

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0037/08 COMPAÑÍAS SEGURO DECENAL)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 9 de marzo de 2017

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0037/08 COMPAÑÍAS DE SEGURO DECENAL cuyo objeto es la ejecución de las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015 (recursos 483/2013, 583/2013) y de 22 de mayo de 2015 (recursos 481/2013 y 2449/2013) por las que se desestiman parcialmente los recursos de casación interpuestos contra las Sentencias de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012 (recurso 865/2009), 4 de enero de 2013 (recursos 864/2009 y 869/2009) y 10 de abril de 2013 (recurso 877/2009) dictadas como consecuencia de los recursos interpuestos por ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS (en adelante, ASEFA), CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (en adelante, CASER), SCOR GLOBAL P&C, S.E. (en adelante, SCOR) y SWISS REINSURANCE COMPANY y SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA, AGENCIA DE REASEGUROS, S.A. (en adelante, SWISS y SUIZA), en relación con la Resolución de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009 (Expediente S/0037/08 COMPAÑÍAS DE SEGURO DECENAL).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución 12 de noviembre de 2009¹, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó, entre otras cosas²:

“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 DE REASEGUROS, 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 RUCKVERSICHERUNGSGESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN.
- 22.641.000 Euros a SWISS REINSURANCE COMPANY y SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA, AGENCIA DE REASEGUROS, S.A.

(...).”

2. Con fecha 12 de noviembre de 2009 le fue notificada a **ASEFA** la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo

¹ Esta Resolución ha sido anulada para MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A., por Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2013, firme por Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2015 y para MUNCHENER RUCKVERSICHERUNGSGESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN por Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012, firme por Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2015.

² Aclarada por Acuerdo del Consejo de la CNC de 30 de noviembre de 2009.

(864/2009), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.

Mediante Auto de 11 de febrero de 2010, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía en forma de aval bancario por importe de 27.759.000€, fianza que fue declarada suficiente por oficio de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2010.

Mediante Sentencia de 4 de enero de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó el recurso (864/2009) interpuesto por ASEFA contra la Resolución de 12 de noviembre de 2009 que se anula por no ser conforme a derecho. Contra ella, el Abogado del Estado interpuso recurso de casación (483/2013).

Con fecha 26 de mayo de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la referida sentencia, declarando haber lugar al mismo y estimando parcialmente el recurso de ASEFA contra la resolución del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009 que fue anulado en el extremo que concierne a la individualización de la sanción, cuyo importe deberá determinarse en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la propia sentencia.

Contra la sentencia del Tribunal Supremo, ASEFA interpuso recurso de amparo que fue inadmitido por oficio del Tribunal Constitucional (Sala primera, Sección primera) de 2 de marzo de 2016.

3. **CASER** interpuso recurso contencioso administrativo (869/2009) contra la citada Resolución de 12 de noviembre de 2009, solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.

Mediante Auto de 17 de febrero de 2010, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía por importe de 14.241.000 €, fianza que fue declarada suficiente por oficio de la Audiencia Nacional de 5 de abril de 2010.

Mediante Sentencia de 4 de enero de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó el recurso (869/2009) interpuesto por CASER contra la Resolución de 12 de noviembre de 2009 que se anula por no ser conforme a derecho. Contra ella el Abogado del Estado interpuso recurso de casación (583/2013).

Con fecha 26 de mayo de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la referida sentencia, declarando haber lugar al mismo y estimando parcialmente el recurso de CASER contra la resolución del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009 que se anula en el extremo que concierne a la individualización de la sanción, cuyo

importe deberá determinarse en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la propia sentencia.

4. **SCOR** interpuso, contra la citada Resolución de 12 de noviembre de 2009, recurso contencioso administrativo (865/2009), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.

Mediante Auto de 26 de febrero de 2010, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía en forma de aval bancario por importe de 18.599.000 €, fianza que fue declarada suficiente por oficio de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2010.

Mediante Sentencia de 18 de diciembre de 2012, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó el recurso (865/2009) interpuesto por SCOR contra la Resolución de 12 de noviembre de 2009 que se anula por no ser conforme a derecho. Contra ella el Abogado del Estado interpuso recurso de casación (481/2013).

Con fecha 22 de mayo de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la referida sentencia, declarando haber lugar al mismo y estimando parcialmente el recurso de SCOR contra la resolución del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009 que se anula en el extremo que concierne a la individualización de la sanción, cuyo importe deberá determinarse en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la propia sentencia.

Contra la sentencia del Tribunal Supremo fue promovido por la parte incidente de nulidad de actuaciones que fue desestimado por Auto de 15 de septiembre de 2015 así como recurso de amparo que fue inadmitido a trámite por oficio del Tribunal Constitucional (Sala primera, Sección primera) de 24 de febrero de 2016.

5. **SWISS** interpuso recurso contencioso administrativo (877/2009) contra la resolución de 12 de noviembre de 2009, solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.

Mediante Auto de 22 de febrero de 2010, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada en cuanto a la publicación en el BOE y la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía en forma de aval bancario por importe de 22.641.000 €, fianza que fue declarada suficiente por oficio de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2010

Mediante Sentencia de 10 de abril de 2013³, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó el recurso (877/2009) interpuesto por SWISS contra la Resolución de 12 de noviembre de 2009

³ Dicha Sentencia fue aclarada por Auto de 6 de junio de 2013 en relación con la devolución de los gastos derivados de la constitución de aval

que se anula por no ser conforme a derecho. Contra la citada Sentencia el Abogado del Estado interpuso recurso de casación (2449/2013).

Con fecha 22 de mayo de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la referida sentencia y su Auto de aclaración, declarando haber lugar al mismo y estimando parcialmente el recurso de SWISS contra la resolución del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009 que se anula en el extremo que concierne a la individualización de la sanción, cuyo importe deberá determinarse en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la propia sentencia.

Contra la sentencia del Tribunal Supremo fue promovido por la parte incidente de nulidad de actuaciones que fue desestimado por Auto de 3 de septiembre de 2015. En este auto el Tribunal Supremo complementa el fundamento sexto de la sentencia con un nuevo razonamiento sobre la relación de SWISS RE con su empresa filial, SUIZA. El TS afirma que opera con plena virtualidad la presunción que determina que la conducta de Suiza es imputable a SWISS RE, considerando ajustada a derecho la imposición de la sanción a la empresa matriz. Esta consideración no desvirtúa el argumento de que la matriz también realizó una actuación punible.

Posteriormente se interpuso también recurso de amparo que fue inadmitido por oficio del Tribunal Constitucional (sala segunda, sección primera) de 13 de abril de 2016.

6. Con fecha 7 de enero de 2016, la Dirección de Competencia (DC) solicitó a ASEFA y CASER su volumen de ventas total del año 2008, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos. Por otro lado, SCOR y SWISS fueron requeridos el 2 de marzo de 2016 y el 7 de marzo de 2016, respectivamente.
7. ASEFA presentó escrito el 10 de febrero de 2016 (folio 1575 y ss.), en el que realiza una serie de alegaciones en relación con la metodología de cuantificación de la sanción y del procedimiento a seguir además de señalar que su facturación total de seguro directo en el ejercicio 2008 ascendió a 105.042.327,02 €, de los cuales 45.039.710,14 corresponden a seguro decenal (folio 1813).
8. CASER presentó escrito el 27 de enero de 2016 (folio 871 y ss.), al que se adjunta certificado donde se señala que la facturación correspondiente a todas las primas devengadas en todos los ramos del seguro en el ejercicio 2008 ascendió a 2.358.271.484 €, de los cuales 29.572.586 € corresponden a seguro decenal en 2008 (folio 1265).
9. SCOR presentó el 1 de abril de 2016 escrito (folio 1915 y ss.), en el que presenta una serie de alegaciones en relación con la metodología de cuantificación de la sanción y del procedimiento a seguir, donde además señala que su facturación en el ejercicio 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 reaseguro 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). Cifras que han sido certificadas con fecha 27 de abril de 2016 (folio 1943).

10. SWISS, mediante escrito de 9 de febrero 2016 (folio 1281 y ss.), en el que realiza una serie de alegaciones en relación con la metodología de cuantificación de la sanción y del procedimiento a seguir, señala además que su facturación en el ejercicio 2008 ascendió:

- En el caso de SWISS, a 19.434.900.000 € (valor de las primas brutas emitidas y asumidas en concepto de contratos de seguro y reaseguro establecidos por SWISS RE o por cuenta de ésta, incluyendo las primas cedidas a las reaseguradoras y retrocesionarias), volumen consolidado de SWISS y sus filiales, del que no han podido deducir – según manifiesta la citada entidad- el importe correspondiente a impuestos y gravámenes aplicados sobre la base del importe de las distintas primas o del volumen total de éstas
- En el caso de SUIZA: no tuvo actividad aseguradora o aseguradora, sino que prestaba servicios de agencia o bróker fundamentalmente a SWISS, siendo su volumen de ventas total en el año 2008 de 12.869.342,90 €

11. Con fecha 17 de febrero de 2017 se ha recibido nuevo escrito de alegaciones de SWISS.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*” y, según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013 de 30 de agosto, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia de la CNMC.

SEGUNDO.- Sobre la ejecución de las Sentencias del Tribunal Supremo

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las

sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

2.1. ASEFA

Tal y como consta en los antecedentes, la Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, dictada en el expediente S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal, impuso una multa de 27.759.000 a AFESA. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso inicialmente interpuesto (864/2009) fue estimado por la Audiencia Nacional y casado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015, en la que se mantiene la estimación parcial del recurso presentado por ASEFA contra la resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, en lo referente a la multa impuesta, ordenando a la CNMC que determine la cuantía de la sanción en los términos fundamentados. Concretamente el Fundamento de Derecho quinto dispone al respecto:

“Este argumento de impugnación debe ser acogido.

Y es que, en efecto, la cuantificación de la multa se ha llevado a cabo siguiendo los criterios que se contemplan en la Comunicación de Multas de 6 de febrero de 2009. Aunque la resolución sancionadora no menciona esa Comunicación, lo cierto es que a partir de las magnitudes de ingresos de los años 2002 a 2007 la resolución aplica, sin mencionarlos, los coeficientes reductores previstos en el apartado 15 de la Comunicación de Multas. Y una vez determinada la cantidad base para el cálculo de la multa mediante la aplicación de los coeficientes correctores correspondientes a los distintos ejercicios, la resolución sancionadora sigue los pasos y criterios previstos en aquella Comunicación, aplicando sobre aquella cantidad base el porcentaje del 10%. De todo ello resulta la cantidad de 27.759.000 €, que es la multa que se impone a ASEFA.

Como tuvimos ocasión de señalar en otro caso en el que la Comisión Nacional de la Competencia había procedido de un modo similar -sentencia de esta Sala 20 de abril de 2015 (casación 2064/2012)- resulta claro, que <<(…) la cuantificación de la multa se llevó a cabo aplicando los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009. Y ello es contrario a derecho no sólo porque, como señala la recurrente, supone la aplicación retroactiva de un método de cálculo que fue ideado para la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, siendo en este caso de aplicación la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, sino porque incluso para los procedimientos sancionadores regidos por la Ley 15/2007 esta Sala, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), ha declarado en reiteradas ocasiones que “el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de

conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia>>.

Por tanto, el motivo de impugnación debe ser estimado pues, aunque la resolución sancionadora invoca expresamente lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, el cálculo de la multa no se ciñe en realidad a las bases y criterios de graduación establecidos en ese precepto sino que se determina aplicando los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009. En fin, el procedimiento de cálculo seguido por la Comisión Nacional de la Competencia está viciado en su conjunto, por la aplicación que hace, siquiera de forma encubierta, de los criterios establecidos en Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009”.

Como consecuencia de esta argumentación el Fundamento de Derecho sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone:

“ (...) 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 (27.759.000 euros) que ahora se anula”.

2.2. CASER

Tal y como se recoge en los antecedentes, la resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, dictada en el expediente S/0037/08, COMPAÑÍAS DE SEGURO DECENAL, impuso una multa de 14.241.000 € a CASER. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso inicialmente interpuesto (869/2009) fue estimado por la Audiencia Nacional y casado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015 en la que se estima parcialmente el recurso presentado por CASER contra la resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, en lo referente a la multa impuesta, y ordena a la CNMC que determine la cuantía de la sanción en los términos fundamentados. Concretamente tras exponer en el Fundamento de Derecho cuarto la misma argumentación ya transcrita en el apartado 2.1 anterior, el fundamento de Derecho quinto de la sentencia dispone:

“ (...) 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”.

2.3. SCOR

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, dictada en el expediente S/0037/08, COMPAÑIAS SEGURO DECENAL, impuso una multa de 18.599.000 € a SCOR. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma, que fue estimado por la Audiencia Nacional y posteriormente casado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015, en la que se mantiene la estimación parcial del recurso presentado por SCOR contra la resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, en lo referente a la multa impuesta, ordenando a la CNMC a que determine la cuantía de la sanción en los términos fundamentados. Concretamente el Fundamento de Derecho tercero dispone al respecto:

“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 2005⁴ (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

⁴ Se refiere a la Sentencia del TS de 22 de mayo de 2015, recurso 2449/2013, promovido por SWISS REINSURANCE COMPANY

ningún caso pueda resultar una multa de cuantía superior a la sanción impuesta que anula.”.

2.4 SWISS

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, dictada en el expediente S/0037/08, COMPAÑIAS SEGURO DECENAL, impuso una multa de 22.641.000 € a SWISS. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto fue inicialmente estimado por la Audiencia Nacional y casado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015, en la que se mantiene la estimación parcial del recurso presentado por SWISS contra la resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, en lo referente a la multa impuesta, ordenando a la CNMC que determine la cuantía de la sanción en los términos fundamentados. Concretamente el Fundamento de Derecho décimo dispone al respecto:

“(…) procede 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 (22.641.000 euros) que ahora se anula”.

TERCERO.- Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 12 de noviembre de 2009

Para la ejecución de las Sentencias del Tribunal Supremo y la imposición de las sanciones correspondientes a cada una de las infractoras, hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dichas empresas en la Resolución de 12 de noviembre de 2009 y que han sido confirmados por el Tribunal Supremo.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y a la fundamentación jurídica de la resolución confirmada por las sentencias que ahora se ejecutan, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con los dispositivos primero y segundo de la resolución, las empresas sancionadas fueron declaradas responsables de una

infracción de los artículos 1.1. letra a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y 81.1. letra a) del Tratado CE, consistente en fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación.

- En particular, según lo señalado en el Fundamento de Derecho décimo⁵:

“ASEFA ha participado en la infracción desde el inicio y ha jugado un papel muy activo en la aplicación del acuerdo de precios mínimos por todo el mercado, así como ha desarrollado actuaciones de vigilancia y denuncia de incumplimientos (HP 31, 38-39), llegando a desarrollar actuaciones de presión y boicot frente a las empresas que no cumplían el acuerdo anticompetitivo o facilitaban su incumplimiento (HP 42, 45-47, 52, 54, 56-57). Por tanto, le es de aplicación la agravante de vigilancia y denuncia del cumplimiento de las condiciones acordadas, así como la agravante de participación en el boicot a MUSAAT, la entidad que rompió la homogeneidad de primas, presionando a cinco reaseguradoras y a entidades financieras para que no realizaran operaciones con ella.”

[...]

“CASER no participó en las reuniones preparatorias del acuerdo de precios mínimos, ni tampoco fue destinataria del documento "Medidas Correctoras SDD-2002" elaborado por ASEFA. No obstante está probado que CASER aplicó el acuerdo de precios mínimos desde el principio, pues así resulta de las guías de tarificación y las pólizas que constan en el expediente, pero no existe prueba de que haya participado activamente en su aplicación, vigilancia y medidas de retorsión hasta junio de 2006. Desde junio de 2006 existe prueba de que vigiló que sus competidores aplicasen el acuerdo, notificando a SCOR el incumplimiento detectado por parte de ASEFA. Así mismo era consciente del carácter anticompetitivo del acuerdo. En el marco de la negociación del contrato de reaseguro para 2007, comentó con SUIZA "Entendemos que las Condiciones no deben estar en el marco del contrato de Reaseguro, sino que debe ser las de la tarifa Caser, aceptada por los reaseguradores, con esto además evitamos problemas de falta de competencia" (HP 53). Tras la irrupción de MUSAAT con precios inferiores a los mínimos pactados, a finales de 2006 y principios de 2007 adoptó diversas iniciativas dirigidas a que el cártel mantuviese los precios mínimos pactados. Está probada su participación en actos de retorsión o boicot frente a MUSAAT (HP 44). Por tanto le es aplicable la agravante de vigilancia y denuncia de los incumplimientos de

⁵ La Resolución de 12 de noviembre de 2009 enumera dos Fundamentos de Derecho con el ordinal décimo. En este caso la referencia se hace al segundo que se denominará en adelante *décimo bis*.

precios ofrecidos por sus competidores, y la agravante de presionar a una entidad para que retirara su apoyo a MUSAAT, la entidad que rompió la homogeneidad de primas.”

[...]

*“(...) **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 vigilaron 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 MUSAAT 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 MUSAAT, 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 43, 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.”

[...]

*“**SUIZA** (...) 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 vigilaron el cumplimiento del acuerdo por parte de las cedentes, y contactaron entre sí cuando detectaron incumplimientos (HP 30 a 38) (...). 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 SUIZA y (...), siendo reaseguradoras tradicionales de MUSSAT, no concertaron con esta aseguradora reaseguro para 2007 (folio 6654 confidencial AUSBANC). (...) Pero no está probado que SUIZA haya negado reaseguro a MUSAAT como consecuencia de su conducta. La única prueba de que SUIZA habría participado en medidas de retorsión o boicot es el hecho de no haber contratado reaseguro con MUSAAT, y SUIZA alega que ha sido ella quien no ha querido seguir reasegurando SDD en 2007, y presenta un email de MUSAAT a SWISS Re de 19/09/2006 por el que MUSAAT cancela provisionalmente el contrato de reaseguro. No obstante, MUSAAT afirma lo contrario en el folio antes señalado; en concreto afirma que "los reaseguradores de años anteriores, y básicamente los líderes de nuestros contratos, no nos dieron apoyo, a pesar de que contactamos con ellos, como cualquier otro año, para negociar el seguro del año 2007" (...)

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

Las Sentencias que ahora se ejecutan obligan a reconsiderar todo el proceso de determinación de la sanción.

La Resolución del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes (cfr. FD décimo⁶ y *décimo bis*⁷ de la resolución):

- El mercado afectado: seguro de daños a la edificación en España.
- Duración: el Consejo considera, para todas las empresas imputadas salvo CASER, el 1 de enero de 2002 como fecha de inicio de la infracción y, como fecha final, el 31 de diciembre de 2007. CASER, según lo establecido en el Fundamento de Derecho sexto, se considera que ha participado en el acuerdo de precios mínimos desde el 1 de enero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007.

⁷ Ver nota 6.

“El acuerdo de precios mínimos se aplicó de forma continuada durante los años 2002 a 2007, periodo en el que a las cinco empresas iniciales (ASEFA, MAPFRE EMPRESAS, SCOR, MRSEP y SUIZA) se sumaron MAPFRE RE (que lo aplicó desde 2002) y CASER (desde 2006), y en el que las imputadas desarrollaron diversas prácticas concertadas de vigilancia del acuerdo, así como de presión y boicot a las empresas que se habían o pretendían no aplicar los precios mínimos pactados” (página 64 de la resolución).

- Naturaleza y alcance de la conducta: se trata de un acuerdo o cártel entre competidores para la fijación de precios mínimos, cuya finalidad era *“incrementar sustancialmente las tarifas y endurecer los criterios de suscripción”*.

Las empresas eran conscientes del carácter ilícito de la conducta.

- La cuota de mercado: en el periodo de la infracción (2002 – 2007), las aseguradoras y reaseguradoras imputadas son, respectivamente, las tres primeras del mercado español de seguro directo y de reaseguro de seguro decenal de daños, con una cuota conjunta de mercado para las aseguradoras del 61-70% (HP 2.5) y del 38/63% para las reaseguradoras (estimados: HP 2.7).
- Los efectos de la restricción: el acuerdo ha afectado a un producto de contratación obligatoria, por lo que la demanda es muy inelástica. 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.

Como consecuencia de la ausencia de competencia por el cártel, se produce un incremento de las tasas medias que resulta más llamativo si se tiene en cuenta el crecimiento del mercado durante ese período.

El espectacular crecimiento de la suma asegurada entre los años 2000 y 2005, fruto del boom inmobiliario, sumado al carácter obligatorio del seguro decenal, provocó un crecimiento del volumen de primas contratadas muy significativo, que hace que la elevación de las tasas tenga un impacto aún mayor.

- Base del cálculo de la multa: la comisión de las infracciones no puede resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas, por ello, y ante el conjunto de circunstancias considerados, el Consejo califica la conducta *“como una infracción muy grave del art. 1.1 de la Ley 16/1989 y del art. 81.1 TCE”*, y, por tanto, toma como base de cálculo de la multa el 10% del volumen de ventas de la empresa en cada ejercicio, medido en primas contratadas/aceptadas, ajustadas, en su caso, por aquellas primas previstas contablemente que

finalmente no se han ejecutado, y en el mercado afectado, ponderando el periodo de tiempo de infracción atribuido a cada empresa.

PRIMAS CONTRATADAS ACEPTADAS (miles €)						
Compañía	2002	2003	2004	2005	2006	2007
ASEFA	45.300	72.030	89.180	102.840	102.390	86.509
MAPFRE	30.050	52.580	79.220	74.870	90.650	80.200
CASER					71.200	76.068
SCOR	26.500	44.700	40.400	54.400	78.700	63.400
MÜNCHENER	26.600	35.000	47.300	49.800	67.300	55.900
SUIZA /SWISS RE	27.943	25.955	45.723	89.826	94.612	81.643

- Atenuantes o agravantes: El Consejo considera dos tipos de conductas como agravantes: la vigilancia y denuncia de quién lo incumple y la adopción de medidas de presión y boicot a aquellos que hacen imposible o dificultan su cumplimiento.

Por el contrario, el Consejo no aprecia ninguna circunstancia atenuante (FD *décimo bis*⁸).

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias en la valoración de la conducta, el Consejo de la CNC cuantificó la sanción aplicando, como señala el Tribunal Supremo en sus Sentencias, la Comunicación de multas de 18 de febrero de 2009, lo cual se resume en la siguiente tabla:

	Mercado afectado ponderado por antigüedad de infracción (miles €)	Importe básico de la sanción	Agravantes	Importe de la sanción (miles €)
ASEFA	252.351	10%	5%+5%	27.759
MAPFRE	216.320	10%		21.631
CASER	129.468	10%	5%+5%	14.241
SCOR	169.080	10%	5%+5%	18.599
MÜNCHENER	151.010	10%	5%	15.856
SUIZA	215.633	10%	5%	22.641

Fuente: elaboración con los datos de la tabla anterior

⁸ Ver nota 6.

3.2. Alegaciones de las partes

En las respuestas a las solicitudes de información realizadas entre los meses de enero y marzo de 2016, ASEFA (folios 1575-1591), CASER (folios 871-880), SCOR (folios 1915-1930) y SWISS (folios 1502-1519) alegaron, en primer lugar, que para realizar el cálculo de la multa, el volumen que se ha de tener en cuenta es el volumen de negocios en el mercado afectado por las conductas declaradas colusorias, pues la Ley 16/1989, de 17 de julio, de aplicación en el presente expediente, no hace ninguna referencia al volumen de negocios total, sino que se limita a establecer, en su artículo 10.1, que la cifra que debe tenerse en cuenta para el cálculo de la multa es el “volumen de ventas”.

El Tribunal Supremo, a partir de su Sentencia de 29 de enero de 2015, ha señalado que el volumen computable para el cálculo de la multa es el volumen de negocios total de la empresa, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos como manifestación de la capacidad económica de la empresa infractora; conclusión que no es solo consecuencia de una interpretación literal del artículo 63 de la LDC, que añadió el adjetivo “total” a la expresión “volumen de negocios” que ya figuraba en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, sino que resulta igualmente de una interpretación global del citado artículo 10.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia:

“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.”

En segundo lugar, ASEFA y SWISS insisten en que se tenga en cuenta el carácter de empresa multiproducto para determinar la cuantía de la multa, que debe respetar el principio de proporcionalidad.

En este sentido, a la hora de calcular la cuantía de la multa, este Consejo ha de ceñirse a lo dispuesto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la interpreta (STS de 8 de marzo de 2002, entre otras); lo cual implica, no sólo emplear el volumen de negocios total de las infractoras para determinar la multa (STS citada de 29 de enero de 2015), sino también tener en cuenta, entre otros factores, el principio de proporcionalidad –

que conlleva valorar, en su caso, el carácter multiproducto de la empresa sancionada- ponderado con los de efectividad y capacidad disuasoria de la sanción.

En tercer lugar, ASEFA solicita que se tenga en cuenta la situación de crisis, y en concreto de la crisis en el sector inmobiliario, para evitar que la multa agrave la débil situación financiera de esta empresa.

El artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, no hace referencia alguna a la situación financiera de las empresas que suscriben los acuerdos prohibidos, ni entre los criterios para determinar la cuantía de las sanciones, recogidos en el artículo 10 de la misma ley, se menciona la situación económica de las infractoras.

A este respecto, resulta ilustrativo lo declarado por el TJCE (Sala Segunda), en su Sentencia de 29 de junio de 2006 –entre otras– (párrafo 105):

“Es necesario recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, la Comisión no está obligada a tomar en consideración la situación financiera deficitaria de una empresa infractora al determinar el importe de la multa, ya que el reconocimiento de tal obligación equivaldría a procurar una ventaja competitiva injustificada a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado (véanse las sentencias de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. Pg. 3369, apartados 54 y 55, y Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 327).

Es más, respecto al peligro alegado para mantenerse en el mercado como consecuencia de la multa, señala el Tribunal de Primera Instancia, en su sentencia de 29 de noviembre de 2005 (párrafo 163), tras un razonamiento idéntico al acabado de transcribir:

“Por otra parte, el Derecho comunitario, como tal, no prohíbe que una medida adoptada por una autoridad comunitaria provoque la quiebra o la liquidación de una determinada empresa (véanse, en este sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 1986, Comisión/Bélgica, 52/84, Rec. p. 89, apartado 14, y de 2 de julio de 2002 [TJCE 2002, 214], Comisión/España, C- 499/99, Rec. p. I-6031, apartado 38). La liquidación de una empresa en su forma jurídica en cuestión, aunque puede perjudicar a los intereses financieros de los propietarios, accionistas o titulares de acciones, no significa sin embargo que los elementos personales, materiales e inmateriales representados por las empresas pierdan, ellos también, su valor (sentencia Tokai Carbon y otros/Comisión, citada en el apartado 37 supra, apartado 372)”.

Por otro lado, no hay que olvidar que el objetivo que persiguen las multas, además de sancionar a la empresa directamente implicada (disuasión específica), es el efecto disuasorio de dicha multa sobre otros posibles infractores (disuasión general). En la misma sentencia de 29 de noviembre de

2005, el Tribunal de Primera Instancia se refiere a este objetivo en los siguientes términos:

“181 Como se desprende de la jurisprudencia antes mencionada, el objetivo disuasorio que la Comisión puede lícitamente perseguir al determinar el importe de una multa está destinado a garantizar que las empresas respeten las normas sobre la competencia establecidas en el Tratado al desarrollar sus actividades en el interior de la Comunidad o del EEE. De ello se deriva que el carácter disuasorio de una multa que sanciona una infracción de las normas comunitarias sobre competencia no puede determinarse exclusivamente en función de la situación particular de la empresa sancionada (sentencia Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, citada en el apartado 66 supra , apartado 110).

182 Adicionalmente, el punto 1, parte A, párrafo cuarto, de las Directrices (LCEur 1998, 215) prevé, en particular, que, para evaluar la gravedad de la infracción, será necesario «tomar en consideración la capacidad económica efectiva de los autores de la infracción para infligir un daño importante a los demás operadores, sobre todo a los consumidores, y fijar un importe que dote a la multa de un carácter lo suficientemente disuasorio»”.

Por último, la Sentencia de 3 de febrero de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (recurso 3854/2013) se refiere a esta circunstancia de manera tajante:

“Rechazaremos, igualmente, la existencia de la atenuante sostenida por la actora relativa a la concurrencia de crisis económica, pues tal atenuante carece de la mínima justificación, siendo así que incluso en ese contexto económico, los acuerdos colusorios pueden ser incluso más graves al colocar en peor situación a las empresas no participantes en dichos acuerdos y que se ven excluidas de las adjudicaciones de los contratos, siendo así que la oferta pública de tales licitaciones ha disminuido considerablemente por el hecho de la citada crisis económica.”

Es decir, la situación financiera particular de las empresas implicadas no puede condicionar directamente al órgano decisor respecto al importe de la multa. Esto no significa que no quepa tener en cuenta dicha situación al valorar todas las circunstancias que afectan a un determinado asunto. De hecho, a tal situación económica se atiende, fundamentalmente, al tomar en consideración el volumen de negocio de la empresa en el año anterior a la resolución.

En cuarto lugar, SCOR insiste, de manera subsidiaria a la primera alegación, en que solo la parte del volumen de negocios en España de mercado afectado debe ser tomada en consideración.

Este Consejo considera oportuno remitirse a lo señalado en el FD octavo de la Resolución sancionadora original en el que se analizó la situación de SWISS y

SCOR. En el caso de SCOR, la sucursal española de esta compañía francesa carece de personalidad jurídica propia, por lo que la relación entre SCOR y su sucursal española es de oficina registral a sucursal. Así, tal y como concluyó el Consejo de la CNC:

“En consecuencia, la DI no tenía necesidad de imputar formalmente a las sociedades extranjeras con sucursal en territorio español [...] “SCOR GLOBAL P&C, SE”, porque ya lo están a través de sus sucursales [...] y SCOR Ibérica. Esto es, la persona jurídica responsable de la infracción ya está imputada al estarlo su sucursal sin personalidad jurídica abierta en España.

[...]

Por ello, la Resolución del Consejo debe declarar responsables de la infracción administrativa a [...] y a SCOR GLOBAL P&C, SE, en calidad de personas jurídicamente responsables de las conductas ilícitas realizadas por sus sucursales domiciliadas en territorio español: [...] y SCOR GLOBAL P&C IBERICA SUCURSAL (SCOR), respectivamente.”

Por último, SWISS alega que únicamente SUIZA, y no SWISS, debe ser sancionada.

Este Consejo considera oportuno hacer referencia al mismo FD octavo de la Resolución sancionadora original que analiza la cuestión en los siguientes términos:

“El Consejo considera conforme a Derecho la alegación de SWISS RE de que no se le puede imponer una sanción distinta a la que corresponde a SUIZA por su participación en la infracción sancionada, por cuanto su conducta no se diferencia materialmente de la realizada por ésta”.

El Consejo declaró responsable de la infracción a SWISS y a SUIZA, ya que consideró que ambas personas jurídicas eran responsables como autoras materiales de la infracción. Esta cuestión no ha sido discutida ni por la Audiencia Nacional ni por el Tribunal Supremo.

Con fecha 17 de febrero de 2017 se ha recibido nuevo escrito de SWISS en el que tras alegar que la CNMC debería no sancionar a las entidades cuya responsabilidad ha sido confirmada por el TS (alegación de todo punto inadmisibles dada la obligación ineludible de dar cumplimiento a las sentencias), se argumenta la necesidad de tener en cuenta en el cálculo de la sanción la menor cuota conjunta de participación de las cuatro empresas finalmente sancionadas, circunstancia que en efecto se valorará al determinar la sanción.

Finalmente alega SWISS la no acreditación de los efectos sobre la competencia y los precios que la Resolución de 2009 atribuye a la conducta sancionada. Las sentencias del Tribunal Supremo han confirmado las conductas, por lo que no procede acoger esta alegación.

3.3. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de las Sentencias del Tribunal Supremo que se ejecutan por la presente resolución, la determinación de la sanción deberá adecuarse 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.

El referido artículo, en sus apartados 1 y 2, establecía:

“1. 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.

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

- a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.*
- b) La dimensión del mercado afectado.*
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.*
- d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.*
- e) La duración de la restricción de la competencia.*
- f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.”*

Sobre el límite máximo a la sanción establecido en el apartado 1, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de febrero de 2009 (recurso 3978/2006), confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que se pronunció en los siguientes términos:

“Además en el presente caso, la multa no se ha impuesto en su grado máximo, ya que éste, según el artículo 10 de la LDC sería el 10% del volumen de ventas, por lo que los 150 millones de pesetas a que alude dicho precepto no operan como límite máximo, criterio este también reiterado por la Sala en supuestos análogos y ratificado por el Tribunal Supremo que, en la sentencia de 15 de julio de 2002 y en otras, considera conforme con el propio artículo 10 de la Ley 16/1989 la aplicación de aquel coeficiente (lo que aquí no ha sucedido) que permite, en definitiva, que la resolución sancionadora sobrepase el límite ordinario de 150 millones de pesetas utilizando como módulo el 10% del volumen

de ventas que en el presente caso se elevó a 14.005.000.000 pesetas. (84,18 millones euros)”.

De igual manera se afirma que “ha de tenerse en cuenta, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989, puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del “principio de proporcionalidad” en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992.” (STS de 8 de marzo de 2002 y 23 de marzo de 2005, recursos 8088/1997 y 4777/2002))

En relación a la base sobre la que hay que girar el porcentaje de hasta el 10%, dada la gravedad de la sanción, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo sobre el concepto “volumen de ventas” del citado artículo 10, como se analizó anteriormente, conduce a considerar el volumen de negocios total de la empresa infractora “*correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución*”, de modo que habiéndose dictado la resolución sancionadora el 12 de noviembre de 2009 el periodo a tomar en consideración ha de ser el volumen de negocios total de la empresa infractora en el año 2008.

Sobre la base de estas consideraciones, 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). Dentro de dicho tramo, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989.

3.4. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0037/08)

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.

El concreto porcentaje sancionador aplicable en ejecución de las sentencias debe graduarse conforme a los criterios del artículo 10.2 de la Ley 16/1989 (en particular, los recogidos en las letras a) a e) anteriormente transcritos). Tales criterios fueron ya valorados en la resolución de 12 de noviembre de 2009 sin que el Tribunal Supremo haya cuestionado su aplicación, lo que justifica que se tengan en cuenta para el nuevo cálculo de la sanción, con excepción del relativo a la cuota del mercado afectado, que ha de ser objeto de nueva valoración, como se analizará seguidamente.

Las infractoras son responsables de participar en un acuerdo para fijar unos precios mínimos en el seguro decenal de daños a la edificación, desde 2002 hasta 2007 (la duración de la conducta es diferente para CASER, como ya se ha indicado).

En lo que respecta al ámbito geográfico afectado por la conducta, ha quedado acreditado que 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).

En lo que se refiere a la cuota de mercado relevante afectada por la infracción en la Resolución sancionadora original consta lo siguiente:

“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...”

Tras la anulación por el Tribunal Supremo⁹ 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

⁹ Tal y como se ha señalado *ut supra*, la Resolución ha sido anulada para MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.; MAPFRE RE COMPAÑÍA DE REASEGUROS, S.A., por Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2013, firme por Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2015 y para MUNCHENER RUCKVERSICHERUNGSGESELLSCHAFT AKTIENGESELLSCHAFT IN MUNCHEN por Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012, firme por Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2015.

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.

En cuanto a los efectos (FD décimo de la resolución), ha quedado acreditado que 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).

Junto a estos criterios generales, para la individualización del reproche sancionador conviene considerar, además, los siguientes:

De acuerdo con la información facilitada por las empresas sancionadas, sus volúmenes de negocios totales en 2008 son los que se recogen en la tabla siguiente¹¹:

	VNT en 2008 (€)
ASEFA	105.042.327 ¹²
CASER	2.358.271.484 ¹³
SCOR	5.810.000.000 ¹⁴
SWISS	19.434.900.000 ¹⁵

¹⁰ Ver nota 6.

¹¹ A los efectos de cifrar el volumen de negocios total de las compañías aseguradoras nacionales se ha tenido en cuenta la norma 10ª de la Tercera Parte del Reglamento por el que se aprueba el Plan de Contabilidad para Entidades Aseguradoras (PCEA), aprobado mediante RD 1317/2008, de 24 de julio.

¹² Folio 1584

¹³ Folio 1265

¹⁴ Informe Anual de SCOR 2008, página 5. Incorporado al expediente como folios 2049 a 20132) mediante diligencia de 7 de marzo de 2017.

¹⁵ Folio 1289

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 bis¹⁶).

Ambas circunstancias concurren en las conductas imputadas a ASEFA, CASER y SCOR. En el caso de SWISS solo ha quedado acreditada la conducta de vigilancia y seguimiento de los acuerdos.

Tampoco la concurrencia de estas circunstancias ha sido cuestionada por el Tribunal Supremo.

Por último, el principio de proporcionalidad que ha de regir en todo ejercicio de la potestad sancionadora exige tener en cuenta aquellos criterios que *“remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”* (STS de 29 de enero de 2015).

En la siguiente tabla se reflejan, a efectos de la individualización de las sanciones, la cuantificación del volumen de negocio del mercado afectado (VNMA) y la cuota de participación de cada empresa en el mismo (reflejando estas cifras la menor duración de la conducta imputada a CASER).

	VNMA (€)	CUOTA DE PARTICIPACIÓN
ASEFA	497.889.000	37,9%
CASER	141.800.000	10,8%
SCOR	308.100.000	23,5%
SWISS	365.702.000	27,8%

El conjunto de factores expuestos anteriormente –conducta deliberada, gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico, efectos, características del mercado afectado, circunstancias que agravan el reproche sancionador y participación en la conducta- permite concretar, dentro de la escala

¹⁶ Ver nota 6

sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta.

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

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

Esta aplicación, en ejecución de las sentencias objeto de este expediente, del criterio del volumen total de ventas como base para la aplicación del límite máximo de la sanción, exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción, particularmente en el supuesto de empresas multiproducto. En este sentido, se hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial¹⁷).

En el caso de ASEFA no resulta necesario realizar este ejercicio de proporcionalidad, dado que el límite de proporcionalidad estimado, está en el entorno de 47.000.000 euros¹⁸, siendo el importe de la sanción estimada muy inferior a esa cifra, e inferior también a la multa de la Resolución sancionadora original, que ascendió a 27.759.000 euros.

La multa que le correspondería a **CASER** de acuerdo con la valoración de los criterios del artículo 10.2 de la Ley 16/1989 supera con creces el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 13.400.000 euros, por lo que resulta necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta que la multa alcance dicho importe.

Esta Sala considera, por tanto, que la sanción debe fijarse en 13.400.000 euros, cifra que resulta proporcionada a fin de no penalizar a CASER por su

¹⁷ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros 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.

¹⁸ Esta cifra resulta de las subidas de precios derivadas de la cartelización que se acreditaron en la resolución original, así como de los márgenes brutos de explotación de empresas del mismo sector y de tamaño semejante durante el período de la infracción, según datos del Banco de España.

condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo.

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

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

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

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

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

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

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

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:

- 6.828.000 euros a ASEFA, S.A. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS.

- 13.400.000 euros a CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.
- 18.599.000 euros a SCOR GLOBAL P&C, S.E.
- 22.641.000 euros a SWISS REINSURANCE COMPANY y SUIZA DE REASEGUROS IBÉRICA, AGENCIA DE REASEGUROS, S.A.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.

VOTO PARTICULAR