

R. CASACION núm.: 2117/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 674/2019

Excmos. Sres. y Excma. 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 23 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **2117/2018** interpuesto por la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** representada y asistida por la Abogacía del Estado contra la sentencia de 22 de diciembre de 2017 dictada en el recurso 3/2015 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Ha comparecido como parte recurrida REPSOL, S.A. representada por la procuradora doña Gloria Teresa Robledo Machuca y asistida por el letrado don Alberto Rueda García y con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de REPSOL, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo, por la vía especial del procedimiento de protección de los derechos fundamentales, contra la resolución de 20 de febrero de 2015, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC), mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 20.000.000 de euros.

SEGUNDO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 22 de diciembre de 2017 en el recurso 3/2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales bajo el núm. 9/16 (sic) 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».

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito ante dicha Sección por la Abogacía del Estado, en la representación que por ley le corresponde de la CNMC, informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la

normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 7 de marzo de 2008, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados el recurrente, la procuradora doña Gloria Teresa Robledo Machuca en representación de REPSOL, S.A. y el Ministerio Fiscal, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 17 de septiembre de 2018, lo siguiente:

«Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, de fecha 22 de diciembre de 2017, en el recurso contencioso administrativo nº 3/2015, seguido por los trámites del proceso especial de protección de derechos fundamentales.

»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.

»Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

»Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

»Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.»

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 26 de septiembre de 2018 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La Abogacía del Estado en la representación que le es propia evacuó el trámite conferido mediante escrito de 5 de noviembre de 2018 en el que precisó el motivo en el que funda su recurso en la siguiente forma:

1º En la infracción de los artículos 61.1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) en relación con los artículos 24 y 25 de la Constitución Española.

2º Expone a los efectos del artículo 92.3.b) de la LEY 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) cuál es su pretensión en el presente recurso de casación así como los pronunciamientos que se solicitan en el fallo del mismo.

SÉPTIMO.- Por providencia de 17 de diciembre de 2018 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizó el Ministerio Fiscal

solicitando la estimación del recurso interpuesto por las razones que constan en su escrito de 21 de enero de 2019; y la representación procesal de REPSOL, S.A., a su vez, solicitando que se desestimara íntegramente el recurso interpuesto, fijando jurisprudencia en los términos que solicita en su escrito de 4 de febrero de 2019.

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 22 de marzo de 2019 se señaló este recurso para votación y fallo el 7 de mayo de 2019, fecha en que tuvo lugar tal acto, y el 21 de mayo siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada declaró nula la resolución reseñada en el Antecedente de Hecho Primero de esta sentencia, recurrida en la instancia por REPSOL, S.A. Al respecto no son controvertidas las siguientes cuestiones de hecho que se resumen en los siguientes términos:

1º REPSOL, S.A. (en adelante, la matriz o sociedad matriz) es la cabecera de un grupo energético que cuenta con una participación del 100% o próximo al 99'78%, en REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A. (en adelante, filial o sociedad filial).

2º La citada filial realizó como autora material una serie de actos anticompetitivos previstos en el artículo 1 de la LDC, por los que la CNMC incoó un expediente sancionador a la sociedad matriz que finalizó con el acto impugnado en la instancia, en el que se sancionó a tal sociedad.

3º El criterio de la CNMC de expedientar y sancionar sólo a la matriz y no a la sociedad filial se basa en el artículo 61 de la LDC, que bajo la rúbrica

de “Sujetos infractores”, prevé en su apartado 2 que *«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»*.

4º De esta manera la CNMC tuvo por probado que la matriz y la filial constituyen una unidad económica y que la primera ejerce sobre la segunda una “influencia decisiva” por razón de esa participación accionarial que alcanza al 100% del capital social de la filial o próximo al 99’78%, sin que haya prueba en contrario de que el comportamiento de filial no hubiese venido determinado por matriz, luego que las infracciones sólo fuesen imputables a la filial.

SEGUNDO.- La sentencia impugnada estimó la demanda de REPSOL, S.A., la sociedad matriz, con base en las siguientes razones que se exponen en síntesis:

1º Porque el artículo 61 de la LDC regula dos tipos de responsabilidad, en el apartado 1 a la responsable –a título de autor- de los actos materiales constitutivos de infracción y ejecutados en este caso por la filial y en el apartado 2 antes citado, la responsabilidad de la matriz cuando la filial actúa bajo sus directrices.

2º El artículo 61.2 implica que la responsabilidad es “también” de la matriz, una responsabilidad que es de carácter solidario puesto que cabe presumir por razón de su participación accionarial su influencia sobre la filial pero no porque la matriz sea autora de conductas anticompetitivas, todo lo cual presupone que también se tenga como infractora a la filial ex artículo 61.1 según el cual *«serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley»*.

3º Por tanto, el artículo 61.2 no regula un supuesto de responsabilidad objetiva sino un título de imputación específico distinto del título deducible del artículo 61.1, de forma que el artículo 61.2 se aplica a la matriz si filial actúa de acuerdo con sus directrices salvo que la matriz demuestre lo contrario.

4º En definitiva, que el artículo 61.2 exige la concurrencia de esa doble responsabilidad de ahí que haya una responsabilidad solidaria, lo que se ignora en el acto impugnado que al expedientar y sancionar sólo a la matriz ex artículo 61.2 es que la tiene como única responsable de las infracciones.

5º A tal efecto cita la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) de 10 de septiembre de 2009, Azko Nobel (C-97/08) según la cual cabe atribuir a la matriz responsabilidad por las conductas anticompetitivas de sus filiales, pero no dice que lo sea como autora de las conductas anticompetitivas.

TERCERO.- Impugnada esa sentencia por la Abogacía del Estado, esta Sala ha identificado en el auto 17 de septiembre de 2018 que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia lo transcrito en el Antecedente de Hecho Cuarto: si es conforme con los principios de personalidad y culpabilidad (artículos 24 y 25 de la Constitución) sancionar sólo a la matriz como autora de las infracciones de competencia cuando dichas infracciones se materializan por una de sus filiales respecto de las que tienen un control del 100% o próximo a ese porcentaje (99,78%); o si, por el contrario, para respetar tales principios mencionados, hay que diferenciar entre la actuación como autor de la infracción, de los imputables a título de responsabilidad solidaria.

CUARTO.- En su recurso de casación debe destacarse que la Abogacía del Estado coincide con el planteamiento de la sentencia en que del artículo 61 de la LDC se deduce los dos tipos de responsabilidad antes expuestos, esto es, la del infractor material (ahora, la filial ex artículo 61.1), y la responsabilidad por la actuación de la filial y que recae sobre la matriz ex artículo 61.2, distingo que está presente en la jurisprudencia del TJUE. Ahora bien, este no es el caso de autos pues en él la matriz suplantó la personalidad de la filial, carente por carecer de capacidad de obrar es inimputable y actuó por “obediencia debida”.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal 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 de la LDC –“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 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 del 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) 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 de la LDC se basa en la presunción legal de que los actos de la filial obedecen a esa influencia decisiva, presunción legal basada en 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 heteroresponsabilidad sino que la sanción se impone por actos propios deducibles de su exclusivo título de imputación y por una actuación que consiste en 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 colusoriamente.

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 ex artículo 61.2 de la LDC junto 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 de la LDC, 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, 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 de la Constitución 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 integren 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 hacerlo así se ha declarado 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 en exclusiva 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 de la LDC pues lo determinante es que se ha sancionado a la matriz por hechos que se entienden que le son atribuibles en exclusiva.

NOVENO.- Estimado el recurso de casación, conforme al artículo 93.1 de la LJCA se resuelve el recurso contencioso-administrativo promovido por los trámites del procedimiento de protección de los derechos fundamentales de la persona y se desestima la demanda 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 20.000.000 de euros.

DÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia en el recurso de

casación y las comunes por mitad, y sin que haya lugar a hacer pronunciamiento sobre las de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Sexto de esta sentencia, se estima el recurso de casación interpuesto por la **ABOGACÍA DEL ESTADO** contra la sentencia de 22 de diciembre de 2017 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 3/2015, sentencia que se casa y anula.

SEGUNDO.- Se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de REPSOL, S.A. por las reglas del procedimiento especial de protección de los derechos fundamental de la persona, contra 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 20.000.000 de euros.

TERCERO.- En cuanto a las costas, estése a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

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. D. José Luis Requero Ibáñez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.