



Roj: **STS 1708/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1708**

Id Cendoj: **28079130042019100175**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **27/05/2019**

Nº de Recurso: **5326/2017**

Nº de Resolución: **704/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3336/2017,**
AAAN 1062/2017,
ATS 4499/2018,
STS 1708/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 704/2019

Fecha de sentencia: 27/05/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5326/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MMC

Nota:

R. CASACION núm.: 5326/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 704/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 27 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5326/2017, interpuesto por la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la Sentencia dictada el 28 de julio de 2017 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso administrativo nº 7/2015, desestimado la pretensión anulatoria ejercitada por la mercantil Repsol, S.A. contra la Resolución de 2 de julio de 2015 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada en el expediente S/484/13 REDES ABANDERADAS, y por la que se le impone la sanción de multa por importe de 22.590.000 euros.

Se ha personado en este recurso como parte recurrida la mercantil Repsol, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Teresa Robledo Machuca y defendida por el Letrado don Alberto Rueda García.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, se ha seguido el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Repsol, S.A. contra la Resolución de 2 de julio de 2015 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada en el expediente S/484/13 REDES ABANDERADAS, y por la que se le impone la sanción de multa por importe de 22.590.000 euros.

SEGUNDO .- La sentencia recaída en ese proceso, aclarada por Auto dictado el 11 de octubre de 2017, contiene el siguiente Fallo:

"Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 7/2015 seguido por los tramites del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, interpuesto por la Procuradora Dña. Gloria Teresa Robledo Machuca, en nombre y en representación de la entidad REPSOL, S.A. , contra la Resolución de 2 de julio de 2015 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada en el expediente S/484/13 REDES ABANDERADAS por la que se le impone la sanción de multa por importe de 22.590.000 euros y, en consecuencia, debemos declarar y declaramos que dicha resolución no es ajustada a Derecho."

TERCERO .- Contra la mentada Sentencia se preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte ahora recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO .- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 23 de abril de 2018 , se acordó lo siguiente:

"Segundo.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si, es conforme con los principios de personalidad y culpabilidad comprendidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución , sancionar a una sociedad matriz en concepto de autora, de comportamientos colusorios constitutivos de infracciones de competencia amparadas en el artículo 61.1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia , cuando dichas infracciones se materializan por una de sus filiales respecto de la que tienen un control del 100% o próximo a ese porcentaje (99,78%); o si, por el contrario, para respetar los principios mencionados, es necesario diferenciar los comportamientos realizados en concepto de autor de la infracción, de aquellos imputables a título de responsabilidad solidaria.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 61.1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en relación con los artículos 24 y 25 de la Constitución , así como otros preceptos concordantes que resulten de aplicación."

QUINTO .- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 6 de junio de 2018, la defensa de la Administración General del Estado solicitó " **RESOLVERLO POR SENTENCIA** en la que, con **ESTIMACIÓN de**

este recurso, se fije la **jurisprudencia** correspondiente en los términos solicitados en este escrito; o, en los que pueda considerar esa Sala y Sección más ajustados a Derecho; y con arreglo a dicha doctrina, **CASE Y ANULE LA SENTENCIA RECURRIDA** para, en su lugar dictar **nueva sentencia por la que SE DESESTIME INTEGRAMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia**, confirmando que la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de julio de 2015 dictada en el expediente sancionador S/483/13 REDES ABANDERADAS, no vulneró los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 25 y 2

SEXTO .- Mediante Providencia de 22 de junio de 2018, se da traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, por la parte recurrida se presenta escrito de oposición el 5 de septiembre de 2018, en el que solicita se dicte sentencia totalmente desestimatoria del recurso de casación interpuesto de contrario.

SÉPTIMO .- El Ministerio Fiscal presentó escrito de fecha 14 de agosto de 2018 solicitando " sentencia DECLARANDO HABER LUGAR al recurso de casación -con ESTIMACIÓN del mismo- interpuesto por la Abogacía del Estado en representación y asistencia legal de la CNMC contra la Sentencia, de 28 de julio de 2017 y dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el Procedimiento Especial de Protección de Derechos Fundamentales N°. 7 / 2015; fijando la jurisprudencia que resulte de los términos de este escrito y con arreglo a dicha doctrina se case y anule la Sentencia recurrida, confirmando la Resolución, de 2 de julio de 2015 y de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, dictada tal Resolución en el expediente S / 484 / 13 REDES ABANDERADAS y por cuanto que dicha Resolución no vulneró los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 24 y 25 CE ; sin hacer imposición de las costas del recurso de instancia, en atención a las dudas de derecho que plantea el asunto en los términos analizados, y en cuanto a las costas del recurso de casación acordando que cada parte deberá abonar las causadas a su instancia. ".

OCTAVO .- Por providencia de 22 de marzo de 2019 se señala para votación y fallo el día 7 de mayo de 2019, fecha en que tuvo lugar dicho acto continuando en días sucesivos y hasta el día 21 del mismo mes y año. Con fecha del siguiente 23 de mayo la sentencia fue entregada para su firma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada el día 28 de julio de 2017 por la sección sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso administrativo nº 7/2015, desestimado la pretensión anulatoria ejercitada por la mercantil REPSOL, S.A. contra la Resolución de 2 de julio de 2015 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada en el expediente S/484/13 REDES ABANDERADAS, y por la que se le impone la sanción de multa por importe de 22.590.000 euros.

Las prácticas anticompetitivas acreditadas y que se imputaron a REPSOL, S.A. en aplicación de lo dispuesto en el artículo 61.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) han tenido lugar en el sector de los combustibles de automoción en España consistentes en acuerdos de coordinación en materia de precios, así como en intercambios de información estratégica relativa a precios, entre un operador mayorista y diversos gestores independientes que pertenecen o han pertenecido a su red abandonada.

La sanción la fue impuesta por considerar a la citada mercantil autora responsable de la comisión de las conductas colusorias referidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La resolución sancionadora declara a REPSOL, S.A. autora y responsable de la conducta infractora invocando el artículo 61.2 LDC que, apoyándose en la presunción de control de la matriz respecto de las decisiones tomadas por la sociedad filial, permite apreciar responsabilidad en la sociedad matriz y ello a pesar de que los hechos de la conducta típica sancionada se hubieran realizado por una persona jurídica diferente a REPSOL, S.A..

SEGUNDO .- La sentencia impugnada, tras señalar la actuación administrativa que se recurre y resumir la posición procesal de las partes, llega a la desestimación del recurso con los argumentos que desarrolla en el fundamento de derecho tercero y que, en síntesis, son los siguientes:

a) "No se discute en este proceso si las conductas imputadas son o no anticompetitivas. Tampoco se pone en duda que las conductas imputadas se realizaron materialmente por la mercantil Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.; ni tampoco es objeto de discusión que REPSOL, S.A. ha sido la única empresa a quien se le ha declarado autora y responsable y a quien únicamente se ha sancionado por su condición de matriz del grupo de sociedades del que forma parte Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.- empresa filial- apoyándose la CNMC en la presunción de que la matriz, como dispone casi el 100% del capital social de

la filial, ha influido en la adopción de decisiones de la filial al carecer esta de autonomía. Y la CNMC justifica dicha imputación en base a lo dispuesto en el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia .

...

En este proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona corresponde exclusivamente examinar si la resolución de la CNMC en cuanto que ha declarado a REPSOL, S.A. como autora y responsable de las conductas colusorias antes expuestas , por su condición de entidad matriz del grupo de sociedades de la que forma parte la filial - Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.-, vulnera o no el principio de culpabilidad y el principio de personalidad de la pena previstos en los artículos 24 y 25 de la CE . Principios constitucionales que no se excepcionan en los casos de las personas jurídicas. El Tribunal Constitucional ya desde la sentencia 76/1990, de 26 de abril , viene declarando que no cabe en el ámbito sancionador administrativo ni la responsabilidad objetiva o sin culpa ni tampoco que no esté previsto en una norma con rango de ley que conductas van a ser consideradas infracciones, así como quienes van a ser considerados responsables de las mismas."

b) "Es en la Ley de Defensa de la Competencia donde se señalan las conductas que van a considerarse colusorias y quienes van a ser los sujetos infractores de la comisión de las mismas. En lo que ahora nos afecta es el artículo 61 donde se indica quienes son los sujetos infractores. Y en su apartado primero se señala que "serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta ley ".

c) Cita y hace transcripción de la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009 (Azko Nobel - asunto C-97/08), resaltando que "admite en materia del derecho de la competencia la ampliación del concepto de empresa -que no se corresponde necesariamente con el de sociedad en sentido mercantil- al de unidad económica de decisión en el que se incluye a todo el conglomerado de entidades sometidas a un mismo control y uno de los efectos que deriva de ese enfoque económico es la posibilidad de atribuir a la sociedad matriz de un grupo la responsabilidad por las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por sus filiales."

Resalta, además, que "el concepto de empresa que se utiliza en derecho de la competencia permite disociar la autoría de una infracción y la responsabilidad sobre la misma infracción pues es posible que una determinada sociedad participe materialmente en la adopción y realización de un acuerdo colusorio prohibido o abuse de su posición de dominio en el mercado, infringiendo con ello el derecho de la competencia y teniendo por ello la condición de sujeto infractor y que, además, dicha sociedad no haya actuado de forma autónoma sino siguiendo instrucciones de la entidad dominante del grupo en cuyo caso esta será también responsable de la actuación infractora realizada por la filial. Y, por tanto, en los casos en los que una sociedad matriz posee el 100% del capital de su filial, se presume que la primera ejerce efectivamente un control sobre la segunda, recayendo sobre la matriz la carga de desvirtuar la presunción aportando pruebas de la autonomía de su filial. Es una presunción iuris tantum que permite imputar a una sociedad la responsabilidad por las infracciones de una sociedad filial".

d) con referencias y transcripciones de esa sentencia del TJUE afirma que "Se destaca que dicha sentencia comunitaria cuando habla de la imputación a la sociedad matriz señala que es responsable de las actuaciones y conductas realizadas por las filiales pero nunca menciona que lo sea en calidad de autora de las conductas anticompetitivas.

Y esa misma distinción se recoge en la Ley de Defensa de la Competencia en el artículo 61 antes citado cuando su apartado segundo permite la imputación a la matriz de la responsabilidad por las infracciones de su filial al decir "la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas". Dicho precepto es un reflejo de la jurisprudencia comunitaria que permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz aunque no haya participado directamente en el acuerdo. Pero esa imputación de responsabilidad a la sociedad matriz por actos realizados por las filiales debe ponerse en relación con el apartado primero del citado artículo 61 en el que se indica que "serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley ".

La redacción del artículo 61 de la LDC es así respetuoso con el principio constitucional de personalidad de la pena por cuanto distingue dos situaciones de responsabilidad: una en concepto de autor por ser quien materialmente ha realizado las conductas colusorias y otra por el concepto de ser responsable de la actuación de la filial en la que se incluye a la sociedad matriz que sin realizar materialmente las conductas colusorias ha influido en la toma de decisiones de la filial y por ello debe ser "también " responsable o como se afirma en el artículo 61.2 "la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan..." ."

d) Finalmente, concluye que "Llegados a este punto esta Sección admite la pretensión de la recurrente que considera que se le ha sancionado aplicando la responsabilidad objetiva y se ha vulnerado el principio de personalidad de la pena cuando como sociedad matriz la CNMC en la resolución sancionadora le ha declarado autora y responsable de los acuerdos colusorios que se han realizado materialmente por la filial lo que ha supuesto que la CNMC aplicara la responsabilidad objetiva. En el ámbito del derecho de la competencia es clara la distinción entre autor material y entre responsable de la actuación realizada por la filial. La extensión de la responsabilidad de solidaridad presupone que la matriz no es el sujeto infractor de la conducta y que y que este último está correctamente identificado conforme al artículo 61.1. Así se recoge en la sentencia Azko Nobel cuando termina afirmando que:

"...el derecho comunitario de la competencia se funda en el principio de responsabilidad personal de la entidad económica que haya cometido la infracción. Pues bien, en el supuesto de que la sociedad matriz forme parte de esa unidad económica que, como se ha hecho constar en el apartado 55 de esta sentencia, puede estar formada por varias personas jurídicas, se considera que esta sociedad matriz es solidariamente responsable de las infracciones del Derecho de la competencia junto con las demás personas jurídicas que integran dicha unidad. En efecto, aunque la sociedad matriz no intervenga directamente en la infracción, en tal supuesto, ejerce una influencia determinante en las filiales que hayan intervenido en aquellas. De ello se desprende que, en dicho contexto, no puede considerarse que la responsabilidad de la sociedad matriz es una responsabilidad objetiva";

SEGUNDO .- El interés casacional objetivo del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo declarado mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 23 de abril de 2018 , en lo siguiente:

"Segundo.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si, es conforme con los principios de personalidad y culpabilidad comprendidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución , sancionar a una sociedad matriz en concepto de autora, de comportamientos colusorios constitutivos de infracciones de competencia amparadas en el artículo 61.1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia , cuando dichas infracciones se materializan por una de sus filiales respecto de la que tienen un control del 100% o próximo a ese porcentaje (99,78%); o si, por el contrario, para respetar los principios mencionados, es necesario diferenciar los comportamientos realizados en concepto de autor de la infracción, de aquellos imputables a título de responsabilidad solidaria."

El citado Auto también preciso lo siguiente: "Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 61.1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en relación con los artículos 24 y 25 de la Constitución , así como otros preceptos concordantes que resulten de aplicación."

TERCERO .- En el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado se denuncia que la sentencia dictada por la Sala de la Audiencia Nacional ha vulnerado el artículo 61 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia , en relación con los artículos 24 y 25 de la Constitución Española .

Se afirma que la cuestión a resolver no es si una empresa matriz puede ser responsable solidaria de las infracciones que en materia de competencia hayan sido cometidas por una de sus filiales, controlada total o fraccionariamente de forma significativa por la primera, sino si la empresa matriz y cabecera del grupo puede ser directa y exclusivamente sancionada como consecuencia de los comportamientos colusorios de la empresa filial controlada y al amparo del artículo 61.1 y 2 de la LDC . Y, consiguientemente, si esa posible sanción respeta o no los principios de culpabilidad y personalidad de las penas que consagra el artículo 25 de la Constitución Española .

Mantiene que una interpretación literal, lógica y finalista de los dos apartados artículo 61 de la LDC permite afirmar que una sociedad que controla a otra sea considerada autora si desarrolla la acción u omisión típica, como ocurre cuando la controlada es un mero instrumento de actuación de la matriz que, pese a su verdadera e independiente personalidad jurídica, no puede adoptar sus propias decisiones. Así, alega que "en estos casos, el autor material es la matriz porque la conducta colusoria se imputa a la voluntad de la matriz que prescinde de la voluntad de su filial y despoja de todo sustento real a la personalidad jurídica de dicha filial que queda reducida en el caso concreto a un mero formalismo, una mera abstracción".

Sostiene que sobre la base de los hechos que la sentencia incluye como probados, y los que añade a los efectos del artículo 93.3 de la Ley jurisdiccional 29/1998 y que ya estaban en el expediente administrativo, es posible sancionar a la sociedad matriz por un título de imputación propio y exclusivo, derivado del control y suplantación de voluntad en las decisiones de la filial, sin que ello represente o determine la existencia de una responsabilidad objetiva contraria al artículo 25 de la Constitución . Existe, enfatiza, "una imputación subjetiva a título personal respecto de la sociedad matriz que desarrolla la conducta colusoria suplantando y sustituyendo a la sociedad filial que instrumentaliza a dicho efecto".

En conclusión, aduce que "considera erróneo el análisis y la conclusión de la sentencia -y su doctrina-, porque si se examina el caso (la Resolución) se comprueba que el supuesto que se deriva del mismo y que ahora se lleva a este recurso, acredita que la sociedad matriz es la autora material y efectiva de la conducta colusoria, suprimiendo, sustituyendo y desplazando la autonomía de decisión de la filial, que es una carcasa vacía al servicio de la actuación no como mera unidad económica, sino como una auténtica unidad de negocio en la que el personal participante en las conductas colusorias lo es, a la vez y de forma simultánea, de la matriz y la filial y actúa de forma coordinada en defensa de los intereses del grupo como unidad de negocio."

Por ello, dice que "Por eso, la jurisprudencia que ahora se reclama no se refiere al supuesto de aplicación del artículo 61.2 LDC . No se trata de fijar doctrina -que ya existe- sobre el supuesto de imputabilidad por responsabilidad solidaria de las infracciones en materia de competencia cometidas por una de sus filiales controlada total o fraccionariamente de forma significativa por la primera; sino que debe resolver si en casos como el tratado en que se acredita que el grupo se comporta como una única empresa a efectos de competencia ..., procede declarar autora a la sociedad matriz al serle imputable la conducta colusoria y, con ello, ser personalmente responsable y culpable de la infracción cometida cuya sanción respeta los derechos fundamentales y principios del procedimiento sancionador reconocidos en los 25 y 24 de la Constitución."

También concluye diciendo que "lo que se plantea es que, sin necesidad de reforma legislativa alguna y bajo el amparo del artículo 61.1 y 2 LDC , es posible sancionar a la sociedad matriz -como se hizo en la Resolución de la CNMC- como autora de la infracción en materia de competencia y que la sanción de dicha infracción respeta los principios de personalidad de las penas y culpabilidad del artículo 25 de la Constitución en relación con la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución .".

Con base en todo ello se solicita de la Sala:

1º.- que fije doctrina en el sentido de que una sociedad matriz puede ser sancionada en concepto de autora de infracciones de competencia materializadas en comportamientos colusorios de una filial respecto de la que tiene un control del 100% o una participación masiva, cuando aquella sociedad matriz ha suplantado y sustituye la voluntad de ésta, desplegando dicha actuación como una unidad de negocio.

2º.- que estime el recurso de casación con anulación de la sentencia impugnada.

3º) que dicte sentencia desestimado el recurso interpuesto en la instancia frente a las decisiones administrativas adoptadas en el expediente S/484/13 REDES ABANDERADAS.

CUARTO .- Por su parte, la mercantil recurrida alega inicialmente que la administración recurrente, al fundar el recurso de casación en el artículo 61.1 LDC , en su consideración como "sujeto infractor" (autora, en definitiva), viene a plantear una cuestión distinta al debate jurídico de la instancia, donde la administración partía de defender la validez del título de imputación de Repsol, S.A. contenido en la Resolución (el art. 61.2 LDC), sosteniendo que la citada mercantil no había sido capaz de acreditar que su sociedad filial tuviera autonomía en el mercado. Así, afirma, lo reseñaba la sentencia cuando dice que "Y la CNMC justifica dicha imputación en base a lo dispuesto en el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia ".

A continuación, cuestiona el planteamiento del recurso afirmando que parte de un presupuesto inexistente: la privación de la capacidad decisión de la filial por el control que mantiene la matriz. No es posible desdoblar el término o la idea de "control" que emplea el artículo 61.2 de la LDC de manera que existan diferentes grados de control, ya sea por influencia pequeña determinante de responsabilidad solidaria de empresas matriz y filial, ya sea de influencia grande que conlleve la atribución de las conductas directamente a la empresa matriz. Solo es posible entender la imputación a la empresa o empresas que controlan a la sociedad autora de los hechos ("es también imputable") como una ampliación de la responsabilidad derivada de la autoría directa de tales hechos y a modo de responsabilidad solidaria o concurrente con la empresa filial, pero, en ningún caso, como una responsabilidad diferente y propia de la empresa matriz. Para ello resalta que lo contrario alteraría el régimen sancionador establecido en los artículos 63 y 64 de la LDC , que presupone que sea el negocio del sujeto infractor (no del grupo al que pertenece) el que se tome en consideración para la aplicación de la proporcionalidad de la sanción.

Desde esta perspectiva, alega que la sentencia comunitaria tomada en consideración por la Sala sentenciadora es plenamente aplicable y, además, no permite la imputación sostenida en el recurso de casación, sobre todo si se toma en consideración que la existencia de la unidad económica entre las empresas del grupo no ha sido objeto del proceso. Fue la propia resolución sancionadora la que, presuponiendo la existencia de la unidad económica, atribuyó la responsabilidad por los hechos a Repsol S.A. como autora de las conductas realizadas por su filial y en razón de que no fue capaz de acreditar la autonomía de ésta y, en definitiva, por no haber demostrado que no controlaba a la filial. Repsol S.A. no ha negado los indudables vínculos económicos,

organizativos y jurídicos con sus filiales, con independencia de cuál sea el alcance o efecto de tal vinculación, sino que lo que niega es la autoría de los hechos en atención a su condición de matriz.

Cuestiona, a continuación, la interpretación que hace la administración recurrente del artículo 61.1 y 2 de la LDC cuando afirma que el precepto distingue la condición de "sujeto infractor" de la de "sujeto responsable", siendo éste quien controla al primero; pero, añade, que el precepto legal no excluye que pueda ser sujeto infractor en lugar de responsable quien controla a la persona que formalmente ha desarrollado la acción u omisión típica, por lo que sostiene que es perfectamente posible que una sociedad que controla a otra sea 'autora' si, sustantivamente, desarrolla la acción u omisión típica.

Ante ello dice que "Frente a la tesis de adverso, la interpretación de dicho precepto legal no permite aceptar la anterior conclusión. Cierto es que es perfectamente posible que una sociedad matriz participe directamente en los hechos junto con su filial y pueda ser entonces declarada responsable como autora de las conductas al mismo tiempo que sea responsable solidaria respecto de la conducta de su filial. Pero este no es el caso: la sociedad matriz, RSA, no ha participado en las conductas y el criterio de "unidad económica" o de "unidad de negocio" no permite, en cuanto tal, calificar a la sociedad matriz como autora de la conducta realizada por su filial. Dicho criterio es el que justifica que, cuando la sociedad matriz controla a la filial, deviene también responsable solidaria por los mismos. Pero nada más, porque la unidad de negocio no elimina la realidad -tangible y operativa- de que el Grupo económico está integrado por varias personas jurídicas, con plena capacidad de obrar en el mundo de las relaciones jurídicas negociales y que, por tanto, pueden ser imputadas por las conductas que llevan a cabo."

Añade que, en todo caso, "para que la matriz pudiera ser sancionada como autora, tendría que haber sido identificada e imputada como "sujeto infractor" en el expediente sancionador (lo que no ha ocurrido en el caso de autos), porque así lo exige inexcusablemente el apdo. 1 del art. 61 LDC, al establecer que sujetos infractores -autores, en definitiva- son "las personas físicas (obviamente, los empresarios individuales) o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley". Niega aquí que pueda aplicarse a las personas jurídicas el concepto de autoría mediata o por medio de tercero, propio del ámbito penal (artículo 28.1 y 31 y 31 bis del código penal) y sostiene que tal concepto no es aplicable al campo del Derecho de la Competencia, y en particular al supuesto de empresas jurídicas. Según el propio artículo 61.2 de LDC, cuando la empresa autora del acto infractor de la competencia ha actuado influida por otra empresa o persona que la controla accionarialmente, de dicha actuación es también responsable a los efectos de la Ley esta última, pero ello no la convierte en "autora" de dichas conductas.

Como conclusión de todo ello afirma que "la extensión de la responsabilidad a la matriz por la conducta de su filial que establece el art. 61.2 LDC se limita a establecer una regla de responsabilidad solidaria entre ambas sociedades respecto al pago de la sanción que se impone, evidentemente, a aquella persona jurídica (la filial) que es autora de la conducta conforme al principio de responsabilidad personal. El art. 61.2 LDC no traslada la responsabilidad sobre la comisión de la conducta ilícita a la matriz (o a cualquier otra sociedad de un grupo), ni directa ni indirectamente. Dicha disposición no permite considerar a la matriz como única autora y responsable de la conducta típica porque, precisamente, esta regla de extensión de la responsabilidad, de solidaridad, presupone que la matriz no es el sujeto infractor de la conducta y que este último sujeto está correctamente identificado conforme al art. 61.1 LDC y por la propia exigencia del art. 25 CE. La existencia de la presunción de control en que se funda la responsabilidad solidaria de la sociedad matriz parte, como señala la Sentencia impugnada, de apreciar, primero, la responsabilidad personal de la persona que comete la conducta y sancionarla para, después, y en su caso, extender la responsabilidad solidaria sobre la sanción impuesta a la matriz. En suma, el art. 61.2 LDC no establece una forma de autoría sino un régimen de responsabilidad solidaria de la sociedad matriz respecto de la sanción que se impone a la sociedad filial."

Por todo ello solicita la desestimación del recurso reafirmando lo siguiente:

1º) Que está acreditado que los comportamientos objeto de la Resolución fueron llevados a cabo materialmente por RCPP y no por su matriz RSA.

2º) Que la Resolución anulada no imputó a RSA al amparo del art. 61.1 LDC, es decir como "autora" de tales conductas, sino con fundamento en el art. 61.2 LDC, es decir como responsable por las conductas de su filial RCPP; no obstante lo cual, ha sido sancionada como autora de las mismas.

3º) Que, en la jurisprudencia del TJUE y en la LDC, la "unidad económica" que permite la apreciación de la existencia de una empresa compuesta por diversas personas jurídicas es el fundamento que posibilita extender la responsabilidad solidaria a la matriz por las conductas de su filial, pero no permite trasladar a dicha matriz una "responsabilidad objetiva".

4º) Que, en consecuencia, la Resolución anulada en la instancia es nula de pleno derecho en cuanto sanciona a la matriz RSA como autora y responsable de las conductas de su filial, sin estar identificada como "autora" ex art. 61.1 LDC, aplicándole de este modo una "responsabilidad objetiva" que conculca el principio constitucional de personalidad de la pena con infracción de los arts. 24 y 25 de la CE".

QUINTO .- El Ministerio Fiscal, resumidamente, considera que, en efecto, del principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 de la Constitución) se deduce, como parte de su contenido esencial, que no cabe la sanción por hechos ajenos, si bien se pronuncia a favor del recurso de casación de la Abogacía del Estado aunque discrepa de las consideraciones que hace sobre la inimputabilidad.

De esta manera y partiendo de la rúbrica del artículo 61 -"Sujetos infractores"- rechaza que de tal precepto se deduzca que haya un sujeto infractor - artículo 61.1- y un sujeto responsable por la infracción cometida por la filial -artículo 61.2- , sino que hay dos posibles infractores, cada uno conforme a su respectivo título de imputación, esto es, uno responsable de la acción como autor material y otro responsable por la actuación de la filial, lo que implica que la sociedad matriz es responsable por razón el control que ejerce sobre la filial.

SEXTO .- Planteado así el presente recurso, y centrándolo en la aplicación de los principios de culpabilidad y de personalidad, ambos deducibles del principio de legalidad en materia sancionadora previsto en el artículo 25.1 de la Constitución , cabe deducir lo siguiente:

1º Que conforme a dichos principios nadie puede ser sancionado sino por hechos que le sean imputables, lo que excluye la responsabilidad objetiva en cuanto derivada de hechos ajenos. Esto explica que el artículo 61 de la LDC prevea dos títulos de imputación específicos: uno por el que se sanciona a título de autor material al responsable de la ejecución de actos colusorios (artículo 61.1 de la LDC) y otro aplicable, en este caso, para grupos de empresas el artículo 61.2-, en el que la responsabilidad es "también" de la matriz y que es imputable porque la filial está bajo su control, ejerce sobre ella una influencia decisiva y determinante de su actuación.

2º A los efectos de tales principios de culpabilidad y responsabilidad, la imputación y consiguiente sanción a la matriz ex artículo 61.2 se basa en la presunción legal de que los actos de la filial obedecen a esa influencia decisiva, presunción a la que se llega por razón de la participación accionarial de la matriz en la filial, presunción que se destruye mediante prueba en contrario cuya carga es de la matriz (cf. artículo 385.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). En tal caso la prueba exculpatoria va dirigida a probar que la actuación infractora es atribuible en exclusiva a la filial, todo lo cual exige integrar el concepto de "influencia decisiva".

3º Por tanto, que se sancione de esta forma a la matriz no implica sancionarla por hechos ajenos: no se está ante un caso de hetero-responsabilidad sino que la sanción se impone por actos propios deducibles de su exclusivo título de imputación y por una actuación que en consiste su exclusiva y excluyente responsabilidad: responsable de los actos infractores de la filial y de los que también responde ésta pero como autora material.

4º Tal reparto de responsabilidades es lo que explica que se venga sancionando conjuntamente a la filial ex artículo 61.1 de la LDC y a la matriz ex artículo 61.2 de la LDC , cada una responsable según su respectivo título de imputación, de ahí que se advierta la concurrencia de una responsabilidad solidaria en sí compatible con los principios invocados.

5º Tal criterio se deduce de la propia literalidad del artículo 61.2 de la LDC que atribuye la responsabilidad por actos colusorios de manera conjunta: la matriz "es también imputable" evidentemente por los actos colusorios del autor material, luego la actuación de una empresa filial "es también imputable" a la matriz cuando aquella está bajo su control.

6º Ahora bien, lo dicho no excluye una tercera posibilidad: que se imputen los actos colusorios a la matriz como autora material si es que la filial es un mero artificio, una pantalla o instrumento de la matriz, luego quien actúa real y materialmente es la matriz que se sirve de ese artificio que es la filial. En definitiva, que pruebe que la matriz sea "algo más" y la filial sea "algo menos", es decir, que la matriz sea realmente la autora material porque la filial es una mera ficción de la que se sirve la matriz para actuar en el mercado en forma colusoria.

7º En este último supuesto puede plantearse si la imputación a la matriz debe hacerse por el artículo 61.1 de la LDC , esto es, como verdadero y único responsable de las conductas colusorias, o si cabe una interpretación del artículo 61.2 de la LDC que englobe dos posibilidades: bien el supuesto general de responsabilidad de la matriz junto ex artículo 61.2 de la LDC con la filial y ésta imputable ex artículo 61.1 de la LDC ; o bien una interpretación del artículo 61.2 de la LDC según la cual la dicción de tal precepto da cobertura a la atribución de la exclusiva responsabilidad a la matriz, en cuyo caso el adverbio "también" significaría otro supuesto de imputación: imputar a la matriz como responsable único y directo de los actos colusorios por razón de haber ejercido esa influencia decisiva sobre la filial que queda como mero ente instrumental de la primera.

8º Repárese que respecto de esta última posibilidad, en cuanto a lo que se ha identificado como que tiene interés casacional objetivo, la cuestión ya no afecta tanto a los principios de responsabilidad y culpabilidad sino de integración del título de imputación en uno u otro apartado del artículo 61, pero que se elija una posibilidad interpretativa u otra no afectaría en puridad a esos principios pues no dejaría de exigirse responsabilidad a la matriz por un hecho que se considera que le es imputable en exclusiva.

9º La cuestión, por tanto, se desenvuelve en un primer aspecto fáctico que lleva a la valoración de la prueba por presunciones para la integración del concepto "influencia decisiva", si cabe tener como presunción válida la mera participación accionarial del 100% o del 99'78% y, a su vez, a la valoración de la prueba de contrario -cuya carga corresponde a la matriz- encaminada a destruir la presunción legal ex artículo 61.2 de la LDC, esto es: valorar si ha probado que pese a su condición de matriz no ha determinado de forma decisiva la actuación infractora de la filial.

10º En definitiva, sólo en el caso de que se concluya que hubo una actuación conjunta que debería llevar a apreciar una responsabilidad solidaria de la matriz y de la filial, o exclusiva de la filial, se infringirían los principios de responsabilidad y culpabilidad si se atribuyese por entero la responsabilidad a la matriz como única autora de los actos colusorios cuando en su ejecución ha intervenido la filial desde el ámbito de autonomía que se tenga por probado.

SÉPTIMO .- Aplicado lo expuesto al caso de autos lo relevante es la infracción por la sentencia impugnada del artículo 25.1 de la Constitución, si bien se invoca también la infracción del artículo 24 de la Constitución, respecto del cual cabe decir lo siguiente:

1º Que si la invocación del artículo 24 se hace a efectos de la destrucción de la presunción de inocencia, ya se ha dicho que la sentencia impugnada se basa en los hechos que declara probados la CNMC, conforme a los cuales se sanciona a la matriz con base en la presunción legal de que ejerce una influencia decisiva sobre la filial por ser titular del 100% de su capital o próximo al 99'78%, constituyendo ambas a efectos del derecho de la competencia una unidad económica, unidas por vínculos organizativos y económicos.

2º La sentencia no infringe tal precepto constitucional por no reflejar expresamente en sus razonamientos una serie de hechos cuya integración interesan tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal al amparo del artículo 93.3 de la LJCA. Esto es así porque tal integración en verdad no es determinante en esta casación y es que la sentencia de instancia no cuestiona el poder de dirección de la matriz sobre la filial o que, por ejemplo, el personal de ambas mercantiles se integre en un mismo organigrama. En efecto, su ratio decidendi se centra en una cuestión de principio según la cual si se imputa a la matriz ex artículo 61.2 de la LDC, tal imputación debe ir acompañada de la imputación de la filial ex artículo 61.1 de la LDC y al no hacer así se ha hecho a la matriz responsable en exclusiva de los actos colusorios.

OCTAVO .- Centrado lo controvertido en el principio de personalidad y culpabilidad deducibles del artículo 25.1 de la Constitución, y aplicando lo expuesto en el Fundamento de Derecho Sexto procede estimar el recurso y anular la sentencia de instancia por las siguientes razones:

1º De tal Fundamento de Derecho Sexto se deduce que la interpretación del artículo 61.2 de la LDC permite sancionar sólo a la matriz sin que por ello se infrinja el principio de culpabilidad -que es lo controvertido en autos- pues siempre se le sancionaría por aquello que les es imputable y tal imputación se basa en unos hechos que se declaran probados.

2º Cuestión distinta será si en la valoración de la prueba de cargo, basada en el proceso lógico deducible de la presunción legal ex artículo 61.2 de la LDC, se advierte una grave quiebra del razonamiento presuntivo que supone, o si la presunción se basa en unos hechos no probados o si se ha ignorado la prueba de descargo de la matriz. Todo esto afectaría, todo lo más, al derecho a la presunción de inocencia, pero no al principio de culpabilidad y personalidad.

3º En consecuencia, se infringirían tales principios si se sancionase sólo a la matriz por hechos también imputables a la filial, pero no cuando se ha tenido por probado que los hechos son imputables en exclusiva a la matriz por razón de la concreta integración que se ha hecho del concepto "influencia decisiva", integración basada, repetimos, en la valoración de las pruebas de cargo. Y cuestión distinta será si tal responsabilidad debe exigirse a la matriz en exclusiva al amparo del artículo 61.1 y no del apartado 2 pues lo determinante es que se ha sancionado a la matriz por hechos que se entienden que le son atribuibles en exclusiva.

NOVENO .- De todo lo razonado deriva la estimación del recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional y que, conforme al artículo 93.1 de la Ley jurisdiccional 29/1998, deba resolverse el recurso contencioso-administrativo promovido por los trámites del procedimiento de protección de los derechos fundamentales de la persona, ello desestimado, por lo ya dicho, la demanda interpuesta por la



mercantil REPSOL, S.A. contra la resolución la Resolución de 20 de febrero de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 22.590.000 de euros.

DÉCIMO .- La presente sentencia, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, ha establecido en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declarará:

1º) que es conforme con los principios de personalidad y culpabilidad, comprendidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución, sancionar a una sociedad matriz en concepto de autora de comportamientos colusorios constitutivos de infracciones de competencia materializados por una sociedad filial respecto de la que tienen un control del 100% o próximo a ese porcentaje (99,78%) cuando aquella sociedad ha suplantado y sustituye la voluntad de ésta, desplegando dicha actuación como una unidad de negocio, ello al amparo del artículo 61.1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

2º) que procede estimar el recurso de casación interpuesto por Administración General del Estado contra la sentencia dictada el día 28 de julio de 2017 por la sección sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso administrativo nº 7/2015, anulando dicha sentencia.

3º) que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de REPSOL S.A. contra la Resolución de 20 de febrero de 2015 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 22.590.000 de euros, confirmando dicha Resolución

UNDÉCIMO .- De conformidad con el dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley jurisdiccional 29/1998 tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la sentencia que se dicte resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Por ello, se acuerda:

a) no hacer imposición de las costas de la instancia por considerar evidente que el caso presentaba serias dudas de derecho por la dificultad que, por su singularidad, entraña la cuestión debatida.

b) cada parte abonará, en cuanto a las del recurso de casación, las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de la norma establecida en el Fundamento Jurídico Segundo a las cuestiones de interés casacional planteadas,

1º) **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada el día 28 de julio de 2017 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso administrativo nº 7/2015, sentencia que **ANULAMOS**

2º) **DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por esa mercantil contra la Resolución de 20 de febrero de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 22.590.000 de euros, Resolución que **CONFIRMAMOS**.

3º) **HACER IMPOSICIÓN** de costas en los términos previstos en el fundamento último.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.