



Roj: **SAN 2483/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2483**

Id Cendoj: **28079230062020100236**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **15/09/2020**

Nº de Recurso: **310/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000310 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02548/2017

Demandante: CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (en adelante, "CASER")

Procurador: D^a. ANDREA DE DORREMOCHEA GUIOT

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a quince de septiembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **310/2017** promovido por la Procuradora D^a. Andrea De Dorremochea Guiot, en nombre y representación de **CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.** (en adelante, "CASER"), 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 la recurrente 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). Ha sido parte demandada la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, representada por el Abogado del Estado.



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 acuerde:

- a) Declarar nula (o, subsidiariamente, anular) la Resolución recurrida, por los motivos de nulidad y anulabilidad expuestos en el cuerpo del presente escrito y, en consecuencia,
- b) Condenar a la Administración demandada a estar y pasar por la anterior declaración, y
- c) Reestablecer a CASER en su situación anterior, anulando el procedimiento sancionador y la sanción impuesta,
- d) O, subsidiariamente, anular la sanción impuesta, acordando la imposición de multa por el máximo legalmente previsto de 901.518,16 euros, o, subsidiariamente, por una cuantía que no supere el 10% de las primas retenidas por CASER en el seguro decenal durante el ejercicio 2008.
- e) Con expresa imposición de 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 17 de abril de 2018, se denegó el recibimiento del pleito a prueba y se concedió al recurrente plazo para la formulación de conclusiones, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 22 de julio del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a M.^a Jesús Vegas Torres, 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 CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. 14.241.000 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 81.1. 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.."

En lo referente a la duración de la restricción de la competencia, en el caso de CASER, la Resolución de 12 de noviembre de 2009 consideró acreditado que la infracción se desarrolló entre enero de 2006 y diciembre de 2007.

El Consejo de la CNC consideró concurrentes dos circunstancias agravantes para individualizar la sanción de alguna de las empresas sancionadas: Las conductas de vigilancia y denuncia, así como las de retorsión y boicot, (FD décimo bis).

Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido antes esta Sección bajo el número 869/2009, concluyó mediante Sentencia de 14 de diciembre de 2012, que estimó el recurso interpuesto por CASER contra la Resolución de 12 de noviembre de 2009, anulando ésta.

La Administración del Estado interpuso recurso de casación frente a la citada sentencia de 26 de mayo de 2015 (rec 583/2013 cuyo fallo fue del siguiente tenor literal:

"Primero.- HA LUGAR al recurso de casación número 583/13 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 14 de diciembre de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 869/2009, que casamos.

Segundo.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA (CASER) 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.

Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso de casación."

En su Fundamento de Derecho Quinto se consignaba lo siguiente: "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 CASER, que se limita a las actuaciones posteriores a la elaboración del documento que hemos descrito, 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.

Procede, pues, la anulación del importe de la sanción por haber sido fijado aplicando un método de cálculo no conforme a derecho; debiendo ordenarse a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que determine la cuantía 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, en fin, sin que en ningún caso pueda resultar una multa de cuantía superior a la sanción (14 millones de euros) que ahora se anula".

En ejecución de lo resuelto en dicha sentencia, la CNMC, mediante la resolución de 9 de marzo de 2017, ha impuesto a CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A (CASER) una sanción de multa de 14.241.000 euros, que es la que aquí se impugna.

SEGUNDO.- Disconforme con la resolución recurrida, manifiesta la parte recurrente que la Resolución incurre en el mismo vicio de la Resolución original parcialmente anulada de 2009, por cuanto declara probados ciertos hechos, sobre la base de una interpretación sesgada de algunos correos electrónicos, cuando en el propio expediente consta prueba directa exculpatoria de la actora. Añade que Resolución original de la CNC contenía los siguientes pronunciamientos, que no han sido cuestionados, y que deben operar de forma relevante para la minoración sustancial de la sanción impuesta a CASER:

a) El ramo del "seguro decenal de daños a la edificación" tenía y tiene una importancia muy escasa para CASER. La Resolución de 2009 (ff. 13.133 a 13.225, páginas 8 y 9) afirmaba: "Dentro de la cartera de negocio global de esta compañía, el seguro decenal ocupa una mínima parte". Entre 0,6 y 4,5% (f. 5.375).

b) El reaseguro de este riesgo se realizó por contratos obligatorios proporcionales con retenciones entre el 15% y el 5%, o sea, que entre el 85 y el 95% del riesgo (y de las primas) se cedió por CASER a las reaseguradoras (f. 5.375). Ello es fundamental para el cálculo del volumen de negocio efectivo de la aseguradora.

c) La posición de CASER en el mercado de seguro decenal se redujo de 19% a 16% y a 12% (de 2006 a 2008) coincidiendo - paradójicamente - con el período que la Resolución considera como probado de participación de CASER en el cártel (pág. 17 de la Resolución de 2009).

d) El período de infracción imputable a CASER transcurre entre junio de 2006 (aunque erróneamente se computa desde el 1 de enero de 2006) y el 31 de diciembre de 2007 (pág. 76). Y CASER no tenía vinculación con el documento denominado "Medidas Correctoras SDD"

Señala la entidad actora que la Resolución indica (pág. 5), como dato certificado, que "la facturación de CASER en 2008 ascendió a 29.551.090 € (primas netas - antes de IVA y otros impuestos - de seguros decenales contratadas en 2008 e incluidas en las cuentas de SCOR relativas al seguro decenal suscrito por empresas españolas cedentes, resultante de restarle las primas cedidas a las primas brutas suscritas por SCOR) y a 114.352.759 € (volumen ventas total en España)" y, que, como criterio de agravación de la sanción impuesta a CASER se utiliza exclusivamente la referencia a dos supuestos sobre las base de correos electrónicos, debe señalarse que, según consta en el expediente sancionador, existe prueba de la misma naturaleza que sirve para desacreditar tal consideración, evidenciando que CASER competía en precios con otras aseguradoras expedientadas, citando a tal efecto los correos internos de CASER de 17 y 18 de julio de 2007 (v. ff. 2.834 y 2.835), que evidencian cómo la concurrencia entre las aseguradoras del ramo era genuina, los correos internos de CASER del 4 de octubre de 2007 evidencian que su cliente CAM les planteaba que tenía una oferta mejor de ASEFA y que se lo comunicaban por si CASER tenía "posibilidad de mejorarla y los correos internos de ASEFA de 25 de septiembre de 2006, de 23 de octubre de 2006, de julio de 2007 y de 6 de noviembre de 2007, evidenciando cómo consideraban a CASER un feroz competidor (ff. 11.532 y ss.) y concluye que todo ello imponía que por parte de la CNMC (continuadora de la CNC) se hubiera realizado el debido esfuerzo de individualización de la sanción, que no lleva a cabo adecuadamente en la Resolución, como no lo fue en la Resolución original. Recuerda que la posición de CASER en el mercado en 2008 era la cuarta, con un 12% de cuota, por detrás de MUSAAT y que el único criterio utilizado es que, partiendo de que se considera que sólo participó en el cártel desde 2006, aplicó medidas de presión frente a sus competidores, específicamente MUSAAT, lo cual, como se ha expuesto, queda desmentido por la comunicación reservada de HANNOVER RE a la CNC.

Además, a efectos de cuantificación, aduce que la resolución original (pág. 79) afirmaba que "no existe prueba de que [CASER] haya participado activamente en su aplicación, vigilancia y medidas de retorsión hasta junio de 2006", por lo que, necesariamente, debe tomarse esa fecha como punto de partida y no el 1 de enero de 2006, lo que supondría una reducción automática del 25% del periodo considerado para la imposición de la multa.

Por lo demás denuncia que la Resolución recurrida es nula de pleno derecho, por haberse dictado con vulneración de las garantías del procedimiento que legalmente se reconocen al expedientado, al lesionar el contenido esencial del derecho de defensa (comprensivo, entre otros, de los principios de motivación de las resoluciones, de presunción de inocencia y de proporcionalidad) consagrados en el artículo 24 de la Constitución, susceptibles de amparo constitucional, en virtud del artículo 41 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y que, y para el caso de no apreciar la nulidad de pleno derecho, debería ser anulada por infringir el ordenamiento jurídico.

Afirma que la Resolución impugnada vulnera el derecho de CASER a la motivación de las resoluciones sancionadoras, por cuanto se impone una multa millonaria sin exponer debidamente ni justificar los criterios que se tuvieron en cuenta para su cálculo y que, a su juicio, la CNMC utilizó de nuevo, subrepticamente y sin reconocerlo expresamente, el mecanismo de la Comunicación de 9 de febrero de 2009, anulada por el Tribunal Supremo. Afirma que la nueva multa impuesta a CASER por la CNMC resulta desproporcionada y arbitraria y que implica además una indebida aplicación retroactiva del desarrollo de la LDC de 2007 a hechos regidos por la LDC 1989, que es "contraria a Derecho.

Por lo demás sostiene que los elementos cuantitativos que, a su juicio, habrían de considerarse para determinar las bases sobre las que proceder al recálculo de la sanción, son los siguientes:

a) En primer lugar, debe limitarse la sanción a 901.518 euros, como tope cuantitativo recogido en el art. 10 de la LDC 1989 aplicable.



- b) En caso de que se estimara procedente el incremento de dicho importe, debería justificarse debidamente, con el tope del 10% del volumen de ventas conforme a la LDC 1989.
- c) El importe de referencia ha de ser el volumen de ventas de 2008 en el mercado afectado, no en el total de ventas de la entidad, tanto por aplicación de la LDC 1989 como por el carácter de empresa multiproducto de CASER. En el caso de CASER, este ramo representaba entre el 0,6 y el 4,5% del total. Por tanto, debe computarse la facturación exclusiva del ramo de seguro decenal, esto es, 29.551.090 euros, de modo que el tope del 10% ascendería a un máximo de 2.955.109 euros.
- d) Debe valorarse la limitada duración de la infracción, de 18 meses (entre junio de 2006 y diciembre de 2007), lo que abonaría una reducción del 50%.
- e) En todo caso, dado el error de considerar el periodo de infracción desde el 1 de enero y no desde el mes de junio de 2006, debería reducirse en el equivalente a una duración inferior en un 25% a la considerada.
- f) Ha de valorarse la cuota de mercado limitada y decreciente de CASER, que - según los datos de ICEA, fuente en la que confiaba la Resolución original - fue de 12% en 2008, de 8,18% en 2009 para luego prácticamente desaparecer en los años siguientes.
- g) Considerando el concepto de beneficio ilícito obtenido, debe considerarse que CASER sólo retenía un porcentaje limitado de las primas (entre 5 y 15%), cediendo el resto al reaseguro. Por tanto, los datos de facturación deben recortarse entre 85 y 95%.
- h) No se puede superar el importe de la sanción impuesta por la Resolución original, lo cual se cumple en este caso, dado que aquella ascendió a 14.214.000 euros y ahora a 13.400.00 euros. Sin embargo, ese cálculo es igualmente erróneo, ya que, en todo caso, debería reducirse la sanción, de aplicarse al 10% de las ventas totales, porque esa cifra certificada y obrante en el expediente fue de 114.352.759 euros, de manera que el 10% serían 11.435.275 euros (2 millones de euros menos que la impuesta por la Resolución).

Para terminar 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 porque 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.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada, que se encuentra suficientemente motivada y que se ajusta al principio de proporcionalidad y se opone y da respuesta a los motivos de impugnación articulados en la demanda.

CUARTO.- Ex puestos, en apretada síntesis y los términos del debate, cumple manifestar que la Sentencia del Tribunal Supremo que la resolución recurrida en este procedimiento viene a ejecutar, obligó a recalcular la sanción impuesta a la entidad aquí recurrente conforme a los parámetros señalados en su Fundamento de Derecho Quinto, pero que no modificó ningún otro elemento de la resolución original, por lo que el recálculo de la multa habría de realizarse con los mismos datos fácticos con los que se calculó la sanción inicial luego anulada.

Así las cosas, excede del ámbito del presente recurso las manifestaciones de la actora que vienen a postular una nueva valoración de la prueba obrante en las actuaciones originarias y una nueva reformulación de las conductas sancionadas y de su duración en el tiempo, así como de la concurrencia de circunstancias agravantes.

QUINTO.- Por lo que se refiere al motivo de impugnación que denuncia la falta de motivación de la resolución impugnada, cumple manifestar, en contra de lo sostenido por la parte recurrente, que 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 y, en lo que respecta a CASER, la infracción se desarrolló entre enero 2006 y diciembre 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 2.358.271.484 euros.

Tiene en cuenta la concurrencia de dos circunstancias agravantes, la conducta de vigilancia y denuncia de los acuerdos y la de retorsión y boicot.

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 CASER es de 141.800.000 euros y la cuota es del 10,8%

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 5,3% sobre el volumen de negocios total para CASER.



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)."

Ahora bien, la STS de 26 de mayo de 2015, rec.583 /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 impuesta en la resolución sancionadora originaria (14.214.000 euros euros) que ahora se anula. "

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 CASER 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. - Ta mpoco apreciamos vulneración del principio de proporcionalidad. Como se consigna en la resolución recurrida, al tratarse de una empresa multiproducto, la aplicación automática del tipo sancionador, calculado en función de la gravedad y circunstancias de la conducta, hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado y así, considera que 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 ese importe, por lo que la Sala considera que la sanción debe fijarse en 13.400.000 euros, 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.

OCTAVO. - Argumenta 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.

NOVENO.- Sostiene seguidamente la actora que el importe de referencia ha de ser el volumen de ventas de 2008 en el mercado afectado, no en el total de ventas de la entidad, tanto por aplicación de la LDC 1989 como por el carácter de empresa multiproducto de CASER y que en el caso de la entidad actora, este ramo representaba entre el 0,6 y el 4,5% del total y que por tanto, debe computarse la facturación exclusiva del ramo de seguro decenal, esto es, 29.551.090 euros, de modo que el tope del 10% ascendería a un máximo de 2.955.109 euros.

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 CASER, 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.

DÉCIMO.- Pr ocede, 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.

UNDÉCIMO- 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 la Procuradora D^a. Andrea De Dorremochea Guiot, en nombre y representación de **CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.** (en adelante "CASER"), 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), 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 notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.



En Madrid a 24/09/2020 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ