



Roj: **SAN 2941/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2941**

Id Cendoj: **28079230062018100331**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/07/2018**

Nº de Recurso: **348/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000348 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02827/2017

Demandante: SWISS REINSURANCE COMPANY ("SWISS RE") Y DE SWISS RE EUROPE S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador: D. JOAQUÍN FANJUL DE ANTONIO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diez de julio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 348/17 promovido por el Procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio, actuando en nombre y representación de **Swiss Reinsurance Company ("Swiss Re") y de Swiss Re Europe S.A. , Sucursal en España**, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de marzo de 2017, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 que obliga a recalcular el importe de la sanción impuesta inicialmente a por la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009 (*Expediente S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal*). La sanción finalmente impuesta por la resolución recurrida asciende a 22.641.000 euros



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

"1. Declare que dicha Resolución no es conforme a Derecho, la anule y declare que no procede imponer sanción ninguna a mis representadas.

2. Subsidiariamente respecto a lo anterior, declare que dicha Resolución no es conforme a Derecho, la anule y proceda a reducir la sanción impuesta a mis representadas al límite absoluto previsto en el artículo 10.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, hasta un máximo de 901.518,16 Euros.

3. Subsidiariamente respecto a lo solicitado en los números 1 y 2 anteriores, declare que la Resolución recurrida no es conforme a Derecho, la anule y proceda a reducir significativamente la sanción impuesta a mis representadas, conforme a las consideraciones expuestas en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente demanda.

4. Subsidiariamente respecto a lo solicitado en los números 1 a 3, declare que la Resolución recurrida no es conforme a Derecho, la anule y ordene a la CNMC que adopte una nueva Resolución en la que cuantifique la sanción pecuniaria a imponer a mis representadas conforme a los criterios establecidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y a las exigencias incluidas en la STS de 22 de mayo de 2015 y las derivadas de la aplicación del principio de proporcionalidad, reduciendo significativamente la sanción, en los términos expuestos en los Fundamentos de Derecho Tercero y Sexto de la presente demanda.

5. En todo caso, declare el derecho de mis representadas a obtener la devolución del importe de la sanción de 22.641.000 euros impuesta por la Resolución de la CNMC, abonada por aquéllas con fecha de 18 de mayo de 2017, más los intereses correspondientes, ordenando a la Administración el abono de dicho importe e intereses.

6. Condene en costas a la Administración demandada. ..."

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Mediante auto de 11 de octubre de 2017, se acordó el recibimiento del pleito a prueba practicándose la admitida y teniendo por unidos los documentos aportados y una vez declarado concluso el procedimiento y pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 4 de julio de 2018, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución dictada con fecha 9 de marzo de 2017, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el (Expediente S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal) cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"...ÚNICO.- Imponer, en ejecución de las Sentencias del Tribunal Supremo, y en sustitución de las inicialmente impuestas en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia de 12 de noviembre de 2009 (Expediente S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal), las siguientes multas a las siguientes compañías::

- A SWISS REINSURANCE COMPANY y SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA, AGENCIA DE REASEGUROS, S.A. 22.641.000 euros. "

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

Por Resolución 12 de noviembre de 2009, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó :

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, prohibido por el artículo 81 . l. letra a) del Tratado CE y por el artículo 1.1 letra a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia .

SEGUNDO.- Declarar responsables de esta infracción a ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS; MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; MAPFRE RE COMPAÑÍA DEREASEGUROS, S.A.; CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.;

SCOR GLOBAL P&C, S.E.; MUNCHENER RUCKVERSICHERUNGSGESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN; SWISS REINSURANCE COMPANY; y SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA, AGENCIA DE REASEGUROS, S.A.

TERCERO.- Imponer una multa de:

27.759.000 Euros a ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS.

21.632.000 Euros a MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A.

14.241.000 Euros a CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.

18.599.000 Euros a SCOR GLOBAL P&C, S.E.

15.856.000 Euros a MUNCHENER RUCKVERSICHERUNGS GESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN.

22.641.000 Euros a SWISS REINSURANCE COMPANY y SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA, AGENCIA DE REASEGUROS, S.A.."

2.- Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido antes esta Sección bajo el número 877/2009, concluyó mediante Sentencia de 10 de abril de 2013 , que estimó parcialmente el recurso interpuesto por SWISS contra la Resolución de 12 de noviembre de 2009, anulando ésta en cuanto a la cuantificación de la multa, ordenándose a la CNMC que la calculase de nuevo, conforme a lo expuesto en su Fundamento Jurídico Séptimo, en el que acoge los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 .

3.- En ejecución de lo resuelto en dicha sentencia, la CNMC, mediante la resolución de 9 de marzo de 2017, ha impuesto una sanción de multa a Swiss Reinsurance Company (" **Swiss Re** ") y de Swiss Re Europe S.A., Sucursal en España, de 22.641.000 de euros, que es la que aquí se impugna.

SEGUNDO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia que la resolución recurrida es nula porque vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las SSTS Mapfre y Munich Re, por haberla sancionado cuando procedía exonerarles de responsabilidad a la vista de aquellos pronunciamientos y para evitar la aplicación incoherente del artículo 101 del TFUE y la violación de los principios de igualdad y no discriminación contenidos en los artículos 20 y 21 de la CDF.

En segundo lugar, sostiene que la resolución recurrida es nula porque vulnera los artículos 25.1 de la Constitución y 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con los artículos 9.3 y 25.1 del Texto Constitucional, pues infringe el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables en relación con la determinación del importe de la sanción, al haber aplicado retroactivamente, a un caso sujeto a la Ley 16/1989 (i) la metodología más restrictiva de cálculo de multas diseñada por la CNMC para la aplicación de la actual Ley 15/2007 tras la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo derivada de su Sentencia de 29 de enero de 2015 , así como, (ii) de nuevo, la Comunicación de Multas de 2009.

Asimismo es nula porque carece de la necesaria motivación en la determinación del importe de la sanción, infringiendo el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, los artículos 9.3 y 24 de la Constitución española y 54 de la Ley 30/1992 .

La Resolución recurrida es nula porque vulnera el derecho de defensa generando indefensión infringiendo el artículo 24 de la Constitución y el 47 de la CDF, al haber utilizado a la hora de calcular la sanción información no obrante en el expediente a la que la actora no ha tenido acceso y, que por tanto, no ha podido rebatir.

Sostiene que la resolución recurrida es nula porque vulnera el principio de proporcionalidad, en infracción de los artículos 106.1 de la Constitución , 131 de la Ley 30/1992 , así como el artículo 10 de la Ley 16/1989 y la jurisprudencia aplicable, en la cuantificación del importe de la sanción impuesta a Swiss Re y Suiza. Y ello, por los siguientes motivos:

i. La Resolución recurrida fija una multa significativamente superior a la que fue anulada por la STS de 22 de mayo de 2015 , por haber sido calculada con un método desproporcionado por suponer un sesgo al alza de las sanciones, (sanción que posteriormente es ajustada al importe de la sanción original por aplicación del principio de prohibición de *reformatio in peius* .

ii. La Resolución recurrida aplica un tipo sancionador desproporcionado.



- iii. La Resolución recurrida supera injustificadamente el límite máximo ordinario de las sanciones del artículo 10 de la Ley 16/1989 y utiliza, además, un volumen de ventas erróneo para calcular la sanción.
- iv. La Resolución recurrida valora erróneamente la alegada cuota de participación de las recurrentes en la supuesta infracción
- v. La Resolución recurrida no valora adecuadamente el carácter multiproducto de Swiss Re.
- vi. La Resolución recurrida no ha considerado correctamente el papel del supuesto beneficio ilícito a la hora de modular el importe inicial de la sanción.
- vii. La Resolución recurrida no extrae consecuencia alguna del hecho de que la cuota de mercado afectada por la conducta es significativamente inferior a la considerada por la Resolución de 12 de noviembre de 2009.
- viii. La Resolución recurrida ignora que el Tribunal Supremo ha confirmado que la Resolución de 12 de noviembre de 2009 no acreditó la existencia de efectos en el mercado por la infracción que se sanciona.

La Resolución recurrida aplica como circunstancia agravante un elemento que es parte del tipo que sanciona y que además no concurre en relación con Suiza y Swiss Re, como confirman las STS Mapfre y Munich Re.

La Resolución recurrida considera para cuantificar la sanción otras circunstancias aludidas en la Resolución de 2009 y que no han sido confirmadas por el Tribunal Supremo e ignora otras que debieron tenerse en cuenta para cuantificar la sanción.

TERCERO .- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda razona, con fundamento en la resolución impugnada en que se encuentra suficientemente motivada y que se ajusta al principio de proporcionalidad y contesta cada uno de los motivos impugnatorios que deduce la actora.

CUARTO.- La parte recurrente sostiene que la resolución es inmotivada. Sin embargo, su lectura revela la concreción práctica de cada uno de los criterios que contempla el art 10 de la Ley 16/1989 , en atención a la singular participación de la actora en la conducta ilícita para fijar el importe de la sanción, como exige el Tribunal Supremo.

La resolución sancionadora comienza precisando que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un importe que, atendiendo a la gravedad de la infracción, podrá sobrepasar la cifra de 150 millones de pesetas (901.518,15 euros) con el límite del 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución (esto es, 2008).

A partir de ahí, tiene en cuenta los criterios establecidos en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989 para obtener un tipo sancionador global, que después se aplica al volumen de ventas totales en el ejercicio anterior a la sanción para obtener la multa en euros.

a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción:

"el cártel comprendía la totalidad del territorio nacional. La conducta, además, producía efectos en el ámbito comunitario y por ello se aplicó el artículo 81 TCE (hoy 101 TFUE).."

b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables:

"Además de la larga duración de la infracción, el Consejo también ha tenido en cuenta los siguientes factores o circunstancias objetivas: [...] (ii) Que las aseguradoras y reaseguradoras imputadas son las tres primeras del mercado español de seguro directo y de reaseguro de SDD, con una cuota conjunta de mercado de las aseguradoras del 61- 70% (HP 2.5) y las reaseguradoras del 38/63% (estimados: HP 2.7) en el periodo 2002 a 2007..."

Ahora bien, explica que, *" tras la anulación por el Tribunal Supremo de las resoluciones sancionadoras correspondientes a MAPFRE y MUNCHENER, estas empresas han de ser excluidas del cálculo de la cuota de mercado relevante afectado por la conducta. Siendo ello así, de acuerdo con los hechos declarados probados en la resolución (HP 2.5 y 2.7), cabe concluir que la cuota conjunta de las responsables de la conducta en el mercado de SDD oscila, durante el periodo 2002 a 2008, entre el 38% y el 48% para las aseguradoras, y entre el 23% y el 45% durante el mismo periodo para las reaseguradoras (frente al 61-70% y el 38-63% declarado, respectivamente, en la resolución sancionadora original). En consecuencia, se constata que la cuota de mercado es lógicamente menor que la apreciada inicialmente al excluir la cuota de MAPFRE (en ámbito de seguro) y la de MUNCHENER (en ámbito de reaseguro), pero sigue siendo significativa. "*

c) La duración de la infracción:

" Las infractoras son responsables de participar en un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, desde enero de 2002 hasta diciembre de 2007"



d) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos:

"se produjo un aumento de las tasas medias, consecuencia de lo cual el sector de la construcción, de especial importancia para la economía española, se vio perjudicado.

La resolución original también tuvo en cuenta "que el acuerdo ha afectado a un producto de contratación obligatoria, por lo que la demanda es inelástica" así como que "el promotor de la edificación, en tanto que tomador del seguro, tiene la posibilidad de transferir el coste del seguro al comprador final de la vivienda".

Por último, en la resolución original también queda constatado "que es una infracción deliberada, en el sentido de que las empresas eran conscientes del carácter restrictivo de la competencia de su conducta" (FD décimo bis10).

A partir de estos criterios generales, toma en consideración, según datos proporcionados por la recurrente que su volumen de negocios total en 2008 fue de 19.434.900.000 euros.

Tiene en cuenta la concurrencia de una circunstancia agravante, la conducta de vigilancia y seguimiento de los acuerdos.

Para individualizar la sanción a imponer toma en cuenta el volumen de negocio del mercado afectado (VNMA) y la cuota de participación de cada empresa en el mismo.

En el caso de SWISS es de 365.702.00 y la cuota es del 27,8%

Los factores, anteriormente expuestos, -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- la resolución recurrida ha concretado, 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 las empresas.

Una vez obtenido el tipo sancionador global, se procede a la concreción del tipo sancionador aplicable a cada una de ellas, atendida la gravedad y circunstancias de la conducta, y su respectiva participación en ella, resultando un tipo del 5,5% sobre el volumen de negocios total para SWISS.

Como vemos, la resolución sancionadora indica, de conformidad con el art. 10.2 de la Ley 16/1989, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador, aunque no precise en cada uno de ellos el peso que se le da a la hora de determinarlo, sin que ello se traduzca en falta de motivación, pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

Seguidamente, se procede a la individualización de las sanciones, en función del volumen de negocio en el mercado afectado de cada empresa y su cuota de participación en la conducta, que aparecen reflejados en una tabla en la Resolución recurrida, según la cual, la cuota de participación de SWISS en el mercado afectado por la infracción fue del 27,8%.

QUINTO.- *A partir de aquí, la parte recurrente sostiene que la resolución recurrida es nula porque vulnera la jurisprudencia contenida en las SSTS Mapfre y Munich Re, por haber sancionado a SWISS RE y SRE cuando procedía exonerarles de responsabilidad a la vista de aquellos pronunciamientos y para evitar la aplicación incoherente del artículo 101 del TFUE y la violación de los principios de igualdad y no discriminación contenidos en los artículos 20 y 21 de la CDF.*

Según SWISS, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en las SSTS Mapfre y Munich Re determinaban la obligación de la CNMC de eximir de responsabilidad a SWISS en ejecución de la STS de 22 de mayo de 2015 -bien declarando la ausencia de prueba sobre la participación de SWISS RE y SRE en la infracción, bien, subsidiariamente, declarando que no procedía imponerles sanción alguna.

Ahora bien, la STS de 22 de mayo de 2015, rec.2449/2013 se limitó a ordenar a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que determinase el importe de la multa ciñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, "ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10; sin que para la cuantificación de la multa puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009; sin que en la nueva resolución que se dicte pueda imponerse una



multa que supere el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución (artículo 10.1 de la Ley 16/1989); y sin que en ningún caso pueda resultar una multa de cuantía superior a la sanción (22.641.000 euros) que ahora se anula. "

Ese fallo es el que vincula a la CNMC, el que debe ejecutar y con ese limitado alcance dictó la resolución ahora impugnada sin que aquella pudiera exonerar de responsabilidad a SWISS RE y SER en virtud del criterio de las sentencias Mapfre y Munich Re que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 22 de mayo de 2015 , no aplicó y lo hizo conscientemente pues, en la sentencia de 9 de junio de 2015 , rec. 486 / 2013 (Munich Re) destaca que *"conviene dejar constancia del hecho de las soluciones distintas que esta Sala ha dado a los recursos de casación en los que se impugnan sentencias de la Audiencia Nacional sobre la misma resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia, soluciones distintas que han sido originadas por dos datos esenciales, a saber, primero, la distinta hechura jurídica de las respectivas sentencias de instancia, todas ellas estimatorias de los recursos contencioso administrativos pero cada una con sus hechos probados propios afectantes a cada recurrente; y segundo, la específica configuración del recurso de casación como un recurso extraordinario donde solamente en casos excepcionales puede variarse por este Tribunal la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, es decir, donde sólo por excepción pueden no respetarse los hechos declarados probados por ésta."*

Por lo tanto, el Tribunal Supremo era plenamente consciente de los diferentes pronunciamientos que respondían a los hechos probados propios de la sentencia de instancia referida a cada recurrente y, en éste sentido, vemos como en la sentencia de 22 de mayo de 2015, rec.2449/2013 de cuya ejecución se trata advierte que *"las referidas prácticas de seguimiento y control y, desde luego, las actividades de represalia frente a los incumplidores, son conductas anticompetitivas constitutivas por sí mismas de infracción."*

Añade que *"el que no conste acreditada la intervención de la recurrente en todas y cada una de las manifestaciones de la conducta anticompetitiva no excluye que Suiza/Swiss RE deba ser considerada responsable de la infracción, al haber quedado acreditada su participación en otros hechos o facetas de la conducta infractora;"*

Y la hace responsable, ente otras actividades de *" las de seguimiento y control y de rechazo frente a los incumplidores"*.

Estas razones revelan que las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre el presente expediente S/0037/08 , *Compañías de Seguro Decenal* no revelan incongruencia entre ellas pues, como explica la sentencia de 27 de mayo de 2015, rec.1304/2013 (MAPFRE) *" la Sala ha deliberado conjuntamente con el presente recurso los de las restantes sociedades sancionadas por la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2.009 (asuntos 481, 483, 486, 583 y 2.449/2.013)"* y las distintas sentencias se dictaron por el Tribunal Supremo a partir de los hechos probados de cada sentencia de instancia y en función de los motivos planteados en cada recurso y el hecho de que las dictadas para Munich Re y MAPFRE las exoneraran de responsabilidad no significa que la CNMC al ejecutar la sentencia de 22 de mayo de 2015 , referida a las ahora recurrentes tuviera también que exonerarlas de responsabilidad pues a ellas les imputa como conductas ilícitas *" las de seguimiento y control y de rechazo frente a los incumplidores"*.

No apreciamos por ello trato discriminatorio alguno ni una aplicación incoherente del artículo 101 el TFUE ni infracción de los principios de igualdad y no discriminación de la CDF, razones por las que entendemos no procede plantear cuestión prejudicial, como interesa la parte recurrente.

SEXTO. - En segundo lugar, la actora denuncia la infracción del principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables en relación con la determinación del importe de la sanción, al haber aplicado retroactivamente, a un caso sujeto a la Ley 16/1989 (i) la metodología más restrictiva de cálculo de multas diseñada por la CNMC para la aplicación de la actual Ley 15/2007 tras la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo derivada de su Sentencia de 29 de enero de 2015 , así como, (ii) de nuevo, la Comunicación de Multas de 2009

Sin embargo, la resolución impugnada se ha limitado a ejecutar lo ordenado por la STS de 22 de mayo de 2015 pues, la determinación de la sanción impuesta en la misma a SWISS se ajustó *" a los criterios contenidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio , interpretados conforme a la doctrina del Tribunal Supremo relativa al citado precepto" (...)*, de acuerdo con lo ordenado por la STS de 22 de mayo de 2015 relativa a SWISS que se ejecutaba en la misma (junto al resto de las sentencias relacionadas con el expte S/0037/08 , *Compañías de Seguro Decenal*.

Dicha STS ordenaba expresamente a la CNMC que determinase el importe de la multa *" ciñéndose a lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , ponderando las circunstancias señaladas en el apartado 2 del citado artículo 10; sin que para la cuantificación de la multa*

puedan seguirse las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009".

Y esto es lo que se ha hecho pues la resolución recurrida se ha limitado a aplicar, como hemos visto, los criterios comprendidos en el artículo 10.2, de la Ley 16/1989 .

SÉPTIMO.- Se denuncia, seguidamente que la resolución es inmotivada al no explicar la determinación del importe de la sanción

El argumento no puede prosperar porque, la resolución recurrida ha tenido en cuenta y aplicado, de conformidad con el art. 10.2 de la Ley 16/1989 , los criterios allí contemplados para fijar el tipo sancionador, aunque no precise en cada uno de ellos el peso que se le da a la hora de determinarlo, sin que ello se traduzca en falta de motivación, pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 , en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)."

OCTAVO.- De nuncia SWISS la nulidad de la resolución recurrida por indefensión al utilizar información no presente en el expediente sancionador de seguro decenal.

Según SWISS, la resolución recurrida es nula porque vulnera el derecho de defensa generando indefensión infringiendo el artículo 24 de la Constitución y el 47 de la CDF, al haber utilizado para calcular la sanción información no obrante en el expediente a la que no ha tenido acceso y, que por tanto, no ha podido rebatir.

Se refiere, en concreto, a los elementos utilizados para calcular y ponderar el beneficio ilícito y, entre ellos, el margen bruto de explotación.

La respuesta a esta denuncia de la actora requiere distinguir dos momentos.

El nuevo cálculo de la sanción que impone la STS se realiza con sujeción a los criterios establecidos en el art. 10.2 de la Ley 16/1989 que antes hemos detallado, proyectados sobre los hechos que la resolución sancionadora declara como probados.

Por tanto, esta operación de recálculo no requiere acudir a datos ajenos al expediente.

Lo que sucede es que la aplicación de estos criterios no impide que la sanción que resulte pueda resultar desproporcionada siendo necesario por ello establecer un límite de proporcionalidad para ajustar la concreción de la sanción a la efectiva dimensión de la conducta lo que se lleva a cabo mediante una estimación del beneficio ilícito obtenido con la realización de ésta. Decimos una estimación porque la determinación exacta de ese beneficio normalmente no es fácil por la insuficiencia de los datos y para llegar a esa estimación, es necesario tener en cuenta alguna valoración del margen bruto de explotación, que puede obtenerse de la información publicada por las empresas infractoras y otras empresas del sector en el Registro Mercantil, por lo que se trata de información pública aunque, efectivamente, ajena al expediente sancionador.

Podría no acudirse a esos datos y no fijar el beneficio ilícito, pero es un criterio útil para verificar la proporcionalidad de la sanción pues, en el presente caso, si no se hubiera realizado una estimación del límite de proporcionalidad a la hora de recalcularse la sanción, la multa de la recurrente podría ascender a 1.068.919.000 euros frente a los 34.000.000 que le hubiesen correspondido tras la aplicación del límite de proporcionalidad (antes, por supuesto, de la aplicación de la prohibición de *reformatio in peius*).

Por lo tanto, aunque formalmente para obtener el margen bruto de explotación hay que acudir a información de carácter público que, efectivamente, no obra en el expediente, no apreciamos que esa circunstancia determine una indefensión material a la actora pues se utiliza siempre para ajustar la proporcionalidad de la sanción reduciendo la que correspondería por la mera aplicación del tipo correspondiente, a lo que se añade que ni siquiera se invoca que sea errónea por lo que debemos rechazar este motivo impugnatorio.

NOVENO.- So tiene la actora que la resolución recurrida infringe el principio de proporcionalidad, con distintos argumentos.

Así, se expone que la resolución recurrida fija una multa significativamente superior a la que fue anulada por la STS de 22 de mayo de 2015 por haber sido calculada con un método desproporcionado por suponer un sesgo al alza de las sanciones, (sanción que posteriormente es ajustada al importe de la sanción original por la prohibición de la *reformatio in peius* .



A juicio de la actora, la resolución recurrida fija una multa muy superior a la que fue anulada por la STS de 22 de mayo de 2015 , tanto si se atiende a la sanción inicial como a la resultante de aplicar un supuesto "límite estimado de proporcionalidad"

Sin embargo, la sanción de SWISS fue anulada por utilizar un método contrario a derecho, el de la Comunicación de 2009, declarado así por el Tribunal Supremo sin que la sentencia entrase a analizar si la sanción impuesta era proporcional o no.

La STS de 29 de enero de 2015 , razonó que en una buena parte de los casos la Comunicación de multas de 2009 anulada implicaba " *establecer un sesgo al alza de los importes de las multas* ", pero ello no implicaba que todas las sanciones impuestas siguiendo la metodología de la Comunicación de 2009 -y en concreto la impuesta a SWISS- fueran desproporcionadas, ni que no puedan imponerse sanciones iguales o superiores mediante otra metodología sancionadora.

En el presente caso, la aplicación de un tipo sancionador del 5,5% que puede llegar al 10%, no puede considerarse desproporcionado si tenemos en cuenta que se trata duna infracción muy grave una vez analizados los caracteres de la conducta realizada, esto es que se trata de una conducta deliberada, la gravedad de la infracción, el alcance y ámbito geográfico de ésta, los efectos y las características del mercado afectado.

Cuestión distinta es que al tratarse de una empresa multiproducto, la aplicación automática del tipo sancionador, calculado en función de la gravedad y circunstancias de la conducta, dé lugar a una sanción desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta, lo que obliga a aplicar un límite de proporcionalidad estimado, resultando la multa que hubiese correspondido en un tipo sancionador equivalente al 0,17% del volumen de negocios de SWISS en el año 2008, por lo que no puede considerarse desproporcionada.

DÉCIMO.- Ar gumenta la recurrente que la resolución recurrida ha superado injustificadamente el límite máximo ordinario de 901.518,16 € de tope de la sanción que la autoridad de competencia sólo puede incrementar hasta el límite del 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico anterior con carácter "excepcional".

Sin embargo, la tesis de la recurrente no es correcta pues la imposición de multas superiores a 901.518,16 € en aplicación de la Ley 16/1989, no tiene ese carácter extraordinario al que alude, sino que opera como un límite alternativo al expresado por el 10 % del volumen de negocios. La normativa de competencia debe atender al carácter disuasorio de la multa frente a la conducta constitutiva de infracción con el fin de que su importe disuada la realización de aquella y, por esa razón, la Ley 16/1989 permite a la autoridad de competencia aplicar cualquiera de los dos límites atendidas las circunstancias del caso con esa finalidad disuasoria.

Ahora bien, la resolución sancionadora debe explicar por qué impone una sanción que supera el límite de 901.518,16 € previsto en la ley 16/1989 y así lo hace la resolución ahora impugnada cuando afirma que:

" La infracción que acredita la Resolución de 12 de noviembre de 2009, confirmada por el Tribunal Supremo, es una infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989 , que el Consejo de la CNC, a la vista de las circunstancias recogidas en el artículo 10 de dicha ley , consideró muy grave.

La gravedad de la infracción no ha sido cuestionada en las sentencias del Tribunal Supremo y, en consecuencia, tampoco la aplicación del límite del 10% sobre el volumen de ventas que, en ejecución de aquellas, ha de ser el volumen total correspondiente a 2008 de cada empresa sancionada, de conformidad con lo ya argumentado."

No apreciamos por ello infracción alguna en ese aspecto.

UNDÉCIMO.- Sostiene seguidamente la actora que el término "volumen de ventas" contemplado en el artículo 10.1 de la Ley 16/1989 se refiere al volumen de ventas afectado por la infracción o, subsidiariamente, al volumen de ventas total en España, ambos, en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción.

Sin embargo, esa interpretación no se corresponde con la finalidad disuasoria de la multa y con el tenor literal del precepto por lo que entendemos que el volumen total de la empresa se corresponde con las ventas totales realizadas por la misma en cualquier lugar del mundo, que es la cifra que aparece publicada en las cuentas anuales de las empresas.

En éste sentido, en la sentencia de 22 de junio de 2018 , rec. 344 / 2017 hemos considerado también que el volumen de negocios total incluye el obtenido fuera de España

Tampoco puede prosperar el alegato de la parte recurrente cuando afirma que la resolución recurrida toma en consideración las cifras (365.702.000 euros) que habían sido aportadas en el expediente sancionador original (escrito de 10 de agosto de 2009), correspondientes a las primas brutas aceptadas por Swiss en cada uno de los ejercicios, ajustadas posteriormente para reflejar las primas previstas contablemente y finalmente no



ejecutadas, a la fecha de dicho escrito y no las proporcionadas posteriormente por SWISS en su escrito de alegaciones de 5 de febrero de 2017.

En realidad, la Sentencia del TS que obliga a recalcular la sanción no modificó ningún otro elemento de la resolución original, por lo que el recálculo de la multa debe realizarse con los mismos datos fácticos con los que se calculó la sanción inicial luego anulada sin que pueda tomarse en consideración la cifra que propone la actora.

DÉCIMOSEGUNDO.- Se alega también que la resolución recurrida no valora adecuadamente el carácter multiproducto de Swiss Re ya que la utilización del "volumen de negocios total" de la Ley 15/2007 en lugar del "volumen de ventas" afectado de la Ley 16/1989 supone que la multa potencial se pueda incrementar exponencialmente, más aún si dicho volumen "total" se interpreta como volumen de ventas mundial.

Sin embargo, el volumen de ventas en el mercado afectado en el año anterior al de la sanción, no puede tomarse en consideración para fijar ésta ya que esta cifra en ningún caso proporcionaría una medida de la dimensión de la conducta, como expresamente señalan los criterios expuestos en el art. 10.2 de la ley 16/1989. De seguir el criterio de SWISS, es decir, tomar en cuenta el volumen de ventas en el mercado afectado durante 2008, la respuesta sancionadora sería la misma independientemente de que se sancionara la conducta cometida en un año que si esta se hubiera prolongado durante varios años, careciendo de efecto disuasorio.

Por esa razón, para garantizar la proporcionalidad de la sanción el volumen de negocio en el mercado afectado (VNMA) se utiliza en un segundo momento para, una vez aplicado el porcentaje correspondiente sobre el volumen total de ventas, estimar el límite de proporcionalidad de cada empresa, garantizando así que debido al carácter multiproducto de determinadas empresas la sanción obtenida inicialmente no sea desproporcionada.

DÉCIMOTERCERO.- Se gún la actora, la resolución recurrida no estima correctamente el supuesto beneficio ilícito a la hora de modular el importe inicial de la sanción.

A juicio de SWISS, la Resolución de la CNMC recurrida yerra en el cálculo del beneficio ilícito y en la valoración de su papel como modulador del importe de la sanción. Entienden por ello que el ajuste de proporcionalidad realizado ha sido arbitrario.

Sin embargo, la resolución impugnada explica que para realizar este ejercicio de proporcionalidad, se ha estimado el beneficio ilícito que las infractoras habrían obtenido y aunque es verdad que no se explica el proceso seguido para ello, ya hemos recordado como la Jurisprudencia del TJUE no requiere detallar cada uno de los pasos realizados en la cuantificación de la sanción para que ésta se encuentre debidamente motivada.

En todo caso, el límite de proporcionalidad se obtiene multiplicando el beneficio ilícito estimado (para lo que se utiliza el margen bruto de explotación) por un factor que garantice el carácter disuasorio de la sanción, porque las sanciones, para ser disuasorias, deben ser al menos iguales al beneficio ilícito (siempre que esto sea compatible con el límite legal del 10% establecido en la ley).

En el presente caso, el margen bruto utilizado para todas las empresas de este expediente fue del 7% y el factor utilizado para garantizar la disuasión fue de 1,4.

Por lo tanto, la CNMC realizó una estimación del beneficio ilícito objeto como forma de garantizar la proporcionalidad de la sanción.

DECIMOCUARTO.- Afirma también la actora - que la resolución no extrae consecuencia alguna del hecho de que la cuota de mercado afectada por la conducta es significativamente inferior a la considerada por la resolución de 12 de noviembre de 2009

Como hemos visto, a la hora de recalcular la sanción se tiene en cuenta que el número de empresas participantes en la infracción es cuatro y no seis, tras la anulación de la sanción impuesta a dos empresas como se indica en la Resolución de recálculo. Esto reduce la cuota del mercado relevante afectada por la infracción, que se tiene en cuenta, a la hora de determinar el tipo sancionador global, común a todas las empresas infractoras. Por esa razón, el tipo global obtenido será menor al fijarlo por referencia a cuatro empresas en lugar de a seis. Ahora bien, el que haya menos empresas infractoras determina que la cuota de participación de cada una de ellas en el total de la infracción sea mayor, incrementándose la parte del tipo sancionador que corresponde a la individualización de las sanciones.

Por todo ello, la cuantía de la sanción no tiene porqué ser menor por haber dos empresas menos que en la Resolución original.

Dice también la parte actora que la resolución ignora que el TS ha confirmado que la Resolución de 12 de noviembre de 2009, no acreditó la existencia de efectos en el mercado por la infracción que se sanciona



Para entender este alegato, debemos recordar que SWISS se basa en la aplicación a su conducta de las sentencias del TS de 27 de mayo (STS Mapfre) y de 9 de junio de 2015 (STS Munich RE), en lugar de la STS de 22 de mayo referente a su propia conducta.

Sin embargo, ya hemos dado respuesta en la primera alegación a que el Tribunal Supremo ha resuelto con arreglo a los diferentes hechos probados y a los motivos de recurso también distintos para justificar los pronunciamientos divergentes respecto del mismo expediente seguro decenal.

En el presente caso, la STS aplicable a SWISS anuló la resolución sancionadora en lo que se refiere al importe de la sanción ordenando su recálculo a la CNMC pero desestimó en todo lo demás las pretensiones de SWISS, por lo que no cabe extender el criterio de las sentencias Mapfre y Munich Re a las recurrentes.

DECIMOQUINTO.- Sostiene la actora que la resolución recurrida aplica como circunstancia agravante un elemento que es parte del tipo que sanciona y que, además, no concurre en relación con Suiza y Swiss Re, como confirman las STS Mapfre y Munich Re

Ya hemos razonado que no cabe extender los razonamientos de las sentencias del TS MAPFRE y MUNICH RE a la actora, pero con independencia de ello, no es cierto que se haya aplicado una circunstancia agravante en relación con los sistemas de vigilancia y seguimiento lo que sucede es que para determinar el tipo sancionador global y valorar las circunstancias globales de la conducta se tiene en cuenta el empleo de sistemas sofisticados de vigilancia y seguimiento, ya que la presencia de estos sistemas merece un reproche sancionador mayor pero no como circunstancia agravante.

Añade que la Resolución recurrida considera para cuantificar la sanción otras circunstancias aludidas en la Resolución de 2009 y que no han sido confirmadas por el TS e ignora otras que debieron tenerse en cuenta para cuantificar la sanción).

SWISS explica que la resolución recurrida cita como factor relevante para cuantificar la sanción, confirmado por el TS el "carácter deliberado de la infracción" pero destaca que este elemento no fue constatado en la STS de 22 de mayo de 2015 ni está justificado para incrementar el importe de la sanción.

Paralelamente, la Resolución recurrida ignora otras circunstancias concurrentes que excluirían la existencia del elemento intencional que menciona la CNMC como el contexto jurídico confuso, el contexto histórico e internacional en el que se produjo la conducta sancionada, y la intervención de la Administración, circunstancias que fueron reflejadas en las Sentencias de la Audiencia Nacional, confirmadas por las SST MUNICH RE y MAPFRE.

Sin embargo, como destaca la resolución impugnada, fue la resolución original de 2009 la que constató " una infracción deliberada, en el sentido de que las empresas eran conscientes del carácter restrictivo de la incompetencia de su conducta " (FD décimo bis" .

Efectivamente, en la resolución sancionadora de 2009 se refleja que:

"El Consejo de la CNC considera que en el expediente existe evidencia suficiente para afirmar que se trata de una infracción deliberada de la normativa nacional y comunitaria de defensa de la competencia. Expresiones tales como: (i) que la reunión sería en Cepreven pues "en Unespa no se puede hablar de esto"; esto es, de la conducta de MUSAAT; (ii) "cuidado con el Tribunal de la Competencia y los acuerdos entre los líderes de los mercados"; (iii) o "con el fin de no perder clientes y argumentando el Tribunal de Defensa de la Competencia", que las dos MAPFRE manifestaron con el objeto de relajar el acuerdo de precios mínimos. También es relevante en este sentido el hecho de que SUIZA en su informe de la reunión celebrada el 7/05/2002 hubiese borrado de la lista de asistentes a sus competidores SCOR y MRSEP (HP 18). Estas conductas y expresiones de las imputadas (referenciadas al final del Fundamento de Derecho Tercero), acreditan por sí mismas que las empresas eran conscientes del carácter ilícito de su acuerdo de precios mínimos."

Esta apreciación no resultó afectada por la STS que solo anuló la resolución sancionadora por el método de cálculo de la sanción por lo que estos elementos deben tenerse en cuenta de nuevo a la hora de recalcular la sanción

Lo propio sucede, con la pretensión actora de la aplicación de circunstancias concurrentes que excluirían la existencia del elemento intencional que fueron reflejadas en las Sentencias de la Audiencia Nacional y confirmadas por las SST MUNICH RE y MAPFRE porque tales circunstancias no fueron tenidas en cuenta en la STS sobre SWISS y no cabe extender, ya lo hemos dicho, los criterios de las sentencias del TS sobre MAPFRE y MUNICH RE a SWISS.

DECIMOSEXTO.- Finalmente, la recurrente denuncia que la resolución recurrida no concreta el "último ejercicio de ponderación" de la sanción a imponer con base al beneficio ilícito supuestamente obtenido, que no explica.



En realidad, la resolución recurrida explica que la aplicación del volumen de negocios total como base para la aplicación del tipo sancionador que le corresponde a cada empresa, exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción, que se basa en el beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta ilícita en el mercado afectado.

Esto es especialmente necesario en aquellas empresas que realizan otras actividades al margen del negocio afectado y que podrían verse afectadas desfavorablemente por la aplicación de ese criterio.

La determinación del beneficio ilícito obtenido por la realización de la infracción a partir de datos como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante opera como límite de proporcionalidad que la multa resultante de aplicar el tipo sancionador al volumen de negocios total de la empresa sancionada no puede superar.

En el caso de la recurrente, la sanción resultante de aplicar al volumen de negocios total el tipo de sancionador que le corresponde por la gravedad de la infracción y por su participación en ella, es de 34.000.000 euros, por lo que es necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta dicho límite.

Desde el punto de vista de su condición de empresa multiproducto, la sanción impuesta, atendidos los datos empleados por la CNMC no resulta desproporcionada. Lo que sucede es que resulta superior a la inicialmente impuesta, lo que prohíbe el principio de la *reformatio in peius*, de ahí que se imponga la multa de la resolución original.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida lo que excluye la reducción de la sanción en los términos que se indican en las pretensiones subsidiarias que formula la actora.

DECIMOSÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas a la parte recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio, actuando en nombre y representación de **Swiss Reinsurance Company ("Swiss Re") y de Swiss Re Europe S.A., Sucursal en España**, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 9 de marzo de 2017, que, en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 y en relación al Expediente S/0037/08, *Compañías de Seguro Decenal*) fijó definitivamente la sanción en 22.641.000 euros, resolución que declaramos conforme a derecho.

2.-. Procede imponer las costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su no tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 12/07/2018 doy fe.