



Roj: **SAN 3336/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:3336**

Id Cendoj: **28079230062017100272**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/07/2017**

Nº de Recurso: **7/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000007 / 2015

Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES

Núm. Registro General: 04432/2015

Demandante: REPSOL, S.A.

Procurador: DÑA. GLORIA TERESA ROBLED0 MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: CONFEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de julio de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado así como el Ministerio Fiscal. Y como parte codemandada ha comparecido la CONFEDERACION ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO representada por el Procurador D. David García Riquelme.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que *"...estimando el presente recurso declare que se han vulnerado los derechos fundamentales descritos en el cuerpo de esta demanda y declare nula y contraria a derecho la resolución de 2 de julio de 2015 recaída en el expediente S/484/13"*.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal contestan a la demanda mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente. En igual sentido se formula la contestación por parte de la entidad codemandada.

TERCERO. - Una vez admitida la prueba documental propuesta se concedió a las partes el trámite de conclusiones y una vez aportados quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 8 de febrero de 2017, continuándose la deliberación el día 26 de julio de 2017.

QUINTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo la entidad recurrente REPSOL, S.A. impugna 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. Dicha resolución impone a la entidad REPSOL, S.A. la sanción de multa por importe de 22.590.000 euros como **autora responsable de la comisión de las conductas colusorias referidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**. Y las prácticas anticompetitivas acreditadas y que se han imputado a REPSOL, S.A. en aplicación de lo dispuesto en el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia 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. Concretamente, tal como se recoge en la resolución sancionadora, se han imputado a REPSOL; S.A. las siguientes conductas:

"1. Acuerdo entre REPSOL, S.A. y las empresas LENCE TORRES, S.L. y COMPLEJO SAN CRISTOBAL; S.L. para la coordinación de los precios de venta al público en sus estaciones de servicio en el entorno de Lugo alcanzado en abril de 2013.

2. Acuerdo entre REPSOL y ESTACION DE SERVICIO LORQUI; S.L. en diciembre de 2012 en virtud del cual REPSOL se comprometió a no aplicar en la ES 96808 de Espinardo descuentos superiores a 3 cts./l.

3. Intercambio de información estratégica relativa a los precios de venta al público entre REPSOL y CERRO DE LA CABAÑA, S.L. en una reunión mantenida el 21 de marzo de 2013".

Conductas que, según se recoge en la resolución sancionadora, merecen la calificación de anticompetitivas porque: *"...el efecto inmediato de los acuerdos e intercambios de información en este tipo de redes es una reducción sustancial de la competencia intramarca, eliminándose la incertidumbre en cuanto a la política de precios del competidor necesaria para el correcto funcionamiento del mercado. En un mercado muy transparente y caracterizado por la presencia de tres grandes operadores verticalmente integrados que concentran más de un 60% del mercado de distribución minorista el debilitamiento de la competencia intramarca es particularmente perjudicial y los efectos son graves"*.

Y, en lo que atañe a este recurso, en la resolución sancionadora impugnada se justifica la imputación a la entidad recurrente REPSOL, S.A. afirmando: *"Por cuanto antecede, esta Sala considera que procede la imputación de responsabilidad de REPSOL por la conducta desplegada y acreditada de su filial en este expediente, pues como se ha dicho, la motivación de tal imputación de responsabilidad trae causa de la referida presunción de influencia decisiva derivada del acreditado control de casi la totalidad del capital social de la filial (99,78%). Por tanto, conforme a la jurisprudencia citada, correspondería a las empresas aportar prueba concreta en contrario que desvirtuase tal motivación lo que, a juicio de esta Sala, REPSOL no ha hecho"*.

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 la autoría de la conducta típica sancionada corresponde a una persona jurídica diferente a REPSOL, S.A.

SEGUNDO. - En el escrito de demanda presentado por la entidad recurrente solicita la nulidad de pleno derecho de la sanción de multa impuesta por vulneración de los artículos 24 y 25.1 de la Constitución .

Destaca en su demanda que en este proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona únicamente impugna el título de imputación que le ha atribuido la CNMC dejando el resto de las cuestiones al procedimiento ordinario que se tramita ante esta Sección con el número 640/2015 en el que se ha impugnado la misma resolución sancionadora y en el que efectuara alegaciones que van más allá del título de imputación ahora discutido en este proceso.

Y apoya su pretensión en las siguientes consideraciones.

La recurrente considera que la resolución sancionadora impugnada funda erróneamente la imputación dirigida contra Repsol, S.A. en el artículo 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia al considerar que REPSOL, S.A. debía haber acreditado la autonomía respecto de la matriz en la toma de decisiones por parte de aquellas sociedades del grupo Repsol. La CNMC ha atribuido a la entidad recurrente de forma exclusiva la autoría y la responsabilidad de las conductas anticompetitivas teniendo en cuenta únicamente su condición de sociedad matriz de un grupo de sociedades y que como tal la CNMC entendió que ejerció influencia en la toma de decisiones de las sociedades filiales y, en este caso, en relación con la entidad Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. respecto de la cual la matriz dispone del 99,78% de la totalidad de su capital social.

La recurrente razona que dicha responsabilidad e imputación es contraria a los principios de responsabilidad personal y de culpabilidad que se reconoce en los artículos 25.1 de la CE en relación con el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la CE .

En relación con la vulneración de estos derechos fundamentales la entidad recurrente expone que el principio de personalidad y de responsabilidad personal amparado por el artículo 25 .1 de la CE exige que esté determinado de manera cierta por la ley quien puede ser el sujeto activo de un delito o de una infracción y ello implica que solo a los sujetos de derecho que determina expresamente la ley como sujetos activos de un delito o infracción se les puede hacer responsables de un ilícito. Sin que quepa la traslación de responsabilidad por la actuación de otro salvo que medie habilitación legal en ese sentido debidamente justificada. Es decir, dicho principio de personalidad no admite la responsabilidad objetiva. Y en esta misma línea argumenta que el artículo 61.2 de la LDC , por el que se le ha sancionado, no permite atribuir la autoría y la responsabilidad de la comisión de una infracción a una sociedad matriz de un grupo de empresas sin que previamente se haya identificado a la sociedad filial del grupo autora de las conductas colusorias respecto de las cuales a la sociedad matriz, con algunas condiciones, también se le podría exigir responsabilidad pero sería solidaria. Y añade que, en el régimen sancionador previsto en la LDC, no existe una habilitación legal que permita trasladar a un sujeto la conducta de otro como propia y no prevé que pueda atribuirse la responsabilidad del sujeto infractor a la sociedad matriz del grupo de sociedades al que pertenece.

Reconoce en su escrito de demanda que Repsol, S.A. es la sociedad matriz del grupo Repsol. Y que el activo de Repsol, S.A. es la participación accionarial en distintas sociedades. Y que como sociedad matriz realiza actividades propias del accionista y también presta determinados servicios centralizados a las sociedades del grupo. Pero añade que Repsol, S.A. no realiza actividades en el mercado de distribución de combustibles de carburantes a través de estaciones de servicio. Y que quien realiza esas actividades es Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. que es quien tiene por objeto la comercialización de productos petrolíferos incluyendo la distribución de carburantes a través de estaciones de servicios.

Y añade que en ninguna parte del expediente administrativo se advirtió a Repsol, S.A. de ese título de imputación sino que aparece por primera vez en la resolución sancionadora. Y el único motivo de su imputación es que la CNMC presume que la actuación realizada por la filial se debió a la influencia decisiva derivada del

control efectuado por la matriz que se deduce del hecho exclusivo de que la matriz dispone la casi totalidad del capital social de la filial (99,78%).

Insiste en que, en su caso, la sociedad matriz podrá ser declarada responsable solidaria junto a la sociedad filial a la que previamente se le ha declarado autora de la acción pero no ha sido esto lo que ha realizado la CNMC en la resolución impugnada en la que se ha declarado a la sociedad matriz autora y responsable de los actos de las filiales.

Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal así como la defensa de la entidad codemandada solicitan en sus escritos de contestación a la demanda que se confirme la resolución sancionadora apoyándose en los argumentos recogidos en la misma.

TERCERO.- Centrado el objeto de debate corresponde en este proceso examinar si la resolución sancionadora vulnera los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24 y 25.1 de la CE en cuanto que en materia sancionadora reconocen el principio de responsabilidad y de personalidad de la pena así como el principio de culpabilidad. Y ello porque se ha considerado a la mercantil recurrente REPSOL, S.A. autora y responsable de las conductas colusorias acreditadas exclusivamente por su condición de matriz de un grupo de sociedades basándose la CNMC en la presunción de que como la matriz posee casi el 100% de la totalidad de las acciones de la filial ésta carece de autonomía en la toma de decisiones y solo ha podido actuar bajo las directrices de la matriz y es precisamente de esa presunción de donde según la resolución sancionadora surge así la autoría y la responsabilidad en las conductas colusorias llevadas a cabo por la filial. En este sentido la resolución sancionadora señala:

"REPSOL, S.A. es la cabecera de un grupo energético integrado, presente en todas las fases de la cadena de valor del petróleo.

Según la "Memoria correspondiente al ejercicio 2014", incluida en su informe de cuentas anuales, disponible en la página web de la empresa, REPSOL, S.A. figura inscrita en el Registro Mercantil de Madrid y fue constituida en 1986, teniendo como objeto social:

- 1. La investigación, exploración, explotación, importación, almacenamiento, refino, petroquímica y demás operaciones industriales, transporte, distribución, venta, exportación y comercialización de hidrocarburos de cualquier clase, sus productos derivados y residuos.*
- 2. La investigación y desarrollo de otras fuentes de energía distintas a las derivadas de los hidrocarburos y su explotación, fabricación, importación, almacenamiento, distribución, transporte, venta, exportación y comercialización.*
- 3. La explotación de inmuebles y de la propiedad industrial y de la tecnología que disponga la Sociedad.*
- 4. La comercialización de todo tipo de productos en instalaciones anexas a estaciones de servicio y aparatos surtidores y a través de las redes de comercialización de los productos de fabricación propia, así como la prestación de servicios vinculadas al consumo o utilización de estos últimos.*
- 5. La prestación a sus sociedades participadas de servicios de planificación, gestión comercial, factoring y asistencia técnica o financiera, con exclusión de las actividades que se hallen legalmente reservadas a entidades financieras o de crédito.*

...

Según la misma Memoria el activo principal de Repsol, S.A. lo constituyen las participaciones accionariales en distintas sociedades filiales. Repsol S.A., como Sociedad matriz del Grupo, realiza actividades propias de accionista, controlando, coordinando y realizando un seguimiento de las actividades que desarrollan sus filiales, así como planificando y definiendo las estrategias del Grupo. Por otro lado, la Sociedad presta determinados servicios a sus filiales en relación con las actividades de ingeniería, sistemas de información, administración, servicios de gestión patrimonial, formación y otras actividades centralizadas.

Repsol, S.A. es la sociedad dominante del Grupo Fiscal Consolidado 6/80, en el que se integran todas aquellas sociedades residentes en España, participadas, directa o indirectamente, en al menos un 75% por la sociedad dominante y que cumplan determinados requisitos. El número de sociedades que componen el mencionado Grupo Fiscal en el ejercicio 2014 es de 52, siendo las más significativas las siguientes: la propia Repsol, S.A.; Repsol Petróleo, S.A., Repsol Trading S.A., Repsol Química, S.A., Repsol Butano S.A., Repsol Exploración S.A. y Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.

REPSOL es la empresa líder en el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción a través de Estaciones de Servicio (EESS), ostentando en 2012 una cuota de (40-50%) por volumen de ventas

y del (30-40%) por número de estaciones de servicio en el mercado nacional peninsular, en gasolina 95 y cifras similares en gasóleo A (expediente C-550/13 REPSOL/PETROCAT).

...

REPSOL, S.A. es la matriz entre otras de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A.; CAMPSA, ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. (CAMPSARED); PETROLEOS DEL NORTE, S.A. (PETRONOR) y NOROIL, S.A., distribuyendo combustible de automoción bajo estas marcas.

La sociedad del Grupo Repsol activa en el mercado de distribución de carburantes de automoción es REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. (RCPP). Sus principales accionistas son:

- REPSOL PETROLEO, S.A. con un porcentaje de participación del 59,30%.
- PETROLEOS DEL NORTE SOCIEDAD ANONIMA, con un porcentaje de participación del 22,09%.
- REPSOL, S.A. con un porcentaje de participación del 18,39%.
- GASOGU, con un porcentaje de participación indeterminado.

Por su parte REPSOL PETROLEO, S.A. tiene como accionistas:

- REPSOL, S.A. con un porcentaje de participación del 99,97%.
- Instituto Nacional de Hidrocarburos, con un porcentaje de participación indeterminado.

Mientras que los accionistas de PETROLEOS DEL NORTE SOCIEDAD ANONIMA (PETRONOR) son:

- REPSOL, S.A. con un porcentaje de participación del 85,98%.
- Kartera I Sociedad Limitada con un porcentaje de participación del 14,02%."

Y en lo que afecta a este proceso la CNMC justifica la imputación a REPSOL, S.A. añadiendo en la resolución impugnada:

"En consideración a la relación jurídica existente entre las empresas citadas, resulta de aplicación al presente expediente el artículo 61.2 de la LDC que señala que 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.

En este sentido, los tribunales comunitarios y españoles, vienen considerando que en los casos en los que una matriz participa en el 100% o casi en su totalidad del capital social de su filial, existe una presunción iuris tantum de que la matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial, siendo esta presunción un elemento específico de la normativa de competencia derivado del concepto de unidad económica propio de esta disciplina. En tales casos corresponde a la matriz desvirtuar dicha presunción aportando pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado.

Reiterada jurisprudencia comunitaria avala este argumento, por todas, la sentencia de 30 de abril de 2009, donde el TPI (TJCE 2009/114) declara expresamente lo siguiente: "para imputar a una sociedad matriz los actos cometidos por su filial no es en absoluto necesario que la matriz haya participado directamente en los comportamientos imputados a su filial o haya tenido conocimiento de ellos. La circunstancia que permite que la Comisión considere a la sociedad matriz de un grupo de sociedades destinataria de la decisión por la que se imponen multas no es el hecho de que la matriz haya instado a su filial a participar en la infracción ni tampoco, a fortiori, la participación de la propia matriz en dicha infracción, sino el hecho de que ambas constituyan una única empresa a efectos del artículo 81 CE . En el presente caso, la demandante se limita a afirmar que no tuvo conocimiento de las actividades de Itochu Hellas y niega haberlas apoyado activamente, pero no aporta la más mínima prueba de no haber ejercido una influencia decisiva en el comportamiento de Itochu Hellas ni tampoco pruebas de la autonomía de esta última".

...

En el presente expediente, REPSOL liga su alegación respecto a su ausencia de actividad en el mercado de distribución de carburantes a razones meramente formales sin argumentar ni acreditar en ningún caso que su filial REPSOL CPP desarrolle su actividad empresarial en este área comercial de forma independiente de la empresa matriz y ello motivara su exclusión del expediente sancionador. Sin embargo, a pesar de que REPSOL alegue que no tiene actividad en dicho mercado, lo cierto es que las cuentas anuales consolidadas de REPSOL S.A. publicadas en su página web, corresponden a Repsol, S.A. y sociedades participadas que configuran el Grupo Repsol. Esto es, en sus cuentas anuales se consolidan sus participadas, lo que supone la inclusión de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. (participada en un 99,78% por REPSOL, S.A. de acuerdo con sus cuentas anuales) en ellas. De este modo, las ganancias o pérdidas de REPSOL CPP, con inclusión de los

beneficios obtenidos a raíz de las conductas que se le imputan, se reflejaron en las ganancias o pérdidas del grupo Repsol en su conjunto.

Según la estructura accionarial reseñada, REPSOL ostentaría el control sobre REPSOL CPP, que no sería una entidad autónoma aislada del Grupo REPSOL, sino que actuaría bajo la dirección económica ejercida por la empresa matriz, la cual se presume, entre otras situaciones, cuando la matriz posea la mayoría de los derechos de voto o tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la filial.

...

Por cuanto antecede, esta Sala considera que procede la imputación de responsabilidad de REPSOL por la conducta desplegada y acreditada de su filial en este expediente, pues como se ha dicho, la motivación de tal imputación de responsabilidad trae causa de la referida presunción de influencia decisiva derivada del acreditado control de casi la totalidad del capital social de la filial (99,78%). Por tanto conforme a la jurisprudencia citada, correspondería a las empresas aportar prueba concreta en contrario que desvirtuase tal motivación lo que, a juicio de esta Sala, REPSOL no ha hecho".

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 . El citado artículo 61 regula los sujetos infractores y dispone:

"1. Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley.

2. A los efectos de la aplicación de esta Ley, 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".

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.

Y 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 "*.

En el ámbito del derecho de la competencia la consideración de empresa - como persona jurídica que realiza las acciones- se identifica con el de "unidad económica" en el que se incluyen las distintas empresas que forman parte de dicha unidad económica y que están unidos por vínculos organizativos y económicos. Y es precisamente el concepto de "unidad económica" lo que ha permitido ampliar el concepto de responsabilidad no solo a la empresa autora que materialmente ha realizado las conductas colusorias sino, además, ha permitido atribuir responsabilidad a la sociedad matriz con apoyo en que en dicha unidad económica las decisiones empresariales se toman de acuerdo con las directrices de la matriz cuando esta posee el 100% del capital social de la filial y por ello, salvo que se demuestre lo contrario, es posible apreciar también en la matriz responsabilidad en esas conductas colusorias realizadas materialmente por la filial. Y el TJUE en numerosas sentencias, y entre ellas se destaca la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009 , Azko Nobel -asunto C-97/08 -, 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. En este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia citada de 10 de septiembre de 2009 afirma:

"(54) Debe observarse, con carácter preliminar, que el Derecho comunitario de la competencia tiene por objeto las actividades de las empresas (sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C204/00 P, C205/00 P, C211/00 P, C213/00 P, C217/00 P y C219/00 P, Rec. p. I123, apartado 59) y que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación (véanse, en particular, las sentencias, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartado 112; de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros, C222/04, Rec. p. I289, apartado 107, así como de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C205/03 P, Rec. p. I6295, apartado 25).

(55) El Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C217/05, Rec. p. I11987, apartado 40).

(56) Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni, C49/92 P, Rec. p. I4125, apartado 145; de 16 de noviembre de 2000, Cascades/Comisión, C279/98 P, Rec. p. I9693, apartado 78, así como de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C280/06, Rec. p. I10893, apartado 39)".

Es decir, 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.

En este sentido se pronuncia la tantas veces citada sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto Azko Nobel, en la que se afirma:

"(58) Según reiterada jurisprudencia, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz (véanse, en este sentido, las sentencias Imperial Chemical Industries/Comisión, antes citada, apartados 132 y 133; Geigy/Comisión, antes citada, apartado 44; de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72, Rec. p. 215, apartado 15, así como Stora, apartado 26), teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (véanse, por analogía, las citadas sentencias Dansk Rørindustri y otros/Comisión, apartado 117, así como ETI y otros, apartado 49).

(59) Es así, en efecto, porque, en tal situación, la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y, por lo tanto, integran una única empresa, en el sentido de la jurisprudencia mencionada en los apartados 54 y 55 de la presente sentencia. Por lo tanto, el hecho de que una sociedad matriz y su filial formen una única empresa en el sentido del artículo 81 CE permite que la Comisión remita una Decisión que imponga multas a la sociedad matriz, sin que sea necesario establecer la implicación personal de ésta en la infracción.

(60) En el caso particular de que una sociedad matriz participe en el 100 % del capital de su filial que ha infringido las normas de Derecho comunitario en materia de competencia, por una parte, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en la conducta de su filial (véase, en este sentido, la sentencia Imperial Chemical Industries/Comisión, antes citada, apartados 136 y 137), y, por otra, existe la presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial (véanse, en este sentido, las citadas sentencias AEG-Telefunken/Comisión, antes citada, apartado 50, y Stora, apartado 29).

(61) En estas circunstancias, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de ésta para presumir que aquélla ejerce una influencia decisiva sobre la política comercial de esa filial. Consecuentemente, la Comisión podrá considerar que la sociedad matriz es responsable solidariamente

del pago de la multa impuesta a su filial, excepto si tal sociedad matriz, a la que corresponde desvirtuar dicha presunción, aporta suficientes elementos probatorios para demostrar que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia Stora, apartado 29).

.....

(72) Como se ha señalado en el apartado 58 de la presente sentencia, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tengan una personalidad jurídica distinta, esa filial no decide manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica esencialmente las instrucciones que le imparte su sociedad matriz.

(73) Como ha señalado la Abogado General en los puntos 87 a 94 de sus conclusiones, de ello se desprende que el comportamiento de la filial en el mercado no puede constituir el único elemento que permita exigir la responsabilidad de la sociedad matriz, sino que consiste únicamente en uno de los signos de la existencia de una unidad económica.

(74) Resulta igualmente del mismo apartado 58 de la presente sentencia que, para determinar si una filial decide de manera autónoma su comportamiento en el mercado deben tomarse en consideración no sólo los elementos mencionados en el apartado 64 de la sentencia recurrida, sino también todos los elementos pertinentes relativos a los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esa filial con la sociedad matriz, los cuales pueden variar según el caso y, por lo tanto, no pueden ser objeto de una enumeración exhaustiva.

(75) De ello se deduce que el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en ningún error de Derecho en relación con el ámbito en el que se ejerce la influencia de la sociedad matriz en su filial.

(76) No desvirtúa esta conclusión la alegación de las recurrentes sobre la responsabilidad objetiva.

(77) Debe señalarse a este respecto que, como se desprende del apartado 56 de la presente sentencia, 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 aquélla. De ello se desprende que, en dicho contexto, no puede considerarse que la responsabilidad de la sociedad matriz es una responsabilidad objetiva".

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..."*.

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".

CUARTO .- En virtud de todo lo expuesto debemos estimar el recurso contencioso administrativo y, en consecuencia, las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la Administración demandada de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional .

FALLAMOS

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 es ajustada a Derecho.

Se imponen a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a 28/07/2017 doy fe.