa no causa daño, por lo que debe analizarse caso por caso. Tampoco el principio de efectividad obliga a interpretar la normativa nacional a la luz de los fines de la Directiva de Daños, en cuanto dicha Directiva no resulta aplicable *ratione temporis*, ni cabe realizar una interpretación conforme a la Directiva antes de su trasposición o del transcurso del plazo para su trasposición. -SAP sobres, sección 28, del 03 de febrero de 2020 (ROJ: SAP M 1/2020 - ECLI:ES:APM:2020:1)-.

29.- La resolución de la CNC no determina en qué medida o cómo se incrementaron los precios en el mercado pero sí que la infracción afectó a todo el mercado y que se trata de una infracción por objeto, de manera que no se determinaron los efectos producidos.

30.- En consecuencia, según lo expuesto, el daño sufrido por la demandante se habría producido como consecuencia de la afectación del cártel a todo el mercado del seguro decenal, en el que participaba la entidad MAPFRE con la que la demandante suscribió los contratos de seguro. La resolución del Tribunal Supremo (MAPFRE) confirma que MAPFRE se alineó con las empresas cartelistas para poder seguir compitiendo en el mercado. El hecho de que MAPFRE no interviniera en el cártel no determina que como participante del mercado no impusiera un precio superior si se acredita en el procedimiento el grado de afectación de la competencia en el mercado. Y como hemos señalado antes, a la vista de lo resuelto por el Tribunal Supremo en sede contencioso-administrativa, podemos considerar



probado que, aunque MAPFRE no participase en la gestación de los acuerdos ilícitos, lo que sí hizo, en defensa de sus intereses comerciales, fue alinear su conducta con la de las empresas cartelistas para no resultar excluida del mercado, con lo que optó por aplicar a los contratos suscritos por ella con la promotora demandante los precios que le venían dados en el seno del cártel. La aplicación de un sobreprecio al seguro por parte de MAPFRE resultaba ser así una consecuencia dañosa más derivada de la acción del cártel.

### **QUINTO.- Cuantificación del Daño.**

Impugnación de la sentencia en relación a la valoración del informe pericial aportado por la parte actora.

31.- En la demanda se reclama el daño emergente sufrido por la demandante consistente en el sobreprecio que tuvo que pagar por el seguro decenal y que no habría tenido que abonar en condiciones normales de competencia en el mercado. La reclamación se fundamenta en el informe pericial de HISPANIA ALFA COMPLETENESS, S.L.P. (informe pericial ALFA) que dice que el daño sufrido estaría integrado por el sobreprecio, el efecto de los impuestos y recargos pagados como consecuencia del sobreprecio y el valor actualizado.

32.- La sentencia recurrida estima que el informe pericial ALFA formula una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos, y asume las conclusiones del informe en el escenario alternativo que propone para la valoración del daño.

33.- En los recursos interpuestos se considera que el informe ALFA presenta errores graves y por ello es insuficiente para acreditar el perjuicio supuestamente sufrido.



34.- El informe ALFA, elaborado por el perito Don Víctor Benedito Torrecilla, aplica un método de comparación diacrónica tomando en consideración la información que obra en el expediente de la CNC y evidencias que se han podido obtener de información de acceso público y concluye que existen evidencias razonables de los precios que eran aplicados en el mercado del seguro decenal con anterioridad al cártel (datos pre-cártel) y evidencias de los precios ofertados por otros operadores del mercado incluso ya en el último año del cártel 2007 y 2008 (datos post-cártel).

Para determinar el precio en el periodo anterior al cártel se toman en consideración los datos ofrecidos por la CNC basados en los informes de ICEA que incluyen información sobre la totalidad del mercado del seguro decenal en España. La CNC calculó la tasa media anual representativa del coste del seguro decenal por año a partir de la aplicación de la fórmula consistente en dividir las primas contratadas anualmente por la suma total asegurada en cada ejercicio y con estos datos procedió a comparar los resultados con los datos del año 2002.

A partir de estos datos se compararon las tasas que la CNC declaró como normalizadas y no cartelizadas con el precio aplicado en 3 pólizas suscritas por MUSAAT, 2 pólizas de ZURICH, y 6 pólizas de VITALICIO en los años 2000 y 2001 y concluye que resulta razonable considerar que las tasas normalizadas y no cartelizadas sin incluir garantías complementarias adicionales de viviendas en bloque y viviendas unifamiliares para el año 2001 estarían respectivamente en el 0,4725% y el 0,6014%. Para determinar la tasa post-cártel el perito tiene en cuenta los precios ofrecidos en el año 2007 por MUSAAT y por PREMIER que eran tasas inferiores a las establecidas por el cártel, concluyendo que en condiciones contractuales reales de mercado el precio competitivo estaría aproximadamente en el 0,39% para viviendas en bloque y 0,54% para viviendas unifamiliares.



Además, tiene en cuenta que el índice de siniestralidad es reducido por lo que las tasas habrían soportado una reducción anual y gradual desde 2001 hasta 2008, que calcula aplicando la CARG (Tasa de Crecimiento Anual Compuesta).

Concluye que la variable precio era fija durante la vigencia del cártel y las otras variables competitivas también eran prácticamente iguales, dado que se trata de un producto homogéneo regulado por ley, donde las coberturas básicas eran las mismas. Esto significa que en un mercado competitivo habitual los precios se alinean a la baja con valores próximos a la rentabilidad marginal más baja aceptada por todos los oferentes. Además, la siniestralidad es muy baja en relación a otros ramos del seguro. En base a las anteriores consideraciones cuantifica los sobrecostes pagados por la demandante ofreciendo un escenario alternativo en el que no aplica la CAGR y utiliza una técnica de comparación de promedios.

#### Valoración del Tribunal.

35.- A la vista de las consideraciones expuestas por las apelantes, hemos de tener en cuenta que la valoración de las pruebas periciales debe realizarse según los criterios establecidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, que nos indica que los informes periciales deben partir de bases correctas y utilizar un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los perjudicados. Añade la sentencia del Alto Tribunal que lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos, que debe asumirse a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada.



36.- El método aplicado en el informe pericial ALFA resulta adecuado a los principios de la Guía Metodológica elaborada por la Comisión Europea y a la finalidad perseguida de comparar la situación real de la parte perjudicada con la situación en que habría estado de no ser por la infracción. Sin embargo, presenta deficiencias relevantes porque realiza una aplicación inadecuada del mismo y se equivoca en el cómputo de su análisis.

37.- En relación a los datos que se han tenido en cuenta para calcular las tasas en el periodo pre-cártel y post-cártel, resulta relevante que el perito no haya tenido en cuenta las pólizas contratadas por la actora y sí las de otra promotora y otra aseguradora, sin que esté justificada esta opción dadas las diferencias entre las transacciones que no permiten una comparación directa. Las pólizas seleccionadas carecen de justificación y representatividad estadística. En el periodo pre-cártel, como se dice en el informe de MAZARS, se contrataron en España 14.948 pólizas de Seguro Decenal por parte de 17 entidades (según los datos de ICEA para el año 2001), sin embargo, se tienen sólo en cuenta ocho pólizas que representarían el 0,05% de las contratadas en 2001. Una muestra tan reducida no puede ser representativa para concluir cuáles serían las tasas normalizadas del mercado. En el periodo post-cártel se tienen en cuenta sólo seis pólizas contratadas por otra promotora con la entidad PREMIER, una entidad que no aparecía en la información facilitada por ICEA para el año 2008, lo que demuestra su falta de representatividad en el mercado. De todo ello hemos de concluir que las tasas de referencia utilizadas en el informe pericial ALFA no aparecen suficientemente justificadas.

38.- Además, en el informe pericial ALFA se considera que las tasas de las pólizas del seguro decenal siguieron una tendencia decreciente, y este hecho no está suficientemente justificado y no se corresponde con los datos reales del mercado y en concreto con los datos aportados por REALIA



reflejados en las pólizas suscritas con MAPFRE en 2001 y 2008. Se asume que existe un alto grado de similitud entre los periodos utilizados como comparación: periodo sin infracción años 2001 y 2008 y periodo de la infracción años 2002 a 2007, suponiendo que la diferencia en la tasa de cobertura básica se explica únicamente por la infracción, sin tener en cuenta otros factores relevantes como son la situación del mercado, principalmente las diferencias en la demanda en los periodos anterior y posterior y las condiciones estructurales competitivas y de siniestralidad, que afectaron a la tasa de cobertura básica del seguro decenal, cuando se trata de factores que deben tenerse según los criterios de la Guía Metodológica.

39.- En conclusión, el informe presentado por la parte actora presenta deficiencias metodológicas y errores de cálculo, por lo que no puede ser tenido en cuenta para la determinación de la existencia y cuantía de los daños y perjuicios.

#### Valoración de los informes de las partes demandadas.

40.- Las apelantes impugnan la sentencia porque no ha tenido en cuenta los informes periciales que presentaron y que realizan una valoración alternativa de los daños y perjuicios. REALIA se opone a este motivo de apelación alegando que no puede acogerse ninguna de las cuantificaciones alternativas propuestas por los peritos de ASEFA y SCOR porque esta pretensión es incongruente con la negación categórica del daño que se realizó en los escritos de contestación a la demanda y en los recursos de apelación.

41.- Este Tribunal ya se pronunció en las sentencias nº 64/2020 (ROJ: SAP M 2/2020 - ECLI:ES:APM:2020:2) y 63/2020 (ROJ: SAP M 1/2020 - ECLI:ES:APM:2020:1), ambas de 3 de febrero, en el sentido de



que, acreditada la existencia del sobreprecio, debe fijarse la indemnización correspondiente según uno de los métodos aplicados por los peritos que hayan actuado en el procedimiento, considerando que: *“es el perito y no el Tribunal el que ha de utilizar «un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales, formulando una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos», «a falta de otra alternativa que conduciría a una directa estimación judicial del daño sobre bases que no somos capaces de sostener con objetividad y consistencia y que, en todo caso, se antojan más endebles que las que resultan del informe pericial»”*.

42.- El informe aportado por SCOR, elaborado por la entidad KMPG (perito Don Carlos Pascual Pons) realiza una valoración alternativa de los daños y perjuicios sufridos por la actora.

En primer lugar, realiza una valoración aplicando un método distinto porque considera que el utilizado por el perito de la demandante no es el más adecuado y que el sobrecoste debería determinarse teniendo en cuenta las tasas comerciales efectivamente pagadas por la actora antes, durante y después de la infracción. Como el número de pólizas suscritas por la actora en el periodo anterior y posterior a la infracción de las que disponía era insuficiente para plantear un modelo econométrico robusto, el perito propone también el resultado teniendo en cuenta las tasas comerciales pagadas en España.

Además, presenta una estimación subsidiaria aplicando el método propuesto por el perito de la parte actora basado en las tasas básicas pero corrigiendo las inconsistencias expuestas en su informe. De este modo, toma como punto de partida en el año 2001 la tasa básica efectivamente pagada por Grupo REALIA a MAPFRE en este año y aplica la tasa de crecimiento del número de viviendas libres iniciadas en España en el periodo 2001-2008 ajustada por un valor de correlación entre dicha



variable y la variable asociada al coste de la construcción. Se obtiene una evolución de la tasa básica mínima en ausencia de infracción coherente con la evolución de la demanda y otros insumos del sector de la construcción. La conclusión alcanzada por el perito es que el sobrecoste total para Grupo REALIA si se toma en consideración el número de pólizas suscrito con empresas sancionadas sería de 12.608,33 € y si se toma en consideración la totalidad de las suscritas, incluyendo las de empresas no sancionadas, sería de 159.253,91 €.

43.- El informe presentado por ASEFA ha sido elaborado por MAZARS (peritos Don Alberto Martínez y Don Jesús Rosales) y presenta varios escenarios de cuantificación del daño emergente en los que se corrigen los errores cometidos por el perito de la actora. En el primero tiene en cuenta la información aportada por REALIA, en concreto las tasas de las pólizas suscritas por REALIA con MAPFRE en 2001 y una póliza contratada en 2008 (periodo pre-cartel y post-cartel). En el segundo tiene en cuenta las pólizas contratadas por ASEFA. Un tercer escenario tiene en cuenta las pólizas suscritas por MAPFRE y realiza una comparación entre las tasas establecidas en las pólizas de MAPFRE y en la póliza de ASEFA aportadas en el documento 11 del informe ALFA y las tasas normalizadas no cartelizadas en el periodo pre-cártel y post cártel que se desprenden de las tasas medias que estaba contratando MAPFRE en los ejercicios 2001 y 2008 a partir de lo reflejado en el informe PwC aportado por MAPFRE a solicitud de la parte y que fue el informe aportado en el procedimiento contencioso administrativo. En este último escenario el sobrecoste no habría existido, REALIA no habría sufrido daño alguno.

44.- A la vista de lo expuesto en estos informes periciales, hemos de considerar que REALIA tuvo que abonar un sobrecoste en los contratos de seguro decenal de daños suscritos en el periodo de duración del cártel (2002 a 2007), pues la entidad con la que contrató, MAPFRE, se alineó con la conducta infractora con la finalidad de mantener su posición en el



mercado y estos daños resultan acreditados y cuantificados aplicando el método comparativo entre las tasas abonadas en periodo sin infracción y las abonadas en el periodo de la infracción.

Partiendo de lo anterior, el informe pericial que realiza un análisis más completo de la situación del mercado es el informe de KPMG, que, aplicando el mismo método comparativo elegido por el perito de la parte actora y corrigiendo los errores apreciados en el mismo y que han justificado que no pudiera acogerse como fundamento de las pretensiones de la demanda, considera que el sobrecoste total para Grupo REALIA si se toma en consideración la totalidad de las pólizas suscritas, incluyendo las de empresas no sancionadas que aplicaron los acuerdos adoptados por las cartelistas con la finalidad expuesta de mantenerse en el mercado, sería de 159.253,91 €. Así el escenario más completo y razonable es el que plantea KPMG aplicando el mismo método de valoración del daño utilizado por el perito de la parte actora con las correcciones de los errores metodológicos que se han puesto de manifiesto.

#### **SEXTO.- Capitalización del sobreprecio.**

45.- La sentencia recurrida acepta la actualización de los daños y perjuicios que se realiza en el informe ALFA, aplicando el método del interés compuesto.

46.- Las apelantes impugnan este pronunciamiento, considerando ASEFA que el método de capitalización de deuda aplicado infringe la doctrina jurisprudencial de la teoría valorista y supondría un enriquecimiento injusto de la demandante, siendo el IPC un baremo más justo, equitativo y proporcional que garantiza una completa indemnidad a la demandante porque el daño se ajustaría a las variaciones del coste de vida. SCOR también solicita la aplicación del IPC como medida más



apropiada para compensar la pérdida del valor adquisitivo del dinero porque el interés legal corresponde a una tasa artificial que se incluye en los Presupuestos Generales del Estado con la finalidad de servir de referencia en diversos supuestos legales, sobre todo en la mora en el pago, mientras que el IPC es un índice elaborado por el INE a través de una metodología comunitaria armonizada con el objeto de medir la evolución de los precios y empleada para evaluar el comportamiento del poder adquisitivo del dinero a lo largo del tiempo.

47.- Como dice la sentencia del Tribunal Supremo 669/2015, de 4 de marzo de 2015 (ROJ: STS 669/2015 - ECLI:ES:TS:2015:669), la jurisprudencia ha aceptado la revalorización de la cantidad en la que en su día se cuantificó el daño tanto conforme al IPC, como conforme al devengo de intereses legales: *“En las deudas de valor, entre las que se encuentran las resarcitorias, en las que el dinero es la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, como indica la doctrina científica, al poder adquisitivo del importe que va a recibir. Para lograr tal equilibrio, en orden a salvar el principio de indemnidad, en la práctica, y por la jurisprudencia, se siguen diversos criterios, y uno de ellos es el de establecer el incremento del IPC, pero nada obsta a que se pueda señalar el de los intereses legales (concepto no vinculable en exclusiva a moratorios), no porque sea de aplicación el art. 1108 CC , sino porque el abono de dicho incremento permite aproximar el resarcimiento a la total reintegración económica -equivalente o sustitutivo del daño causado-, sin dar lugar con ello a ninguna situación de enriquecimiento injusto”*.

48.- En la sentencia de fecha 24 de marzo de 2022 (ROJ: STS 1068/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1068), el Tribunal Supremo considera que el IPC es un índice más adecuado para la capitalización de la deuda de valor



ya que el interés legal de dinero se utiliza como un sistema de liquidación de daños y perjuicios en el caso de mora.

49.- Hemos de tener en cuenta que esta Sala en las sentencias ya citadas nº 64/2020 (ROJ: SAP M 2/2020 - ECLI:ES:APM:2020:2) y 63/2020 (ROJ: SAP M 1/2020 - ECLI:ES:APM:2020:1), ambas de 3 de febrero, consideró que el IPC era adecuado a los fines de actualizar la deuda de valor reconocida a los demandantes.

50.- En el presente caso, el IPC es el índice utilizado en el informe pericial de KPMG frente al aplicado en el informe pericial ALFA que, como hemos dicho aplica el interés legal compuesto, lo que conlleva duplicar el sobreprecio pagado por la actora. Por las razones expuestas, el índice aplicado en el informe pericial de KPMG se considera más adecuado para la actualización de la deuda, y en consecuencia procede estimar este motivo de impugnación y acordar que el método más adecuado para la capitalización de la deuda de valor reconocida es el IPC sin que pueda considerarse ajustado el propuesto por la parte actora.

### **SEXTO.- Repercusión del daño.**

#### **Planteamiento de las partes.**

51.- Las recurrentes impugnan el pronunciamiento que rechaza la aplicación de la defensa basada en la repercusión del daño. Se fundamenta en la sentencia que no resulta aplicable este motivo de defensa en nuestro sistema general de responsabilidad civil y no puede realizarse una interpretación conforme a la Directiva 2014/104, ni aplicarse esta norma por el principio de irretroactividad. En los recursos de apelación se alega que la defensa del *passing-on* es aplicable en un escenario pre-Directiva conforme a la doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo y que la sentencia



no ha valorada la prueba practicada a fin de acreditar la repercusión del daño. ASEFA también invoca la infracción del artículo 78.3 LDC.

### Valoración del Tribunal.

52.- La aplicación de la defensa del *passing-on* con anterioridad a la Directiva de Daños ha sido reconocida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5819/2013 - ECLI: ES: TS: 2013:5819) con fundamento en el principio compensatorio que rige el derecho de daños:

*“Esto ha de enlazarse con el principio general del Derecho de la competencia de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia (sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Pleno, de 20 de septiembre de 2001, caso Courage , asunto C-453/99, y de la Sala Tercera , de 13 de julio de 2006, caso Manfredi , asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04). Sentado lo anterior, para que los compradores directos no tengan derecho a ser indemnizados por este coste excesivo sería necesario probar que ese daño fue repercutido a terceros, concretamente a sus clientes (lo que en la terminología del Derecho de la competencia suele denominarse como mercados "aguas abajo"). Pese a la polémica existente sobre la idoneidad de este argumento defensivo (rechazado, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 17 de junio de 1968 , Hanover Shoe Co. v. United Shoe Machinery Corp ., 392 US 481 [1968]), los trabajos realizados en la Unión Europea (Libro verde, Libro blanco y propuesta de Directiva) admiten la oponibilidad de esta defensa, que ya ha sido admitida por el Tribunal de Luxemburgo en relación a la indemnización de daños y perjuicios por impuestos y cargas administrativas contrarios al Derecho comunitario.*

*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que como*



*excepción al principio de devolución de los tributos incompatibles con el Derecho de la Unión, la restitución de un tributo recaudado indebidamente podrá denegarse cuando dé lugar a un enriquecimiento sin causa del sujeto pasivo. La protección de los derechos garantizados en esta materia por el ordenamiento jurídico de la Unión no exige la devolución de los impuestos, derechos y gravámenes recaudados con infracción del Derecho de la Unión cuando se haya demostrado que la persona obligada al pago de dichos derechos o tributos los repercutió efectivamente sobre otros sujetos (sentencia, de Pleno, de 14 de enero de 1997, caso Société Comateb y otros contra Directeur général des douanes et droits indirects , asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95; sentencia, Gran Sala, de 6 de septiembre de 2011, caso Lady & Kid y otros contra Skatteministeriet ; y sentencia, Sala Séptima, de 16 de mayo de 2013, caso Alakor Gabonatermel ó és Forgalmazó Kft. contra Nemzeti Adó- és Vámhivatal Észak-alföldi Regionális Adó Főigazgatósága , asunto C-191/12).*

*A falta de una regulación comunitaria específica sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en el Derecho de la competencia, la cuestión ha de resolverse aplicando las normas de Derecho interno. Conforme a este, es admisible que aquel a quien se reclama una indemnización de daños y perjuicios causados por un ilícito concurrencial oponga que quien realiza la reclamación no ha sufrido daño alguno pues lo repercutió "aguas abajo". Dado que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una práctica restrictiva de la competencia responde a criterios compensatorios y que también en este campo rige el principio que veda el enriquecimiento sin causa, no es razonable que se indemnice a quien no ha sufrido daño".*

53.- Por tanto, la defensa del passing on tiene su fundamento en el Derecho Comunitario y en las normas de derecho interno que establecen el derecho a la restitución del daño sufrido y prohíben el enriquecimiento injusto y resulta de aplicación en el caso de autos aunque no resulte de aplicación el artículo 78.3 de la LDC, que la regula y fue introducido por el



Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo de trasposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sin necesidad de alegar la doctrina de la interpretación conforme a la Directiva, que debe realizarse respetando los principios generales del Derecho que forman parte del Derecho comunitario, especialmente el principio de seguridad jurídica y de la irretroactividad (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de octubre de 1987, C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen B.V).

54.- El perito de la parte actora sostiene que no se habría repercutido el sobreprecio del seguro decenal a los clientes puesto que el precio de las viviendas nuevas comercializadas evolucionó según las condiciones del mercado y con independencia del seguro decenal de daños. Sin embargo, la propia información del grupo REALIA demuestra que en la fijación del precio de las viviendas se aplicaban todos los costes, incluido el del seguro decenal sin que esto supusiera un descenso en las ventas.

Así resulta de los estudios previos de cada promoción aportados por la demandante en los que se incluía dentro de los gastos legales, los correspondientes al seguro decenal: Promoción AGUAMAR (05/05/2004); Promoción CAMPO REAL (26/12/2005); Promoción PP PLAYA SERENA SUR ROQUETAS DE MAR (25/07/2005); Promoción TARRAGONA UNIVERSITAS RESIDENCIAL III (16/07/2003). También de los datos reflejados en el sistema de gestión PRINEX, utilizado por la parte actora, que facilita un control de los costes de cada promoción, en el que se puede constatar que en cada una de las promociones existe un documento de cierre contable que incluye la totalidad de los costes directos de la promoción de que se trate a nivel desagregado por partida de coste. Entre dichas partidas se encuentra el “Seguro Decenal” como uno de los costes inventariados o de los costes imputados al resultado del ejercicio. Se trata de una partida de importe reducido en comparación con las demás, pero de esta documentación resulta que la demandante fijaba los precios incluyendo la recuperación de todos los costes, incluido el del seguro decenal que se



consideraba un coste directo. Con ello, debe considerarse acreditado que el sobreprecio que tuvo que pagar la demandante según se ha expuesto se repercutió a los clientes como un coste de la promoción, de manera que el daño derivado de la actuación ilícita no lo soportó la promotora, sino que se repercutió a los adquirentes de las viviendas y ello no supuso un descenso en las ventas ni en los ingresos de la demandante, ya que en el periodo del cártel se produjo un boom inmobiliario que provocó el incremento de los precios de las viviendas y de los resultados de las promotoras.

55.- En consecuencia, procede estimar en este punto los recursos de apelación y declarar que la demandante repercutió el daño sufrido por la actuación de las empresas cartelistas en el precio de venta de las viviendas, de manera que no soportó este daño y su reconocimiento supondría un enriquecimiento injusto que no puede admitirse.

**SÉPTIMO.-** La estimación del recurso conlleva la desestimación de la demanda. Por ello, las costas de la instancia se imponen a la parte actora y no se hace expresa condena al pago de las costas de segunda instancia, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC.

En atención a lo expuesto

### **FALLAMOS**

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por entidades ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS y SCOR GLOBAL P&C, S.E. contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2020 dictada por el Juzgado Mercantil número 2 de Madrid, en autos de Juicio Ordinario 535/2017.



Revocamos dicha resolución y en su lugar, desestimamos la demanda presentada absolviendo a las entidades demandadas de las pretensiones que contra ellas se ejercitaban.

No efectuamos expresa imposición de las costas causada en esta segunda instancia y las costas de primera instancia se imponen a la demandante.

La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito en su caso constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación de concurrir interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ. De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia dictada en apelación 465 firmado electrónicamente por TERESA VÁZQUEZ PIZARRO (PON), ANGEL GALGO PECO, ENRIQUE GARCÍA GARCÍA