



Roj: **SAN 2568/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2568**

Id Cendoj: **28079230062018100285**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/06/2018**

Nº de Recurso: **350/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000350 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02828/2018

Demandante: SCOR GLOBAL P&C S.E.

Procurador: DÑA. MARÍA ISABEL CAMPILLO GARCIA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a trece de junio de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 350/2017, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. MARÍA ISABEL CAMPILLO GARCÍA, en nombre y en representación de **SCOR GLOBAL P&C S.E.**, contra la Resolución 9 de marzo de 2017 de la sala de competencia de la CNMC por la que se ejecuta la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015.

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que se anule la resolución recurrida y se declare lo siguiente:

- Que, a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo y 9 de junio de 2015 , no se imponga sanción alguna a SCOR GLOBAL P&C S E.

- Alternativamente, en caso de que esta Sala considerara que debe imponerse sanción alguna a SCOR GLOBAL P&C S.E., que ésta respete el límite de 901.518,16 euros establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989 .

- Alternativamente, en caso de que esta Sala considerara que la multa debiera superar el límite antes indicado, solicitamos respetuosamente que esta Sala declare;

o (i) Que la Resolución de Ejecución ha tomado como base una cifra de negocios errónea que corresponde a una persona jurídica distinta a la que se dirigían las actuaciones, lo que resulta contrario a los derechos de defensa de esta Parte.

o (ii) Que el único volumen de negocios relevante que debe tomarse como base para el recalcu de la sanción es el correspondiente al mercado del seguro decenal en España.

o (iii) Que, en caso de que esta sala considere que deben tomarse en cuenta todas las ventas, el volumen de negocios relevante debería constreñirse al de la sucursal en España de SCOR GLOBAL P&C S.E., de manera que se respete el principio de igualdad de trato, toda vez que éste es el criterio que ha seguido la CNMC respecto del resto de empresas afectadas por el procedimiento de referencia.

o (iv) Que, en caso de que se rechace el punto anterior, la multa no considere las ventas realizadas por SCOR GLOBAL P&C S.E. fuera de España.

o (v) Que, con independencia del volumen de negocios que se tome como base para el recalcu de la sanción, se tenga en consideración que la mitad del volumen de negocios ha sido retrocedido a otras personas jurídicas.

o (vi) Que se motive suficientemente la determinación del tipo sancionador.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - No habiéndose solicitado trámite de vista y tras el trámite de conclusiones escritas, se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló inicialmente para el día 6 de Junio, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo Resolución 9 de marzo de 2017 de la sala de competencia de la CNMC por la que se ejecuta la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 .

SEGUNDO. - Son hechos relevantes para la adecuada resolución de la cuestión que se somete a esta Sala los siguientes:

- Mediante resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, recaída en el expediente S/0037/08, se declaró 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, letra a) del Tratado CE , y por el artículo 1.1, letra a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , de la que es responsable, entre otras compañías aseguradoras y reaseguradoras, la mercantil recurrente. A la recurrente se le impuso una multa de 18.599.000 euros.

- Esta Sala conoció del recurso número 865/2009, en el que se dictó sentencia de fecha 18 de diciembre de 2012 , cuyo fallo dice literalmente: « Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de SCOR GLOBAL P&C SE contra el Acuerdo dictado el día 12 de noviembre de 2009 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual anulamos por no ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas. »

- Frente a esta Sentencia interpuso recurso el Sr. Abogado del Estado que se tramitó bajo el número 481/2013 y que concluyó con sentencia de fecha 22 de Mayo de 2015 que acordaba: Primero.- Que debemos



declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 865/2009, que casamos. Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil SCOR GLOBAL P&C SE contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, recaída en el expediente S/0037/08, que se anula en el extremo que concierne a la individualización de la sanción, cuyo importe deberá determinarse por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en los términos fundamentados. (A dichos términos haremos referencia en el Fundamento Jurídico siguiente)

- Se interpuso recurso de amparo frente a la sentencia en cuestión que fue inadmitido por el Tribunal Constitucional.

- Finalmente, en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, se dictó la resolución que ahora es objeto de recurso por la que se impone la sanción ahora impugnada cuyo importe es el mismo que aquella que se impuso originariamente.

TERCERO.- La sentencia del Tribunal Supremo a la que nos acabamos de referir, en el FJ último se refería a los criterios sobre la graduación de la sanción del siguiente modo: No obstante, en lo que concierne al motivo de impugnación sustentado en la vulneración del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y a la aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes, estimamos que procede, en congruencia con lo resuelto por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de mayo de 2005 (RC 2449/2013), ordenar a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que determine la cuantía de la sanción de multa atendiendo a los criterios de graduación de las sanciones, establecidos en dicha disposición legal, excluyendo la aplicación de la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de sanciones, que ha sido declarada nula por la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013), 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 (2008); y, en fin, sin que en ningún caso pueda resultar una multa de cuantía superior a la sanción impuesta que anula.

CUARTO.- La conducta imputada consistió en fijar unos precios mínimos en el seguro decenal por daños en la edificación

En concreto, la resolución inicialmente dictada, en relación a la ahora recurrente afirma que

"(..) SCOR (..) han tenido una participación y una responsabilidad en la infracción imputada de los arts. 81.1 TCE y 1.1 Ley 16/1989 imputada muy similar, si bien no idéntica. Las tres reaseguradoras participaron en los contactos y reuniones desarrollados durante el segundo semestre de 2001 preparatorios del acuerdo de precios mínimos, recibieron de ASEFA el documento "Medidas Correctoras SDD-2002" que recogía tal acuerdo anticompetitivo, y su conducta fue decisiva para aplicar el acuerdo a los restantes operadores del mercado mediante su imposición a través de los contratos de reaseguro, en los que se incluían cláusulas y anexos que recogían las condiciones de suscripción y tarificación mínimas pactadas. Las tres vigilan el cumplimiento del acuerdo por parte de las cedentes, y contactaron entre sí cuando detectaron incumplimientos (HP 30 a 38). Consta que SCOR llegó a deshacer una operación por este motivo (folio 7452 confidencial AUSBANC). Tras la ruptura por MUSSAT de la homogeneidad del mercado creada por el Cártel, las tres adoptaron conductas dirigidas a mantener el acuerdo de precios mínimos. En este sentido no aceptaron la propuesta de MAPFRE de rebajar las condiciones mínimas pactadas (HP 47 y 49). Existe prueba de que (...) y SCOR, siendo reaseguradoras tradicionales de MUSSAT, no concertaron con esta aseguradora reaseguro para 2007 (folio 6654 confidencial AUSBANC). Está probado que ha sido SCOR quien ha negado a MUSAAT reaseguro para 2007 como respuesta a su conducta de no respetar el acuerdo de precios mínimos (folios 3374 y 3375; HP 47, 46, 49, 52, 54, 57 y 58).

(...)

En consecuencia, el Consejo considera que a (...), SCOR (...) les resulta de aplicación la agravante de vigilancia y denuncia de los incumplimientos del acuerdo, y a SCOR, además, la agravante de boicot a MUSAAT

De acuerdo con la información facultada por las empresas sancionadas, sus volúmenes de negocios totales en 2008 son los que se recogen en la tabla siguiente:

VNT en 2008 (€)

ASEFA 105.042.32712

CASER 2.358.271.48413



SCOR 5.810.000.00014

SWISS 19.434.900.00016

En lo referente a la duración de la restricción de la competencia, en el caso de ASEFA, SCOR y SWISS, la Resolución de 12 de noviembre de 2009 consideró acreditado que la conducta comenzó en enero de 2002 y concluyó en diciembre de 2007. En lo que respecta a CASER, la infracción se desarrolló entre enero de 2006 y diciembre de 2007.

El Consejo de la CNC consideró concurrentes dos circunstancias que han de ser tenidas en cuenta también para individualizar la sanción: " *Por esta razón, el Consejo considera las conductas de vigilancia y denuncia así como las de retorsión y boicot como dos circunstancias distintas que agravan la responsabilidad de las empresas en que concurran,*" (*FD décimo bis*).

Sobre la base de estos datos, la resolución toma en consideración un Volumen de Negocios en el Mercado Afectado de 308.000.000 euros en relación a la ahora recurrente por lo que como la cuota de participación es de 23,5%, se le podría imponer una multa superior a la que se impuso en la resolución objeto de recurso por lo que, finalmente, se acuerda imponer la multa en el mismo importe que se impuso originariamente.

También ha aplicado el porcentaje de un 5,80 sobre el VNT y toma en consideración el hecho de que se trata de una empresa multiproducto por lo que lleva a cabo una reducción más efectiva con el fin de que se llega a poder fijar una multa por importe de 28.700.000 euros que como también es superior a la fijada por la resolución inicial obliga a mantener la multa inicialmente impuesta.

QUINTO.- La parte recurrente entiende que debe estimarse el presente recurso y anularse la resolución recurrida toda vez que el Tribunal Supremo anuló (según afirma en la demanda) en otras dos sentencias posteriores a la que se dictó en el caso presente, idéntica resolución de la CNMC.

Tal cosa no es como se plantea por la parte recurrente.

En la *Sentencia correspondiente al recurso 2449/2013* se afirmó en el Fundamento Jurídico Decimo que: "Conclusión. Compartimos el parecer de la Comisión Nacional de la Competencia -y discrepamos, por tanto, de la Sala de instancia- en cuanto a la existencia de la conducta infractora imputable a Suiza/Seis RE; pero entendemos, que procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución sancionadora impugnada en lo que se refiere al importe de la sanción, aspecto éste en el que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia resulta contraria a derecho."

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

En la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el *recurso 486/2013* la cuestión resultó, a su vez, diferente: ya se advertía por el Tribunal Supremo en su FJ Tercero que la solución ofrecida respecto de unos recurrentes no era trasladable a otros: "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 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".

El fallo, literalmente, decía que "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 de 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".

En cualquier caso, mediante la resolución que ahora se impugna, se está ejecutando una sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo que ordenaba, precisamente, que se dictara una nueva resolución fijando el importe de la multa atendiendo a diversos parámetros. Por lo tanto, ninguna influencia pueden tener en este caso las sentencias dictadas en otros supuestos aunque tengan en origen último en la misma resolución sancionadora. Si una sentencia posterior dictada en otro recurso contencioso debiera tener efecto en la que ahora se trata de ejecutar, debería haberse actuado en la forma prevista para la revisión de sentencias, circunstancia que tampoco concurre en el caso presente.

SEXTO.- El argumento fundamental de la parte recurrente que hace referencia a que se ha tomado en consideración la cifra de negocios total de la empresa matriz sancionada por lo que se ha incumplido lo recogido en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y ello pues se debía haber tomado en consideración el volumen de ventas en el mercado afectado que era el del seguro decenal de daños a la edificación.

La motivación de la resolución recurrida no puede considerarse insuficiente puesto que, partiendo de lo dicho en la resolución inicial, y de los criterios expuestos por el Tribunal Supremo en la sentencia que se trata de ejecutar, la resolución ahora impugnada incorpora el razonamiento lógico que le ha llevado a fijar el importe de la multa con el que finalmente se sanciona a la ahora recurrente.

No puede olvidarse que la multa debe tener un carácter disuasorio por lo que, si tomáramos en consideración solamente el volumen de ventas del mercado afectado por la actividad que ha dado objeto a la imposición de la sanción, y tomáramos en consideración dicho volumen solo en España, y esto sucede con una empresa de un importante volumen total de negocios, el importe de la multa sería muy pequeño y promocionaría la reiteración de la conducta puesto que el importe de la sanción debe ponerse en relación con la importancia de la empresa en el mercado afectado (que en este caso es del 23,5%)

Por esta razón, el volumen total de negocios de la empresa, y no el referido a la concreta actividad, es el que se debe tomar en consideración para el nuevo cálculo de la multa, resultando que es con el porcentaje que se toma en consideración a la hora de fijar la sanción con lo que se atienden a las demás circunstancias que alega la recurrente en su escrito de demanda.

Debe recordarse lo dicho por el Tribunal Supremo en la sentencia correspondiente al recurso 3854/2013 (aunque referido a la interpretación del artículo 63 de la Ley 15/2007) en relación a los límites para el cálculo de la multa "la noción de volumen total del negocio que se contempla en el apartado primero del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, al establecer las sanciones correspondientes a las infracciones leves, graves y muy graves, se refiere a la cifra total de negocio de la empresa infractora en todas sus actividades, comprendidas las de sus filiales y participadas, en este caso hasta el porcentaje que les corresponde. Por otra parte, los porcentajes de 1, 5 y 10 % de los tres tipos de infracciones, son el rango en que se pueden mover las correspondientes sanciones (0-1%, 0-5% y 0-10%), en función de la gravedad, duración y demás circunstancias moduladoras de la sanción que contempla el apartado 1 del artículo 64 (entre las que se encuentra las dimensiones y características del mercado afectado) y de las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en los apartados 2 y 3 del mismo precepto; no son los referidos máximos, en cambio, un umbral de nivelación, como sostiene también el Abogado del Estado".

Esta sentencia se remitía a la anterior, también dictada por el Tribunal Supremo, en el recurso 2872/2013 donde, entre otras consideraciones relevantes, se afirmaba que: "La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción".

La motivación de la resolución recurrida también sirve para entender oportunamente justificado el importe de la multa impuesta. El artículo 10 de la ley 16/89 establece al respecto que: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 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, 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".

Efectivamente, en este caso la multa impuesta supera los 150 millones de pesetas pero esta Sala entiende suficiente la justificación ofrecida y que ha dado lugar a que se imponga la sanción en el mismo importe que la resolución inicialmente dictada.

Finalmente, en relación a la cuestión de la indebida motivación de la justificación del importe de la multa, debemos atender a lo que señala el TJUE en la sentencia correspondiente al asunto C-194/14 (ACTr euhand AG) cuando afirma que "En la medida en que ACTr euhand recrimina al Tribunal General haber considerado erróneamente que la Comisión había motivado suficientemente su decisión en lo que respecta a los criterios adoptados para fijar las multas impuestas, ha de señalarse que, 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, C295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)".

SÉPTIMO. - De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , las costas procesales de esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte recurrente.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Procurador de los Tribunales MARÍA ISABEL CAMPILLO GARCÍA, en nombre y en representación de **SCOR GLOBAL P&C S.E.** contra la Resolución de 9 de marzo de 2017 de la Sala de competencia de la CNMC por la que se ejecuta la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 , resolución que confirmamos por ser conforme a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.

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 19/06/2018 doy fe.