

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta **RESOLUCIÓN VS/0037/08 COMPAÑIAS SEGURO DECENAL**, aprobada en el día de hoy, Jueves 9 de Marzo del 2017, en el marco del Expediente Sancionador S/0037/08.

Concreto y desarrollo mi discrepancia en los siguientes **MOTIVOS**

I.- VOTOS PARTICULARES

Los miembros de esta Sala de Competencia no sólo **“se autorizan analizar mis Votos Particulares”** sino que también y ahora, abordan el amparo normativo legal que los autorizan. De ahí que me vea obligado a hacer las siguientes puntualizaciones.

Primera y en orden a la **Normativa** que los amparan, posibilitan y autorizan dejar citadas: **Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil** (Artículo 205); **Ley 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial** (Artículos 157 y 260); **Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común** (Artículo 27); **Ley 40/2015 de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público** (Artículo 19.3.c); **Reglamento de Funcionamiento Interno**.

Segunda y en orden al **Periodo Temporal para formularlos e interponerlos**, así como a la concreción de **Días Hábiles e Inhábiles** dejar citadas: **Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** que en su apartado tercero literalmente establece: **“3.- Los Consejeros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular Voto Particular por escrito en el plazo de tres días hábiles, que se incorporará al texto aprobado”**.

La **Ley 39/2015 de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**, dispone en el Parágrafo V de su Preámbulo que **“(....) Como principal novedad destaca la introducción del cómputo de plazos por horas y la declaración de los sábados COMO DIAS INHÁBILES, unificando de este modo el cómputo de plazos en el ámbito judicial y el administrativo”**.

-----0-----

En consecuencia, “y dado que la Sesión de esta Sala de Competencia en la que se deliberó y fallo este Expediente Sancionador **finalizó a las 15:15 horas**” el plazo de formulación de este Mi Voto Particular Discrepante podrá hacerse en todo momento antes de las 15:15 horas del Martes día 14 de Marzo del 2017”.

II.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy extinto) el día 12 de Noviembre del 2009 dictó una Resolución administrativa, en vía previa, en cuya Parte Dispositiva se dice

***PRIMERO.-** Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación prohibido en el Artículo 81.1,a) del Tratado CE y por el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.*

***SEGUNDO.-** Declarar responsables de esta infracción a ASEFA S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros; MAPFRE Empresas de Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.; MAPFRE RE Compañía de Reaseguros S.A.; CAJA DE SEGUROS REUNIDOS Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.; SCOR GLOBAL P&C SE; MUNCHENER Ruckversicherung GSSellschaft Aktiengesellschaft in Munchen; SWIS Reinsurance Company; y SUIZA de Reaseguros Ibérica, Agencia de Reaseguros S.A.*

***TERCERO.-** Imponer una multa de:*

- 27.759.000 €uros a ASEFA S.A., Compañía Española de Seguros y Reaseguros.
- 21. 632.000 €uros a MAPFRE Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.; MAPFRE RE Compañía de Reaseguros S.A.
- 14.241.000 a CAJA DE SEGUROS REUNIDOS Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.
- 18.599.000 €uros SCOR GLOBAL P&C SE.
- 15.856.000 a MUNCHENER Ruckversicherungs Gesellschaft Aktiengesellschaft in Munchen.
- 22.641.000 €uros a SWIS Reinsurance Company y SUIZA DE REASEGUROS IBERICA, AGENCIA DE REASEGUROS S.A.

SEGUNDO.- El Vicepresidente de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy extinta) el día 28 de Octubre del 2009 formuló un Voto Particular Discrepante “a esta Resolución acordada y aprobada por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su sesión del día 28 de Octubre del 2009; posteriormente deliberada en el Consejo Extraordinario del día 10 de Noviembre, en el Expediente Sancionador S/0037/08 Compañías Seguro Decenal” con el siguiente tenor literal:

*El Pleno del Consejo, por mayoría, **RESUELVE**: primero, haber quedado acreditada la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, prohibido por el Artículo 81.1 a) del Tratado CE y por el Artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia; segundo, por consecuencia de ello, declara responsables de esta infracción a...; y tercero, impone multas en diferentes cuantías.*

Mi discrepancia la concreto y desarrollo seguidamente,

PRIMERO.- *El Artículo 9 de la Constitución Española consagra, de forma meridiana e incuestionable, los principios de seguridad jurídica y legalidad, con sujeción al Ordenamiento Jurídico, garantizando la responsabilidad a la par que prohíbe (la interdicción) la arbitrariedad de la administración (de los poderes públicos). Y ello, en armonía concordante con lo dispuesto en el siguiente Artículo 103, en aras a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, según dispone el Artículo 24.*

*Ello viene al caso, como **punto de partida para fijar las reglas del juego**, que no pueden ser otras, procedimentalmente hablando, que las concretadas en la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y como subsidiarias- complementarias en la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.*

*Así, la Ley 30/1992 (según Ley 4/1999 de 13 de Enero) dispone en su Artículo 54 que “los actos administrativos serán motivados, con **sucinta** referencia de hechos probados y fundamentos de derecho” y concreta el siguiente Artículo 89.3 que “las resoluciones serán motivadas...en los términos del anterior Artículo 54”.*

Estos preceptos administrativos tienen su concurrencia en los propios de la adjetiva Ley de Ritos, en la que se dispone, y sin ánimo de agotar el tema, que “las resoluciones serán motivadas, congruentes y contendrán, en párrafos separados los antecedentes de hecho, los hechos probados y los fundamentos de derecho” (ex Artículos 208 y 209) y “ser claras, precisas y congruentes”.

*Tiene una especial relevancia, en el orden general de las resoluciones administrativas que dicta este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y, en particular, en esta sobre la que formulo mi discrepancia, lo dispuesto en el Artículo 218 de la Ley 1/2000 al exigir que “el tribunal sin apartarse de la causa de pedir **acudiendo a fundamentos de hecho y de derecho distintos** de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá...”.*

De lo anterior, procede establecer:

1º en orden a resolver, no es lo mismo establecer hechos acreditados que Hechos Probados, por cuanto se trata de conceptos desiguales.

2º en orden a resolver, este Consejo no viene obligado a trasladar miméticamente el Informe Propuesta que le eleva la Dirección de Investigación, de la que puede y debe discrepar, tanto en la asunción, concreción y establecimientos de Hechos Probados, si entendiere que no se ajustan a lo instruido; como en la valoración jurídica de los mismos, dado que responde en primera persona de la bondad de sus resoluciones. Resoluciones, las del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que son revisadas jurisdiccionalmente, lo que no ocurre con la Propuesta de la Dirección de Investigación.

3º en orden a resolver, y en aras a la seguridad jurídica de las partes, de ahí mi permanente posicionamiento, este Consejo debe ser cauto en cuanto a la valoración de las conductas por

la vía excepcional de la prueba de presunciones, haciendo abstracción a los medios probatorios directos. Vía aquella por la que hemos sido revisados reiteradamente (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo).

SEGUNDO.- *Con base en los anteriores establecimientos, formulo mi discrepancia con el seguimiento mimético que en la Resolución de este Consejo se hace asumiendo sin más la propuesta que eleva la Dirección de Investigación, tanto en lo atañente a la concreción de Hechos Probados, por cuanto aquella, de forma confusa y hasta difusa, confunde probanza con acreditación, lo que necesariamente produce una indefensión a la parte que ejerza su derecho a discrepar y recurrir ; como a la notoria extensión de los mismos, siempre contraria a una sucinta pero suficiente concreción de los Hechos Probados.*

Lo que prima facie produce una notoria indefensión a la parte o partes interesadas que puedan interponer recursos, en uso de su derecho a hacerlo, “al desconocer cuáles sean definitivamente los Hechos Probados, en lo que la Resolución se fundamenta para sancionar”.

En un desarrollo intelectual y lógico, entiendo que los Hechos Probados debieron ser:

1º la probanza, cierta e indubitada, de las reglas de juego en las que se mueven las empresas de seguros y que no es otra que la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación. Tendente, según su Exposición de Motivos, a “proteger y garantizar al usuario”, “normas que revisten un interés público”, “en concurrencia con la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea”.

Ley en la que se crea ex novo el establecimiento de un seguro de daños o de caución; se establecen plazos de responsabilidad en periodos de uno, tres y diez años, en función de los diversos daños materiales que puedan aparecer en los edificios, fijando el plazo de tres años, para responder de los causados por vicios o defectos que afecten a la habitabilidad y, diez años, a los que afecten a la seguridad estructural del edificio.

La Ley que, por lo que se refiere a las garantías para los edificios de viviendas, establece la suscripción obligatoria y durante el plazo de un año, de un seguro de daños materiales o de caución, o bien la retención por el promotor de un 5% del coste de la obra, para hacer frente a los daños materiales ocasionados por una deficiente ejecución. La Ley no admite franquicias para cubrir los daños en el supuesto de un año y éstas no podrán exceder del 1% del capital asegurado para los otros dos supuestos.

La Ley que, al abordar ex novo este campo, fija las normas sobre las garantías de suscripción obligatoria, así como los importes mínimos de garantía para los tres supuestos de uno, tres y diez años, respectivamente.

2º El seguro decenal de daños a la edificación es obligatorio en España para los nuevos edificios destinados a viviendas desde el día 6 de Mayo del 2000, fecha en la que entra en vigor la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación.

*El Real Decreto Legislativo 6/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en su Artículo 25 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 seguros 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**”.*

El Artículo 24 de la Ley 30/1995 de 8 de Noviembre, de Seguros Privados (que sería de aplicación a las conductas habidas en el periodo 2002 y 2004) tiene la misma redacción.

Ítem más, el Real decreto 2486/1998, en sus Artículos 76 y 77 establece que las tarifas de primas deberán fundamentarse en bases técnicas y en informaciones estadísticas...

3º ciertamente no discrepo con la enumeración de las partes y su desarrollo descriptivo, que conforma el Hecho Probado Primero.

4º ciertamente no discrepo con lo descrito en el apartado titulado Implantación del SDD por la LOE y los primeros contactos entre aseguradoras y reaseguradoras (páginas 22 y siguientes), que amparan los numerales 3 a 11; ni tampoco discrepo con el numeral 12, bajo el título Puesta en marcha del acuerdo en 2002; ni de los numerales 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19.

Pero sí discrepo de su valoración, por extemporánea en este apartado de Hechos Probados y, lo que es más importante, de su valoración y calificación jurídica acudiendo a la probanza excepcional de presunciones y haciendo abstracción del amparo legal en el que puedan tener amparo.

5º los numerales 20 y siguientes, manifiestan que “la aplicación de los acuerdos, que comenzó en 2002, se desarrolló de forma continuada al menos hasta el año 2007, por parte de todos los operadores del mercado, principalmente mediante las denominadas “guías o manuales de suscripción y tarificación”. Lo que se califica como instrumentación del cártel, entiendo una vez más que de forma extemporánea dentro de los apartados de Hechos Probados y haciendo abstracción de la posibilidad de venir amparados legalmente.

*Entiendo que debería haberse asumido, como un realidad cierta e indubitada, la manifestación que hace ASEFA en el sentido que “dado que, en virtud de los tratados de reaseguro proporcionales cuota parte, las reaseguradoras no realizan verificaciones de cada uno de los riesgos asegurados, éstas imponen a las aseguradoras unas condiciones de suscripción mínimas y sin un precio mínimo para aceptar la cesión de riesgos cubiertos por el seguro decenal. Sin embargo, a partir de dicho precio mínimo que es **respetar para obtener el reaseguro**, ASEFA como el resto de las aseguradoras ofertan sus propios precios o primas comerciales de SDD”.*

Lo que lleva a la exigencia de desarrollar las actividades propias del seguro in se, y las del reaseguro per se, por cuanto las conductas y comportamiento son absolutamente diferentes y no puedan conformar el mismo cajón da sastre totum revolutum.

TERCERO.- *Por el contrario la presente Resolución, de la que discrepo, ignora y hace abstracción de los siguientes hechos que considero de relevante naturaleza. Y son:*

*1º obvia definir conceptualmente que es un seguro de riesgo. Concepto relevante, por cuanto **el riesgo** a asegurar debe ser conocido por la totalidad del mercado y ello, a mayor abundamiento, cuando su implantación tiene un carácter obligatorio. De ahí que dicho concepto **el del riesgo**, debe ser interlocutorio y así lo entienden la totalidad de los preceptos normativos, anteriormente citados, que lo imponen.*

2º lo anterior, me lleva a enfatizar la inexistencia de una definición de lo que es una compañía aseguradora y una compañía reaseguradora; cuáles son sus interrelaciones y cómo y de qué manera confluyen en el aseguramiento.

3º a todo lo largo y ancho del Expediente, ni en el Informe Propuesta que eleva la Dirección de Investigación a este Consejo, ni en la Resolución acordada y resuelta por este Consejo (de

*la que discrepo) se han abordado aspectos relevantes tales como (i) el de los efectos que las conductas imputadas hayan tenido sobre el mercado del seguro decenal; (ii) ni del grado de participación que las empresas aseguradoras y las empresas reaseguradoras han tenido en las conductas que se les imputan; (iii) ni se ha concretado cuál sea el mercado afectado, de conformidad a la norma del Artículo 10 de la Ley 16/1989 , ni se trata de un mercado relevante constreñido al papel de las aseguradoras, si el tal mercado lo es exclusivamente para las mismas y sin conexión con las reaseguradoras, si por el contrario estamos en presencia de un mercado unitario; (iv) en ningún caso consta cifra alguna en la que se pormenore la imputable a las aseguradoras con independencia de las reaseguradoras, siquiera lo sea ésta por diferencias; (v) y dentro del inexistente montante de la cifra de ventas en el mercado, nada se dice del diferencial entre lo que debió ser (conducta no infractora) y lo que se les imputa (conducta infractora), es decir, **la concreción y cuantificación del beneficio ilícito.***

CUARTO.- *Por el contrario, entiendo que reviste y tiene relevancia sustantiva el hecho que determinados miembros del cártel reaccionen frente a terceros ante la no aplicación de los precios mínimos pactados. Hechos que vienen relatados en los numerales 40 y siguientes.*

Los mismos tienen una sustantividad propia, por lo que debieron ser establecidos como HECHOS PROBADOS.

QUINTO.- *Partiendo de los para mí HECHOS PROBADOS, deviene incuestionable que este Expediente Sancionador, con cuya Resolución discrepo, **ha desfocalizado su real objeto o causa de infracción.***

Entiendo que de lo instruido por la Dirección de Investigación y asumido por la mayoría de este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, debería haber llevado a concluir estableciendo la existencia concurrencial de dos campos de eficacia y de actuación por parte de las empresas aseguradoras imputadas.

El primero vendría concretado por las conductas seguidas, puntualmente, por las imputadas, en orden a fijar unas pautas comunes de actuación en el campo del seguro decenal y, de ser ello probado suficiente y directamente, imputarles la conformación y creación de un cártel, como vía necesaria para el cumplimiento de sus objetivos. Y dentro de este campo de actuación, examinar si las citadas conductas tendrían o no un amparo legal.

El segundo de ellos tendría otra finalidad, no alternativa y sí sustantiva per se, cual sería la de obligar a todas aquellas otras empresas del sector asegurador que, si bien no son partes conformadoras, ni miembros de ese cártel, no ajustarían sus conductas a los intereses de los cartelistas, fijando precios de referencia distintos, lo que llevaría a aquéllos a fijar conductas comunes para sacarlos (expulsarlos) del mercado decenal.

SEXTO.- *La Resolución de este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, aprobada por mayoría, y de la que discrepo, “acuerda tener acreditado la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, prohibido por el Artículo 81.1 a) del Tratado CE y por el Artículo 1.1 a) de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia (Primero); declarando responsables a las imputadas (Segundo); imponiéndoles unas multas o sanciones económicas por ello (Tercero).*

Obviamente, según lo entiende este Consejero discrepante, el Consejo asume y se decanta, única y exclusivamente, por el primero de los campos de actuación y eficacia, seguidos por las empresas aseguradoras imputadas.

Consecuentemente con ello, el marco legal que deviene de aplicación a tal conducta es el siguiente:

1º la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación que, como Hecho Probado, hemos referenciado anteriormente. En su Exposición de Motivos hemos dejado establecido que “frente a las lagunas existentes, viene a proteger y garantizar al usuario”, “normas que revisten un interés público”, “en concurrencia con la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea”.

Ley que, crea ex novo, el establecimiento de un seguro de daños o de caución; establece plazos de responsabilidad en periodos de uno, tres y diez años, en función de los diversos daños materiales que puedan aparecer en los edificios; fijando el plazo de tres años, para responder de los causados por vicios o defectos que afecten a la habitabilidad y, el de diez años, a los que afecten a la seguridad estructural del edificio.

Ley que, por lo que se refiere a las garantías para los edificios de viviendas, establece la suscripción obligatoria y durante el plazo de un año, de un seguro de daños materiales o de caución, o bien la retención por el promotor de un 5% del coste de la obra, para hacer frente a los daños materiales ocasionados por una deficiente ejecución. La Ley no admite franquicias para cubrir los daños en el supuesto de un año y éstas no podrán exceder del 1% del capital asegurado para los otros dos supuestos.

La Ley, al abordar ex novo este campo, fija las normas sobre las garantías de suscripción obligatoria, así como los importes mínimos de garantía para los tres supuestos de uno, tres y diez años, respectivamente.

2º el seguro decenal de daños a la edificación es obligatorio en España, para los nuevos edificios destinados a viviendas, desde el día 6 de Mayo del 2000, fecha en la que entra en vigor la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación.

*3º el Real Decreto Legislativo 6/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en su Artículo 25 establece que “las tarifas de primas deberán ser suficientes, según hipótesis actuariales razonables, para permitir a la entidad aseguradora satisfacer las obligaciones derivadas de poscontratos de seguros 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**”.*

4º el Artículo 24 de la Ley 30/1995 de 8 de Noviembre, de Seguros Privados (que sería de aplicación a las conductas habidas en el periodo 2002 – 2004) tiene la misma redacción.

5º el Real Decreto 2486/1998, en sus Artículos 76 y 77, establece que “las tarifas de primas deberán fundamentarse en bases técnicas y en informaciones estadísticas...”.

6º la Directiva 85/384/CEE de la Unión Europea.

Por tanto, siguiendo dialécticamente la línea argumental que conforma la Resolución, de la que discrepo, y partiendo necesariamente de los HECHOS PROBADOS en la misma concretados, debió resolverse diciendo que con amparo en el Artículo 81 al existir norma legal que ampara tales conductas, no puede existir una imputación vía Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, por serles de aplicación lo dispuesto en el Artículo 2.1 de la citada Ley Nacional.

Por el contrario, si partimos de la realidad de los Hechos Probados por mí establecidos, que nunca fueron tenidos en consideración para resolver, ni por la Dirección de Investigación, ni por este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, debería haberse concluido acordando la inexistencia de conductas incardinables en el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia. Y ello, por inexistencia de prueba.

Y ello con amparo en lo dispuesto en las anteriormente citadas Leyes, Reales Decretos Legislativos, Reales Decretos y Directiva Comunitaria.

SÉPTIMO.- *La Resolución, partiendo de sus Hechos Probados (de todo lo cual discrepamos) aplica lo dispuesto en el Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, con el añadido de un agravante.*

*De una parte, ignora lo que en dicho precepto normativo se dispone que “**el Tribunal PODRA IMPONERmultas de hasta €901.518,16**”. La simple lectura de la Parte Dispositiva de la misma pone de manifiesto que **esta posibilidad ha sido excedida**, acogiéndose a la existencia de una agravante.*

*La **agravante** no es otra que “el seguimiento y la vigilancia por parte de los miembros del cártel, de su cumplimiento”. Tal establecimiento es aberrante y difícilmente defendible, por cuanto **la esencia misma** del cartel esa conceptualmente el seguimiento y vigilancia de lo acordado, pues caso de no seguir el seguimiento y vigilancia de lo acordado, aquella o aquellas empresas lo abandonarían sin más y no podrían ser imputadas.*

De ahí, que negando a existencia de la circunstancia agravante que se les imputa; de ahí que al estar en presencia de un indefinición conceptual de lo que es una empresa aseguradora y de lo que es una empresa reaseguradora ; de ahí que al estar en presencia de una indefinición de los mercados y su participación en ellos de las empresas aseguradoras y reaseguradoras; de ahí que al estar en presencia de un desconocimiento de cuáles sean las cifras del mercado de las aseguradoras y de las reaseguradoras ; de ahí que al estar en presencia de cuales puedan ser o son las imputables directas a las aseguradoras y cuáles lo sean a las reaseguradoras ; de ahí que al estar en presencia de un desconocimiento absoluto de cuál haya sido el beneficio ilícito obtenido por las aseguradoras, de cuál haya sido el beneficio ilícito obtenido por las reaseguradoras, por causa directa de las conductas que se les imputa, la Resolución no está capacitada para imponerles una sanción no ya del incremento de hasta el 10% del volumen de ventas, sino tampoco de hasta la cifra cerrada de €901.518,16

Al hilo de lo anterior, decir que

El régimen de sanciones económicas (multas) que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con amparo tanto en la anterior Ley 16/1989, como en la actual Ley 15/2007 tiene un amparo normativo legal, claro y contundente, en aras a evitar la vulneración de derechos constitucionales de las partes sancionadas (ex Artículo 25 y doctrina constitucional que lo desarrolla).

*La Ley 16/1989 en su Artículo 10 autorizaba al Tribunal de Defensa de la Competencia, en la actualidad extinto, a imponer multas dentro de una amplia horquilla sancionadora, lo que de suyo “**amparaba un amplio abanico de discrecionalidad en la fijación, puntual y concreta a cada caso, de la sanción económica a imponer**”.*

Sin perjuicio de lo anterior, la Audiencia Nacional y también el Tribunal Supremo, con base en dicho precepto normativo han ido consolidado una doctrina jurisprudencial, en la que exigía la aplicación de una serie de reglas, tales como la proporcionalidad, la disuasión de la conducta infractora....

La Ley 15/2007 es, a mi entender más parca que la anterior, por lo que este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en aras a poner en el conocimiento público, su principal preocupación de transparencia, consagró unas normas propias de comportamiento y las publicó mediante una Comunicación.

*Esta Comunicación, loable y necesaria, si bien obliga a este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como marco propio de actuación, no goza sin embargo del amparo estricto del **principio erga omnes** y, en todo caso, debe aplicarse teniendo siempre a la vista las reglas exigidas por la doctrina jurisprudencial.*

*Doctrina jurisprudencial que, en todo caso, está dictada bajo el paraguas del Artículo 103 de la Constitución Española, que meridianamente dispone que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...**con sometimiento pleno a la ley y al Derecho**”.*

Tiene para mí una especial relevancia que la palabra ley lo es en minúscula, mientras la palabra Derecho lo es en mayúscula. Lo que equivale a considerar que una norma legal viene atemperada en todo caso por el Ordenamiento Legal y, lo que es más importante, sujeta a los principios creadores del Derecho para servir con objetividad los intereses generales, superiores y no sólo concretados particularmente a un sector o campo de la actividad económica.

De ahí que, la doctrina jurisprudencial sin colisionar el principio de legalidad ha venido atemperando el régimen sancionador propio de la competencia, adecuándolo en cada caso particular a otras superiores reglas para no lesionar intereses generales, nunca particulares.

Acotado lo anterior como doctrina general, en este concreto caso debieron tenerse en cuenta los siguientes parámetros:

1º al tratarse de conductas sancionables, siendo tipificadas a tenor de lo dispuesto en la Ley 16/1989 (ex Artículo 10) las mismas deben concretarse exclusivamente a lo que en dicho precepto se dispone, no pudiendo hacerse un híbrido entre los preceptos de la Ley 16/1989 con las consideraciones de nuestra Comunicación a la Ley 15/2007.

2º al tratarse de comportamientos surgidos en la aplicación de la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación, en virtud de la cual se crea ex novo un seguro de daños o de caución, de suscripción obligatoria, el bien jurídico protegido (la concreción de cualquier infracción colusoria de conductas) puede llevarnos a tutelarlos por exceso vía sanción, perdiendo la objetividad de la misma y su proporcionalidad.

Dicho en otras palabras, la restauración del bien atacado y causado, no puede serlo, en exceso vulnerando el marco normativo, que no sólo desconocería las reglas de la proporcionalidad y de la disuasión venidera de tales comportamientos, sino que por exceso entraríamos en una dinámica discriminatoria y, en algunos casos, confiscatoria expulsando a operadores del mercado al no poder hacer frente a las multas impuestas.

*Estaríamos en presencia, indirecta vía, de una **reformatio in Prius sui generis**.*

3º la restauración del daño causado no puede serlo con abstracción al diferencial entre daño causado y beneficio obtenido, fundamentando la multa en el volumen de negocios (como término matemático puro y duro) tanto de las compañías aseguradoras como de las reaseguradoras, sin distinción de negocio, ni de intervención en la conducta.

Lo que nos lleva a un trato desigual y, por ende, discriminatorio.

*En todo caso, **nada prudente**, contraviniendo el término **jurisprudencia**, en el que bien como sustantivo, bien como adjetivo está incurso el concepto de prudencia (Derecho prudente o prudencia en el Derecho).*

OCTAVO.- *A mi entender, en este orden sancionador, al no haberse acreditado las conductas que se imputan a las compañías aseguradoras y reaseguradoras y, en todo caso, al venir las mismas amparadas por Ley (Leyes, Reales Decretos Legislativos, Reales Decretos y Directiva Comunitaria) le resulta de aplicación por excepción lo dispuesto en el Artículo 81 de la UE, que lleva como consecuencia directa a la imposibilitar de hacer imputación por el Artículo 1 de la Ley Nacional.*

Por ello, inexistente la mayor deviene inaplicable la menor, debiendo necesariamente concluir acordando: (1) inexistencia de conductas sancionables; (2) aplicación del Artículo 81 de la UE; (3) e inaplicación de Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

NOVENO.- *El Expediente Sancionador S/0037/08 no aborda el segundo campo de eficacia, cual sería el de obligar a todas aquellas otras empresas del sector asegurador que, si bien no son parte conformadoras, ni miembros de ese cártel, no ajustarían sus conductas a los intereses de aquéllas otras, fijando precios de referencia distintos y no acomodándose a dichos planteamientos, lo que habría llevado a las empresas aseguradoras a fijar conductas comunes para sacarlos (expulsarlos) del mercado decenal.*

Esta no focalización de unas conductas seguidas por las imputadas, sí debió ser materia y causa de incoación de expediente sancionador por parte de la Dirección de Investigación.

Así, por este Mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 28 de Octubre del 2009.

TERCERO.- La totalidad de las empresas sancionadas, disconformes con lo resuelto, interpusieron Recursos Contenciosos-Administrativos ante la Ilma. Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, contra la Resolución de 12 de Noviembre del 2009, con el siguiente resultado:

ASEFA (Recurso 864/2009). La Ilma. Sala en sentencia dictada el día 4 de Enero del 2013 **ESTIMÓ** el recurso que **“anula la Resolución administrativa por no ser conforme a Derecho”**.

CASER (Recurso 869/2009). La Ilma. Sala en sentencia dictada el día 14 de Diciembre del 2012 **ESTIMÓ** el recurso que **“anula la Resolución administrativa por no ser conforme a Derecho”**.

SCOR (Recurso 865/2009). La Ilma. Sala en sentencia dictada el día 18 de Diciembre del 2012 **ESTIMÓ** el recurso que **“anula la Resolución administrativa por no ser conforme a Derecho”**.

SWIS (Recurso 877/2009). La Ilma. Sala en sentencia dictada el día 10 de Abril del 2013 **ESTIMÓ** el recurso que **“anula la Resolución administrativa por no ser conforme a Derecho”**.

MUNCHENER (Recurso 861/2009). La Ilma. Sala en sentencia dictada el día 18 de Diciembre del 2012 **ESTIMÓ** el recurso que **“anula la Resolución administrativa por no ser conforme a Derecho”**.

MAPFRE (Recurso 866/2009). La Ilma. Sala en sentencia dictada el día 20 de Marzo del 2013 **ESTIMÓ** el recurso que **“anula la Resolución administrativa por no ser conforme a Derecho”**.

CUARTO.- El Servicio Jurídico del Estado (Abogacía del Estado) disconforme con lo resuelto en la instancia interpuso Recursos de Casación contra las mismas, que fueron estimados parcialmente en el sentido: **(1)** declarando haber lugar al Recurso de casación; y **(2)** estimando las oposiciones, anulando en el extremo que concierne a la individualización de la sanción, cuyos importes deberán ser recalculados en los términos expuestos en los Fundamentos Jurídicos de la propia sentencia.

Los anteriores pronunciamientos tenían **dos excepciones sustantivas siguientes:**

La Sentencia dictada el día 27 de Mayo del 2015 por la Excm. Sección Tercera de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, en el marco del Recurso de Casación 1304/2013 de la que fue Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don Eduardo Espín Templado en cuya Parte Dispositiva se dice:

FALLAMOS

*Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de 20 de Marzo de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 866/2009. **Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho sexto.***

Previamente en el Fundamento de Derecho Quinto, la Excm. Sala discurre del siguiente tenor

QUINTO.- *Sobre el tercer motivo, referido a la valoración de la prueba. Finalmente, en el tercer motivo (erróneamente numerado como segundo), el Abogado del Estado pese a señalar que la valoración de la prueba no puede ser revisada en casación, considera que la apreciación de la misma por parte de la Sala de instancia ha sido ilógica pues no ha tenido en cuenta toda la contenida en el expediente administrativo y se ha limitado a **acoger de forma mecánica las alegaciones de la parte recurrente.***

*No es posible acoger tal argumentación, que constituye la habitual alegación en casación para instar una **revaluación** de las apreciaciones de las Salas de instancia sobre hechos y pruebas. Las apreciaciones fácticas son en muchos casos, como es natural, **discutibles sin que ello suponga que caen en la irracionalidad o arbitrariedad, como aquí se aduce, en una aceptación parcial de las posiciones de una de las partes.***

(...)

*Es importante dejar constancia que al diferir las diversas sentencias de instancia y diferir también los correspondientes recursos de casación formulados por la Abogacía del Estado, las sentencias de casación también han llegado a resultados diferentes. En particular en el Recurso 486/2013 y en el ahora resolvemos (...) son hechos que no es posible revisar en sede casacional, **junto con la específica formulación de los motivos en que se basan los recursos de casación del Abogado del Estado, CONDUCEN A UNA DECISIÓN DESESTIMATORIA DE LOS MISMOS***

*En el caso de autos, con independencia de las afirmaciones de la Sentencia sobre la existencia o no de conducta colusoria entre las compañías de seguros sancionadas, la Sala hace afirmaciones específicas sobre las mercantiles recurrentes que **excluyen su participación en los hechos**, pues literalmente afirma en cuanto a las reuniones preparatorias del documento “Medidas correctoras SDD-2002” que “**no consta que ASEFA Y MAPFRE se intercambiaran información sobre los elementos de la tarifa del seguro decenal relacionados con la prima comercial (recargo de seguridad, costes administrativos y margen de beneficios)**, establece que **no hubo reuniones de MAPFRE con sus competidores** entre 2002 y 2006 y, finalmente, lo que es más importante da por acreditado que la conducta posterior de MAPFRE **se limitó a requerir a las reaseguradoras que no le otorgasen un trato peor que a sus competidoras, pero no a comprobar si éstas cumplían el acuerdo contenido en el referido documento (fundamento de derecho sexto). EN SUMA, LA DECLARACIÓN DE HECHOS PROBADOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA EXCLUYE QUE LA MERCANTIL RECURRENTE EN ESTE PROCEDIMIENTO HAYA INCURRIDO EN CUALESQUIERA ACTUACIÓN COLUSORIA.***

QUINTO.- La segunda excepción sustantiva tiene su acogimiento en la Sentencia dictada el día 9 de Junio del 2015 por la Excma. Sección Tercera, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el marco del Recurso de Casación 486/2013 del que fue Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don Pedro José Yagüe Gil, en cuya Parte Dispositiva se dice

FALLAMOS

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

Previamente en el Fundamento de Derecho la Excma. Sala se pronuncia del siguiente tenor

SEGUNDO.- (...) La Resolución impugnada cuenta con un VOTO PARTICULAR discrepante, formulado por uno de los Consejeros **que entendió que no cabía imputar infracción administrativa alguna y que, en todo caso, la sanción impuesta habría sido erróneamente calculada.**

TERCERO.- Antes de comenzar el estudio de los motivos de casación que esgrime el Sr. Abogado del Estado, conviene dejar constancia del hecho de las

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

QUINTO.- (...) La Sala de instancia insiste en su afirmación cuando en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho nº 8 (página 15) dice que “respecto de Munich Re no existe evidencia de haber participado en el acuerdo inicial” (añadimos nosotros, **cualquiera que fuera el significado de ese acuerdo**).

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

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

*A propósito de este extremo, hemos de precisar que esta consideración de **la no restricción de la competencia** no la traemos a colación con la finalidad (que el Sr. Abogado ataca en su escrito de interposición de la casación) **de afirmar que si no hubo efectos en la competencia no hubo conducta anticompetitiva, ya que, en efecto, cuando ésta lo es por su objeto no se requiere la acreditación ni la producción de efectos.** La traemos a colación (sobre la base de que **está probado** que la actora no participó en la elaboración del documento) **únicamente** para destacar los datos del hecho que la sentencia expone para afirmar **la no participación de Munich Re en la aplicación, seguimiento y control del SUPUESTO ACUERDO.***

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

Este motivo debe ser rechazado (...)

OCTAVO.- En el tercer motivo de casación el Sr. Abogado del Estado alega (...) y ello, en criterio del Sr. Abogado del Estado, porque la Sentencia **valora como circunstancia excluyente del reproche antitrust el hecho de que el riesgo cubierto por el seguro decenal debe ser considerado “un riesgo nuevo”.**

Tampoco aceptamos este motivo, por una razón parecida a la que acaba de exponer: la Sala de instancia no estima el recurso contencioso-administrativo por la circunstancia de cubrir el seguro decenal “un riesgo nuevo”. La Sala habla de

que este seguro “fue una novedad” en España (página 11) y también que fue “de nueva implantación legal” (página 13), pero esas expresiones no se utilizan para extraer de ella consecuencias jurídicas, sino como explicaciones meramente históricas y descriptivas.

Lo cierto es que el recurso contencioso-administrativo no fue estimado por ello (por lo que este motivo de casación no es casual); la Sala estimó el recurso por la razón última que expone con claridad en la página 15 de la sentencia: “En conclusión, los hechos que se declaran probados en la Resolución impugnada no son suficientes para imputar a la actora la práctica anticompetitiva ante la existencia de diferencias notables en las condiciones aplicadas, especialmente en el caso de Munich RE, de la que no existe evidencia de haber participado en el acuerdo inicial “sobre precios mínimos”, ni desde luego en la puesta en práctica posterior, habiendo reconocido incluso la propia Resolución impugnada que la hoy actora, finalmente, no adoptó ninguna medida de boicot o represalia frente a otras compañías”.

NOVENO.- *Por último, en el cuarto motivo de casación el Sr. Abogado del Estado alega (...) que la Sala hace una valoración de la prueba ilógica, incoherente y arbitraria.*

Rechazamos el motivo (...)

El Sr. Abogado del Estado centra este motivo, sobre todo, en la circunstancia de haber hecho la Sala de la Audiencia Nacional suyas las afirmaciones del Dictamen Pericial, acogiéndolas a ciegas y literalmente, sin justificar ni razonar el por qué la tesis del Perito HA DE PREVALECER sobre la argumentación de la resolución sancionadora.

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

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

Pero, además, esa valoración de la prueba pericial NO CARECE DE EXPLICACIONES; por ejemplo, la de que precisamente la resolución impugnada NO PRESTA ATENCIÓN a la variación de un caso a otro de las comisiones abonadas por Munich RE a distintas aseguradoras (lo que la Sala califica de “hecho clave”); o la de que la Sala –dice ella misma– ha comprobado la certeza de la observación del Perito de haber existido fluctuaciones y una dispersión muy grande de las comisiones abonadas; o la de la llamada de la Sala a la simple regla de la oferta y la demanda para corroborar la conclusión del Perito sobre la subida y la bajada de las primas al hilo de la situación del sector inmobiliario, etc.

Como se ve, la aceptación de las conclusiones periciales no es ACRITICA, SINO EXPLICADA Y RAZONADA. Nada de ilógico, incoherente o arbitrario hay en esa apreciación de las CONCLUSIONES PERICIALES, ni en general, EN LA VALORACIÓN TOTAL DE LAS PRUEBAS OBRANTES EN EL PLEITO, SINO UN ESTUDIO RIGUROSO Y CONCIENZUDO DEL CASO DE AUTOS.

III.- PRIMERA DISCREPANCIA

PRIMERO.- Es una obviedad decir que la Sentencia de **9 de Junio del 2015** dictada por el **Presidente** de la Excm. Sección Tercera y con la **aclamación** de la totalidad de los Señores Magistrados que conforman Sala,

- **Primero** es de fecha posterior a las anteriormente citadas, por lo que goza del valor **final** del acontecer de este Expediente Sancionador, juntamente con la Sentencia de **27 de Mayo**.
- **Segundo** concreta y da **valor prevalente** a la Prueba Pericial frente a la total argumentación de la resolución administrativa sancionadora.
- **Tercero** por consecuencia de ello, la propia Excm. Sección Tercera **reconsidera** los planteamientos argumentativos seguidos en las anteriores Sentencias y, lo que es más importante, **se revoca a sí mismo en lo resuelto, dado que revisa en profundidad el iter argumentativo seguido**.

-----0-----

De ahí que se deba **CONCLUIR diciendo** que a la Resolución aprobada en la mañana del día de hoy Jueves 9 de Marzo del 2017 le deviene de aplicación la siguiente doctrina jurisprudencial y constitucional:

1º a la luz de “*las circunstancias fácticas y jurídicas sobrevenidas*” puestas de manifiesto en la Sentencia antes citada (Recurso de Casación 486/2013) que definitivamente y partiendo de la anterior (Recurso de Casación 1304/2013) fija el criterio de la Sala en este Expediente Sancionador.

Expediente sometido a un procedimiento de vigilancia, sugiere una duda razonable sobre la interpretación de la normativa aplicable y, en consecuencia, “*una aparente situación de confianza legítima*” propiciada por el Legislador y ello a la luz de las circunstancias fácticas y jurídicas **sobrevenidas**.

Expediente de vigilancia que si bien viene ordenado con causa en las Sentencias **anteriores** dictadas por la misma Excm. Sección Tercera (recálculo de la sanción impuesta), viene también **impelida** a tener en consideración lo finalmente resuelto en la Sentencia de 9 de Junio del 2015.

Y concluye diciendo la **STS 28 de Abril del 2016 (Recurso de Casación 677/2014)** de la que fue Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, “*que debe cohonestarse con el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas y, singularmente, el derecho a la presunción de inocencia con la observancia del principio de legalidad*”.

-----0-----

2º la **STC de 28 de Noviembre de 1991** basa su decisión favorable al amparo “en la consideración de que el proceso se halla informado por el Principio de Verdad Material, que compromete al órgano judicial en el descubrimiento de la totalidad de la relación jurídico-material debatida y que le **OBLIGA** a la introducción exhaustiva del material probatorio, determinando **EN TODO** que haya de tenerse por vulnerada la debida tutela judicial que sanciona el Artículo 24.1 CE”.

Ello no es óbice para el cumplimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, recogida en el Artículo 24.1 CE, que informa nuestro Ordenamiento Jurídico y en consonancia con la doctrina constitucional “sobre el carácter instrumental de los requisitos procesales y la prevalencia del Principio **PRO ACTIONE**”.

3º todo lo anterior debe ser valorado a la luz del *Principio de Congruencia*, en armonía y concordancia con el *Principio de Seguridad Jurídica*, en razón de la naturaleza del recurso contencioso-administrativo, “**debiendo distinguir el distinto grado de vinculación**, según se trate de dar respuesta explícita y pormenorizada a las pretensiones deducidas por las partes a los motivos de impugnación y a lo que son meras conjeturas, alegaciones o argumentación ex Artículo 33.1 LJCA” (**STC 278/2006 de 27 de Septiembre**).

-----0-----

4º la **INTANGIBILIDAD** de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos es, pues “un efecto íntimamente conectado con **la efectividad** de la tutela judicial, tal y como se consagra en el Artículo 24.1 CE, de tal suerte que ésta es también desconocida cuando aquélla lo es, **siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme**” (por todas las **SSTC 58/2000 de 25 de Febrero; 219/2000 de 18 de Septiembre; 151/2001 de 2 de Julio; 163/2003 de 29 de Septiembre; 15/2006 de 16 de Enero; 231/2006 de 17 de Julio y 63/2010 de 18 de Octubre**).

“En todo caso y para perfilar desde la óptica del Artículo 24.1 CE el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto por una resolución **resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión**” (**STC 207/2000 de 24 de Julio**).

A nadie puede escapársele la estricta aplicación del Ordenamiento Jurídico (Principio de Legalidad) que nuestro Tribunal Supremo hace y observa y por consiguiente conoce el Principio de Intangibilidad de las Resoluciones Firmes; pero obviamente también a nadie puede escapársele que puede

modificar su criterio en resoluciones posteriores, que en la práctica no es sino una revisión de su hacer y acontecer.

Esta situación-circunstancia jurídica es lo acontecido en este Expediente Sancionador, por cuanto la propia Excm. Sala no ha dudado en **rectificarse a sí mismo** en el marco del mismo Expediente Sancionador y ello con el intervalo de un mes, **concluyendo definitivamente** en los pronunciamientos de su Sentencia de 9 de Junio del 2015 (Recurso de Casación 486/2013) que previamente habían sido enunciados en la anterior Sentencia de 27 de Mayo del 2015 (Recurso de Casación 1304/2013).

-----0-----

Por consecuencia de todo ello y con amparo en lo establecido y argumentado, muestro **Mi Primera Discrepancia** por entender que a las empresas sancionadas se les debió aplicar la circunstancia modificativa de la responsabilidad: **la exigente completa**.

IV.- ULTERIORES DISCREPANCIAS

Sentado lo anterior y **ad cautelam** mi Segunda Discrepancia versa sobre los Criterios seguidos por la Resolución aprobada y de la que discrepo **“en orden a la imposición de la sanción”** que desarrollo seguidamente.

1º Ley aplicable a las infracciones que se imputan a las empresas y que no es otra que la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y en concreto lo prevenido en el Artículo 10 Multas Sancionadoras

Artículo 10. Multas sancionadoras

1. El Tribunal PODRÁ imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, **deliberadamente o por negligencia**, infrinjan lo dispuesto en los Artículo 1, 6 y 7 o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el Artículo 4.2 multas de hasta 150.000.000 de pesetas (901.518,15 euros), cuantía que PODRÁ ser incrementada hasta el 10 por 100 **del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal**.

2. La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

- a) la modalidad y alcance de la restricción de la competencia.
- b) la dimensión del mercado afectado.
- c) la cuota de mercado de la empresa correspondiente.

- d) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- e) la duración de la restricción de la competencia.
- f) la reiteración en la realización de las conductas prohibidas

-----0-----

Antes de abordar Mi Discrepancia, debo mostrar Mi Extrañeza **por dos previas consideraciones**. La primera, por qué extraño mecanismo argumentativo la Resolución finalmente aprobada ha seguido la Propuesta de la Ponente y se ha inclinado por sancionador vía alternativa segunda (Podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento) y ha despreciado hacerlo por la primera e inicial que el propio Artículo 10 propone y autoriza **“a imponer multas dentro de una amplia horquilla sancionadora, lo que de suyo ampara un amplio abanico de discrecionalidad en la fijación puntual y concreta, a cada caso, de la sanción económica a imponer”**.

Grado de discrecionalidad que, en modo alguno, puede ni debe predicarse de aplicarse la segunda vía alternativa sancionadora.

En todo caso, cualquier decisión **imperativamente debe ser motivada**, so pena de vulnerar el Principio Constitucional y Legal de Seguridad Jurídica.

La segunda es la calificada como **agravante** que no es otra que **“el seguimiento y la vigilancia por parte de los miembros del cártel, de cuidar de su cumplimiento”**. Decía entonces en mi Voto Particular Discrepante y sigo diciendo ahora que **“tal establecimiento es aberrante y difícilmente defendible, por cuanto la esencia misma del cártel es conceptualmente el seguimiento, permanencia y vigilancia de lo acordado, pues caso de no seguirlo por parte de aquella o aquellas empresas éstas abandonarían el cártel, con la consecuencia de no poder ser imputadas”**.

Y entonces concluía y ahora concluyo diciendo que **“de ahí, que negando la existencia de la circunstancia agravante que se les imputa; de ahí que al estar en presencia de una indefinición conceptual de lo que es una empresa aseguradora y de lo que es una empresa reaseguradora; de ahí que al estar en presencia de una indefinición de los mercados y su participación en ellos de las empresas aseguradoras y reaseguradoras; de ahí que al estar en presencia de un desconocimiento de cuáles sean las cifras del mercado de las aseguradoras y reaseguradoras; de ahí que al estar en presencia de cuáles puedan ser o son las imputaciones directas a las aseguradoras y cuáles lo son a las reaseguradoras; de ahí que al estar en presencia de un desconocimiento absoluto del cuál haya sido el beneficio ilícito obtenido por las aseguradoras, de cuál haya sido el**

*beneficio ilícito obtenido por las reaseguradoras, por y con causa directa de las conductas que se les imputan, la Resolución no tiene capacidad de imposición de una sanción no ya del incremento de hasta el 10 por ciento del volumen de ventas, **que no del volumen de negocios total**, sino tampoco de hasta el tope máximo de la cifra cerrada en Euros 901.518,16”.*

2º La Resolución de la que discrepo, finalmente, en sus páginas 25, 26 y 27 dice literalmente lo siguiente:

*En conjunto de factores expuestos anteriormente –conducta deliberada, gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico, efectos, características del mercado afectado, circunstancias que agravan el reproche sancionador y participación en la conducta– **permite concretar**, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios (**DEBE DECIR DEL VOLUMEN TOTAL DE VENTAS ex Artículo 10**), la valoración global de la densidad jurídica *iiii* ¿Qué figura jurídica es la densidad?*

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiadas las siguientes sanciones que suponen unos porcentajes inferiores al 10% sobre el volumen de ventas

	Importe de las sanciones	% sobre VNT
ASEFA	6.828.000 €	6,50%
CASER	124.988.000 €	5,30%
SCOR	336.806.000 €	5,80%
SWISS	1.068.919.000 €	5,50%

*Esta aplicación, en ejecución de las sentencias objeto de este expediente, del criterio del volumen total (*iii*) de ventas como base para la aplicación del límite máximo de la sanción, **exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción (*iiii*)** particularmente en el supuesto de empresas multiproducto. En este sentido, **se hace necesario realizar una estimación del BENEFICIO ILICITO que la entidad infractora PODRIA HABER OBTENIDO** de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes (**que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial *iiii***)*

*En el caso de **ASEFA** no resulta necesario realizar este ejercicio de proporcionalidad, dado que el límite de proporcionalidad estimado, está en el **ENTORNO** de 47.000.000 euros, siendo el importe de la **sanción estimada (*iii*)** inferior a esa cifra e inferior también a la multa de la Resolución sancionadora original, que ascendió a 27.759.000 euros.*

*La multa que le correspondería a **CASER** de acuerdo con la valoración de los criterios del Artículo 10.2 de la Ley 16/1989 supera con creces el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 13.400.000 euros, por lo que **resulta necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, HASTA QUE LA MULTA ALCANCE DICHO IMPORTE (iiii).***

Esta Sala considera, por tanto, que la sanción debe fijarse en 13.400.000 euros (iiii) cifra que resulta proporcionada a fin de no penalizar a CASER por su condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo.

Dicha multa es, además, inferior a la multa impuesta en la Resolución sancionadora original, que ascendió a 14.241.000 euros.

*La multa que le correspondería a **SCOR** atendiendo a los criterios concurrentes en su actuación supera ampliamente el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 28.700.000 euros, **por lo que se estima necesario reducir la sanción por motivos de proporcionalidad hasta dicho importe.***

De acuerdo con lo señalado, esta Sala considera que la sanción debe fijarse en 28.700.000 euros, siendo el importe proporcionado, atendiendo a las circunstancias concurrentes, para no penalizar a SCOR por su condición de empresa multiproducto.

La multa así determinada es, no obstante, superior a la multa fijada en la Resolución sancionadora original, por lo que, en aplicación del principio que prohíbe la reformatio in peius, debe imponerse a SCOR la multa de la Resolución original que ascendió a 18.599.000 euros.

*Por último, la multa que se considera habría de imponerse a **SWISS** atendiendo a las circunstancias de su conducta y de su participación **está muy por encima del límite de proporcionalidad estimado, que se sitúa en el entorno de 34.000.000 euros, por lo que es necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta dicho límite (iii).***

Esta sanción se considera proporcionada en la medida en que no penaliza a SWISS por su condición de empresa multiproducto. No obstante, al ser superior a la multa impuesta en la Resolución sancionadora original, que ascendió a 22.641.000 euros, en aplicación del principio que prohíbe la reformatio in peius, debe imponerse a SWISS la multa de la Resolución original.

Tras su lectura, debo confesar **mi imposibilidad lógica** de entender tal propuesta que, a mi juicio, carece de los necesarios requisitos de claridad en lo dicho, lo que necesariamente lleva implícito un oscurantismo hacia cualquier tercero, que de forma objetiva y no apasionada se enfrente con tal lectura. De ahí **Mi Discrepancia.**

V.- COMUNICACIÓN SOBRE CUANTIFICACIÓN DE SANCIONES Ulterior Discrepancia

A mi juicio y leal saber, esta Sala de Competencia sigue aplicando la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones, no obstante haber sido declarada ilegal por contraria al Ordenamiento Jurídico. Lo que lleva implícito **la falta de motivación** de esta Resolución aprobada en el día de hoy, de la que DISCREPO, “*en orden al régimen sancionador*” (*incongruencia omisiva*); lo que produce una indefensión a las empresas ASÍ SANCIONADAS, por vulneración de los principios de seguridad jurídica y legalidad.

Y ¿qué dice la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones de 6 de Febrero del 2009?. Según el Apartado II Estructura del cálculo de la sanción, el Punto 8 dispone que “*la cuantificación de la sanción por infracción de la normativa de competencia se realiza en las fases siguientes: (i) determinación del importe básico de la sanción, lo que el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz, llama poner los bueyes antes que la carreta; (ii) aplicación de un coeficiente de ajuste al importe básico en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, lo que el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz llama actuación a capón por arbitraria, que no discrecional; y (iii) ajuste cuando proceda a los límites establecidos en la LDC*”.

Y todo ello lleva a concluir en el Punto 12 al decir que “*cuando para alguno o algunos de los años del periodo de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido. Las ventas de cada año así calculadas se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el Punto 15.*

En el Punto 14 “*el importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción **un porcentaje que partiendo del 10% podrá incrementarse** en consideración a los siguientes criterios de forma cumulativa: (i) si la infracción es calificada como muy grave, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales; (...)* Por lo tanto, el importe básico se situará entre un 10% y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción”.

-----0-----

La simple lectura del régimen sancionador que hoy se nos propone, a semejanza reiterada de lo acontecido en todos y cada uno de los Expedientes Sancionadores en los que esos Consejeros fueron Ponentes (eso sí, sin que ello conste en la Resolución) y al efecto cito a modo de ejemplo y sin ánimo de agotar el tema el VS/0179/09 HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS (Cemex; Canteras de Echauri y Tiebas; Cementos Portland Valderribas) son una prueba evidente y palparía de ello.

De ahí que el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz en sus Votos Particulares dejara acreditado su pensamiento discrepante diciendo

PRIMERO.- Considero que la Resolución aprobada no satisface la obligación, repetidamente recordada por el TS, de fijar la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte de forma **debidamente motivada**. De la lectura de la Resolución **es totalmente imposible** conocer el procedimiento que da lugar a la multa impuesta. **No existe posibilidad alguna** de que de la lectura de la Resolución los sancionados puedan saber cómo resultan las cifras utilizadas (y ello contrasta con su extraordinaria finura numérica).

La Resolución dice (página 12) lo siguiente: La gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, efectos, características del mercado afectado, participación de la conducta infractora, ausencia de atenuantes y agravantes permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta. (De acuerdo con ello) esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 6,5%”.

En consecuencia, la individualización de la sanción ex Artículo 64 de la Ley 15/2007 **a fortiori** requiere un procedimiento más atinado que la simple apreciación subjetiva. (...) Pues bien, ¿cuál ha sido, si alguno, ese procedimiento sancionador?. **No hay forma de saberlo**. Y en esas condiciones ¿cómo puede XXX hacerse una idea de la bondad de su sanción vis-a-vis las eventualmente asignadas a las demás sancionadas?. **NO PUEDE.**

SEGUNDO.- La Resolución dice (página 12) lo siguiente: “(...) si se les (**sic**) aplicara el tipo sancionador que les (**sic**) correspondería por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, la sanción resultaría desproporcionada. Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito (de) la entidad infractora”. Pues bien: ¿**Cuál es** el beneficio ilícito que, según la propia Resolución resulta necesario para realizar “cualquier valoración de la proporcionalidad?. **No se sabe.**

En relación con ello, los miembros de la SALA con cuyos votos ha sido aprobada la Resolución afirman poseer un método para realizar “la estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora habría podido (**sic**) haber obtenido de la conducta” (...) Pero el caso es que aunque llevo pidiendo conocerlo desde hace tiempo **y a pesar de ser miembro de la SALA, aún no he conseguido verlo.**

VI.- FALTA DE MOTIVACIÓN Ulterior Discrepancia

Lo anterior vulnera la doctrina jurisprudencial uniforme, constante y reiterada de las Salas del Tribunal Supremo. Por todas, la **STS de 16 de Febrero 2015**

*“sobre la interdicción de que los órganos judiciales y/o administrativos incurran en **LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE MOTIVACIÓN DE SUS DECISIONES**, que garantizan los Artículos 24.1 y 120.3 CE, como un derecho fundamental reconocido a los ciudadanos”.*

*“Y ello como garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión adoptada es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento Jurídico y no fruto de la arbitrariedad; y que no impone **SÓLO** la obligación de ofrecer una **RESPUESTA MOTIVADA** sino que además ésta ha de tener un contenido jurídico”.*

*Por todas las **SSTS 118/2006 de 24 de Abril; 67/2007 de 27 de Marzo; 44/2008 de 10 de Marzo; 139/2009 de 15 de Junio; 160/2009 de 29 de Junio...***

En este mismo sentido la **STS de 30 de Septiembre de 2009 Recurso de Casación 1435/2008** en la que sostiene

“el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis en una triple exigencia (1) de un lado la exteriorización de un razonamiento que siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el Juzgador; (2) de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que habiendo sido planteadas en el proceso necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y (3) en fin, una decisión cuyo sentido abarque inequívocamente todas las pretensiones deducidas. Por cuanto y en todo caso, las resoluciones deben ser claras, precisas y congruentes, a la par que motivadas”.

-----0-----

En cuanto a los **Principios de Graduación y Proporcionalidad** reiterar lo pronunciado en la **STS de 22 de Mayo del 2015 Recurso de Casación 658/2013**, dictada por la Excma. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Fundamento de Derecho Séptimo en el que establece los siguientes pronunciamientos

*“(....) es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las Sentencias 6 de Junio 2007 (Recurso Casación 8217/2004) y 30 de Septiembre 2013 (Recurso Casación 5632/2009) que exige a la Administración que **INDIVIDUALICE LA SANCION** para adaptarla a la gravedad del hecho, **puesto que el ejercicio de la potestad sancionadora es de carácter reglado**; y está en consonancia con*

la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en las Sentencias 30 de Mayo del 2013 (C-70/12) y 29 de Abril del 2015 (C-148/14) que **OBLIGA** a las autoridades administrativas sancionadoras y a los tribunales de justicia en su función de **CONTROL DE LA LEGALIDAD** de las sanciones administrativas impuestas, **a considerar la totalidad de las circunstancias de hecho y de derecho específicas**, así como a tener en cuenta el comportamiento del presunto responsable y la mala o el ánimo fraudulento, **a los efectos de determinar el importe de la sanción de forma coherente y objetiva, con la debida observancia del principio de proporcionalidad**".

-----0-----

La Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, **SAN de 30 de Enero del 2014 (Recurso contencioso-administrativo 422/2012)**, recuerda

"constituye un principio esencial del derecho punitivo español la división en grados (mínimo, medio y máximo) dependiendo de la fijación de la cuantía de la multa/sanción la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad: eximentes, atenuantes y/o agravantes.

De ahí que partiendo de lo prevenido en el **Artículo 64. Criterios para la determinación del importe de las sanciones, Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia**, la doctrina jurisprudencial haya ido desarrollando, concretando y acotando, sobre la base de dicho precepto normativo legal, la siguiente debiendo valorarse

- (a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
- (b) La dimensión y las características del mercado afectado
- (c) Los efectos de la infracción en el mercado y sobre los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- (d) La duración temporal de la conducta restrictiva de la competencia.
- (e) La reiteración y demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.
- (f) La distinción entre conductas plenamente deliberadas de las simplemente negligentes o en las que coexistan mala fe o un ánimo fraudulento.

Y todo ello en orden **"a la discrecionalidad que no arbitrariedad"** que la Ley concede y que debe ser ejecutada *"ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con los señalados principios de tipicidad, proporcionalidad e individualización de la sanción, con la finalidad de adaptarla a la gravedad de la conducta"*.

-----0-----

En ocasiones puede surgir un conflicto entre los dos objetivos que debe cumplir la sanción: **la proporcionalidad** en orden a la gravedad de la sanción a imponer; **y la disuasión**.

La **STS 29 de Enero del 2015 (Recurso de Casación 2872/2013)** se pronuncia al efecto al establecer

*“(....) se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia (...). **PERO TAL CARACTER NO PUEDE CONSTITUIRSE EN PREVALENTE (....) DESPLAZANDO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**”.*

Ello plantea la necesidad de conocer **con qué limitación** opera el carácter disuasorio de las sanciones. En la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia **el legislador no lo explicita**, de ahí que haya sido necesario vía doctrina jurisprudencial la que lo acote al establecer la Sentencia de 29 de Enero del 2015

“Las sanciones (....) en el ámbito del derecho de la competencia –que no difiere en este punto de otros sectores del Ordenamiento– han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener beneficios económicos derivados de las infracciones.

(....) Si el legislador considera oportuno incrementar “el efecto disuasorio” a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales.

*(....) Aunque ello dependerá ya del legislador (....) un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel disuasorio adecuado quizás debería implicar no sólo la ausencia de aquellos beneficios **sino un plus** (...).*

En todo caso, corresponde a la Ley –y NO A QUIEN LA EJECUTA O LA INTERPRETA- establecer los límites que el legislador considere oportunos para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones”.

VII.- CONCLUSIÓN

En mérito a la totalidad de establecimientos previamente concretados y desarrollados, este Consejo **Discrepa** de la Resolución aprobada por aclamación en el día de hoy Jueves 9 de Marzo del 2017 y lo es por los siguientes motivos-causas:

1ª siguiendo el mandato de las Sentencias de 9 de Junio del 2015 (Recurso de Casación 486/2013) y la anterior de 27 de Mayo del 2015 (Recurso de Casación 1304/2013) a las empresas hoy sancionadas al igual que sucediera con las liberadas de responsabilidad en los antedichos Recursos de Casación, debió por las razones citadas, concluirse con una declaración de exoneración de responsabilidad por concurrir la circunstancia de **eximente completa**.

2º y en todo caso y **ad cautelam y alternativamente**, por cuanto la Resolución aclamada vulnera el Ordenamiento Jurídico al aplicar *de facto* la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones, declarada por el Tribunal Supremo ilegal por ser contraria al Ordenamiento Jurídico.

Una simple lectura del texto de dicha Comunicación con el desarrollo argumentativo seguido, una vez más, por esta Resolución, tal y como hemos desarrollado anteriormente, hace prueba plena de ello.

En todo caso carece de motivación, lo que vulnera los principios de seguridad jurídica y legalidad, dado que es imposible saber cómo se ha llegado a cuantificar la multa-sanción.

Así, por este Mi Voto Particular Discrepante lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 14 de Marzo del 2017.

-----0-----

OTROSÍ DIGO: ANÁLISIS DE MIS VOTOS PARTICULARES, por esta Sala de Competencia, una vez formulados y notificados a las partes interesadas con la Resolución, en unidad resolutoria.

Finalmente es de mi interés y derecho dejar acreditados los siguientes pronunciamientos en orden a la formulación de Mis Votos Particulares.

1º la formulación de Votos Particulares Discrepantes tiene su amparo legal en las siguientes leyes procesales que devienen de aplicación, bien directa bien indirecta por inexistencia de precepto expreso en el orden administrativo

- La Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil dispone en su Artículo 205 que *“1. Todo el que tome parte en la votación (...) firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, **formular voto particular**, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada (...) con los que estuviere conforme; 2. El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al Libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por la mayoría. Cuando, de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación, **el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella”**.*

- La Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial dispone en su Artículo 157 “1. Concluida la discusión de cada asunto, se procederá a la votación, que comenzará por el Juez o Magistrado más moderno y seguirá por orden de menor antigüedad, hasta el que presidiere. La votación será secreta si lo solicitare cualquiera de los miembros; 2. El Juez o Magistrado que disintiere de la mayoría podrá pedir que conste su voto en contra. Si lo desea, podrá formular voto particular, escrito y fundado, que se insertará en el acta (...).

En su Artículo 260 dispone que “1. Todo el que tome parte en la votación (...) firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, **formular voto particular**, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada con los que estuviere conforme; 2. El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al Libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por la mayoría. Cuando de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación, **el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella**”.

- La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su Artículo 27 Actas dispone “1. De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará **necesariamente** los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados; 2. En el acta figurará a solicitud de los respectivos miembros del órgano, **el voto contrario al acuerdo adoptado**, su abstención y los motivos que la justifiquen o en el sentido de su voto favorable. Asimismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporte en el acto o en el plazo que señale el Presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose así constar en el acta o uniéndose copia a la misma; 3. **Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas, que se incorporará al texto aprobado**; 4. Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos”.
- La Ley 40/2015 de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Artículo 19 apartado 3.c) dispone que “los miembros

del órgano colegiado deberán ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que los justifican”.

2º por imperativo legal, al formar el Voto Particular Discrepante parte inherente y sustantiva de la Resolución finalmente aprobada y notificada a las partes interesadas, es metafísicamente imposible **so pena de vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica** que el órgano resolutorio pretenda **re-deliberar nuevamente** el procedimiento administrativo ya deliberado y cerrado.

En Derecho tal acontecer viene vedado **“por cuanto dicho órgano administrativo ha perdido la competencia objetiva y funcional para seguir conociendo del procedimiento, Voto Particular incluido”** lo que conlleva la nulidad de todo lo actuado.

3º en clara vulneración del Ordenamiento Jurídico,, el Presidente de esta sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia viene incluyendo en los Órdenes del Día **“el análisis de mis votos particulares”**.

Y al afecto y en amparo a esta afirmación concreto los **ORDENES DEL DIA DEL CONSEJO EN SALA DE COMPETENCIA** siguientes y con sus respectivas leyendas

- **15 de Noviembre del 2016 Punto 3. Análisis votos particulares, Expediente S/DC/0555/15 PROSEGUR-LOOMIS.**
- **10 de Noviembre del 2016 Punto 3. Análisis de los votos particulares en los Expedientes VS/0179/09 HORMIGON Y PRODUCTOS RELACIONADOS; VS/0241/10 NAVIERAS CEUTA 2; y VS/0287/10 POSTENSADO Y GEOTECNIA.**
- **3 de Noviembre del 2016 Punto 3. Análisis del Voto Particular formulado por el Consejero F. Torremocha en el Expediente VS/0646/08 AXION-ABERTIS.**
- **27 de Octubre del 2016 Punto 3. Análisis del Voto Particular formulado por el Consejero F. Torremocha en el Expediente VS/0646/08 AXION-ABERTIS.**
- **6 de Octubre del 2016 Punto 3. Análisis de los votos particulares formulados por los Consejeros Torremocha y Valdés en los Expedientes VS/0646/08 AXION-ABERTIS; y SNC/DC/007/16 AGENCIAS DE VIAJE.**

- **15 de Septiembre del 2016 Punto 3. Análisis de los Votos Particulares formulados por el Consejero F. Torremocha en los Expedientes SAMAD/09/13 I HONORARIOS PROFESIONALES ICAM y SAMAD/09/13 II HONORARIOS PROFESIONALES ICAAH.**

4º esta pretensión del Presidente acogida incondicionalmente por los Consejeros Sra. Ortiz y Sr. Guinart, por cuanto nunca se han opuesto a la misma, **fueron sistemáticamente reprobadas** por mí y por el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz **por entender vulneraba el principio de legalidad y también el de seguridad jurídica**; y así consta expresamente en las Actas correspondientes.

5º los Órdenes del Día son **publicitados y enviados** por el Señor Secretario a los cinco Consejeros que conforman esta Sala de Competencia, a sus respectivas secretarías, a la Dirección de Competencia, al departamento de Promoción de la Competencia, a la Jefa de Prensa de la Comisión, etc.

6º en una obviedad evidente que tal acontecer **tiene una finalidad coaccionante y obstruccionista a mi labor jurisdiccional y al desempeño de las funciones que tengo asignadas por Ley.**

No es cuestión menor *“la usurpación de funciones” que se irroga esta Sala, contraviniendo el ordenamiento jurídico, reiterada y reiterativamente”.*

7º en todo caso, tras la promulgación y publicación de la Constitución española, los **Tribunales de Honor** fueron declarados anticonstitucionales y su aplicación **contra legem** incurra en el conocimiento del orden jurisdiccional penal.

Fecha ut supra, 14 de Marzo de 2017.