



Roj: **SAN 5520/2017 - ECLI:ES:AN:2017:5520**

Id Cendoj: **28079230062017100471**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/12/2017**

Nº de Recurso: **3/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5520/2017,**
ATS 9397/2018,
STS 1688/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000003 / 2015

Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES

Núm. Registro General: 01470/2015

Demandante: **REPSOL, S.A.**

Procurador: D^a. GLORIA ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintidos de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales bajo el núm. 3/15, promovido por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de **REPSOL, S.A.**, contra la resolución de 20 de febrero de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 20.000.000 de euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la cual "... estimando el presente recurso declare nula y contraria a Derecho la Resolución de 20 de febrero de 2015 recaída en el expediente S/474/13".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Emitido el preceptivo dictamen por el Ministerio Fiscal, y pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 22 de noviembre de 2017, en que tuvo lugar.

CUARTO .- Mediante diligencia de ordenación de 21 de noviembre de 2017 se tuvo por personada a la Procuradora D^a Gloria Robledo Machuca en nombre y representación de **REPSOL**, S.A., y en sustitución del fallecido Procurador D. Manuel Lanchares Perlado.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 20 de febrero de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 20.000.000 de euros por la comisión de una infracción prevista en el artículo 1 de la 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente S/0474/13 *PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN* , era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se han acreditado las siguientes infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia así como del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución, consistentes en los siguientes acuerdos e intercambios de información entre competidores:

*1. Acuerdo para la coordinación en las Estaciones de Servicio de Brea de Aragón e Illueca en julio de 2013 entre CEPSA y **REPSOL**; pacto de no agresión entre CEPSA y **REPSOL** en julio-agosto de 2011 en relación con las acciones de injerencia de cada una de ellas en las estaciones abanderadas por la otra; intercambios de información estratégica entre CEPSA y **RESOL** durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora.*

2. Pacto de no agresión en precios entre CEPSA y DISA entre julio y septiembre de 2011 y acuerdo entre ambas en relación a los precios a aplicar en Ceuta en julio de 2013.

(...).

SEGUNDO . De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsable de la citada infracción a las siguientes empresas:

*1. **REPSOL**, S.A. por las conductas del apartado 1 anterior.*

2. COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U. por las conductas de los apartados 1 y 2 anteriores.

(...)

TERCERO . Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

*1. A **REPSOL**, S.A. una multa de 20.000.000 €.*

CUARTO . Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución".

La **CNMC** destaca en el referido fundamento de derecho sexto "... la importancia de los intercambios de información entre **REPSOL** y CEPSA acaecidos al menos durante 2011, 2012 y 2013 en relación a aquellas estaciones de servicio que son gestionadas por una de ellas y se encuentran abanderadas y suministradas en exclusiva por la otra operadora", y señala que "Este intercambio de información, realizado por las dos empresas



líderes del mercado de distribución minorista de combustibles en España en el que alcanzan una cuota de mercado superior al 50% se ha acreditado que se realiza sin ninguna cautela ni garantía de confidencialidad por ninguna de las dos operadoras, ya sean emisor o receptor de la información y de su perfecto conocimiento de la importancia de cualquier intercambio de información sobre precios en un mercado como el que se examina, en el que la competencia se ha visto restringida en ocasiones anteriores".

Recuerda la doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia según la cual el intercambio de información determinante para la estrategia comercial entre operadores "...facilita una actuación contraria a los principios de la libre competencia y supone una grave restricción a la competencia, especialmente en aquellos mercados de elevada transparencia en la que tales informaciones son clave para definir estrategias comerciales individuales".

Considera que "... la importancia de la anterior conducta referida a los abanderamientos cruzados requeriría una investigación pormenorizada por parte del órgano de instrucción para verificar si dicha situación se ha repetido entre ambas operadoras en otras provincias y Comunidades Autónomas, además de la zona de Levante y otras enmarcadas en la delegación centro de CEPSA, así como entre las de CEPSA y **REPSOL** y otras operadoras presentes en el mercado de distribución minorista de combustibles español. Asimismo, la Sala coincide con la DC en que respecto a las conductas relativas al denominado "efecto lunes" desarrolladas por **REPSOL**, BP y DISA y descritas en el apartado 3.12 de los Hechos Acreditados, "no se aprecia infracción de la LDC en lo que se refiere a la política de precios a aplicar los lunes en las Estaciones de Servicio en el período investigado". No obstante los hechos acreditados mencionados consignados en el expediente, corroborarían el informe de la extinta CNE de 31 de julio de 2013, que puso de manifiesto la existencia de poder de mercado de ciertos oferentes que tienen capacidad de incidir en los precios de los carburantes al margen de las variaciones de sus costes, generando una estacionalidad anómala en la evolución de los mismos que no responde a la fijación de los precios medios correspondiente a una dinámica propia de un mercado en competencia y que podría revelar precios en el resto de los días de la semana que estarían por encima de los que resultarían en un mercado en competencia efectiva. En este contexto, y teniendo en cuenta otros elementos estructurales de este sector, las conductas desarrolladas en este expediente, como ya se ha indicado anteriormente, resultan especialmente graves por sus efectos sobre el mercado y el consumidor".

Por último, concluye que "... las conductas acreditadas constituyen infracciones contrarias al derecho de la competencia, de carácter muy grave, de conformidad con el artículo 62.4.a) de la LDC, que señala que tiene tal consideración, el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones".

Especialmente, en cuanto ahora interesa, aborda la resolución sancionadora la cuestión de la responsabilidad de cada uno de los operadores en el fundamento de derecho séptimo, apartado 7.1. Así, frente a la alegación de **REPSOL**, S.A., según la cual la Dirección de Competencia habría dirigido su imputación contra ella a sabiendas de que carece de actividad en el mercado de distribución de carburantes (y, por lo tanto, de volumen de negocios en esa actividad) y que, por ello, no puede ser responsable de las conductas imputadas, cuestión de la que habría advertido a la Dirección de Competencia informándole de que la sociedad que desarrolla dichas actividades es **Repsol** Comercial de Productos Petrolíferos, S.A., razona la **CNMC** que "esta Sala considera que procede la imputación de responsabilidad de **REPSOL** y las restantes sociedades matrices por la conducta desplegada y acreditada de sus filiales 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 del 100% del capital social de la filial. 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 ninguna de ellas ha hecho".

Finalmente, la resolución de la **CNMC** declara a **REPSOL**, S.A., autora y responsable de la conducta infractora por aplicación de lo establecido en el artículo 61.2 LDC que, apoyándose en la presunción de control de la matriz respecto de las decisiones tomadas por la sociedad filial, permitiría apreciar la responsabilidad de aquella a pesar de que la autoría de la conducta típica sancionada hubiera correspondido a una persona jurídica diferente de **REPSOL**, S.A., en concreto a **REPSOL** COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., que, insistimos, no ha sido sancionada.

SEGUNDO. - La cuestión que aquí se plantea ha sido abordada, en idénticos términos, en sentencia de esta misma Sección de 28 de julio de 2017, recaída en el recurso núm. 7/2015 seguido a instancia de **REPSOL**, S.A., por igual trámite especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

En esta sentencia, aportada por la parte actora junto con escrito de 20 de septiembre de 2017 en el que reclama la aplicación al presente caso del criterio mantenido entonces por la Sala, se estimó el recurso interpuesto contra la resolución de la **CNMC** de 2 de julio de 2015 recaída en el expediente S/0484/13.



Como expone **REPSOL** en el citado escrito, dicho expediente tiene su origen en el desglose de las diligencias previas del expediente S/474/13, en el que se dictó la resolución aquí enjuiciada, y en ambos la razón de sancionar a **REPSOL**, S.A., es la misma, reflejada en sus respectivos fundamentos de derecho séptimo, en los que se argumenta que procede la imputación de responsabilidad de **REPSOL** por la conducta desplegada y acreditada de su filial, **REPSOL** COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., motivada tal imputación por la presunción de influencia decisiva derivada del acreditado control del 100% del capital social de la filial (del 99,78%, en el caso del expediente S/484/13).

Y si la situación es la misma, los argumentos en los que la mercantil recurrente sustenta su pretensión son también idénticos, se basan en la vulneración de los artículos 24 y 25.1 de la Constitución que arrastrarían la nulidad de pleno derecho de la sanción, y se ciñen a la infracción de los derechos fundamentales que estos artículos amparan, reservando los motivos impugnatorios de legalidad ordinaria al recurso contencioso-administrativo que la recurrente manifiesta tiene intención de interponer frente a la misma resolución, tal y como expuso también en la demanda formalizada en el recurso 7/2015.

Por todo ello, resulta oportuno reproducir los argumentos que expusimos en la mencionada sentencia de 28 de julio de 2017, al ser directamente aplicables al presente caso.

Decíamos en esa sentencia lo siguiente:

"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, refinado, 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".

Todo lo expuesto en esta sentencia es trasladable al caso de autos dada la indudable identidad de razón y debe conducir, también ahora, a la estimación del recurso.

Y sin que el criterio adoptado por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de noviembre de 2010 , a la que se remite la resolución sancionadora, altere en modo alguno la conclusión expuesta pues en el supuesto abordado por dicha sentencia la imputación a lo largo del expediente sancionador se había dirigido también contra la sociedad matriz, que resultó sancionada junto con la filial. A diferencia de lo que ha sucedido en el caso analizado aquí, en el que la autoría material se atribuye solo a la filial, que no ha sido finalmente declarada responsable ni sancionada, mientras que la matriz sí lo ha sido por causa de la aplicación del 61.2 de la LDC.

TERCERO . - Las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la Administración demandada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales bajo el núm. 9/16 y promovido por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado en nombre y representación de **REPSOL, S.A.**, contra la resolución de 20 de febrero de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 20.000.000 de euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la declaración de responsabilidad y sanción impuesta a **REPSOL, S.A.**, por no ser en estos extremos ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a 09/01/2018 doy fe.