



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN
DE GRADO

AUTORA:

MARÍA FERNÁNDEZ VEIGA

TUTORA:

LARA MARÍA MUNÍN SÁNCHEZ

*EL CÁRTEL DE
CAMIONES Y LAS
RESTRICCIONES A LA
COMPETENCIA*

Grado en Derecho

Curso académico 2017/2018

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
ANTECEDENTES DE HECHO	5
I. Aproximación al Derecho de la Competencia	8
1. Introducción y origen histórico	8
1.1.- Introducción: la economía de mercado y la libre competencia	8
1.2.- Origen histórico del Derecho de la Competencia	9
2. Marco legal de la protección de la libre competencia en la Unión Europea y en el derecho español.....	11
II. Limitaciones al Derecho de la Competencia	11
1. Calificación de las prácticas llevadas a cabo por los fabricantes de las compañías dedicadas al diseño, fabricación y venta de elementos de transporte.....	12
1.1.- Definición de cártel.	12
1.2.- Intercambios de información y su posible calificación como cárteles	14
1.3.- Cuota de mercado.....	15
2. Calificación de los acuerdos entre fabricantes y distribuidores	17
III. Reclamación de una indemnización de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia, por parte de la dirección de Translogic, S.A.	19
1. La aplicación privada del Derecho de la Competencia.....	19
2. Legitimación activa de Translogic, S.A. para la acción de daños y perjuicios	20
2.1.- Introducción.....	20
2.2.- Adquisición de la flota de camiones de Translogic, S.A. por medio de contratos de leasing.....	21
3. Legitimación pasiva en la acción de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia	24
IV. Vías de acción o negociación para la solicitud de una indemnización por daños y perjuicios por parte de Cayetana	25
1. Competencia objetiva para conocer de una acción de daños por infracción del Derecho de la Competencia	25
2. Vía de la responsabilidad contractual o de la extracontractual	25
3. Los componentes del daño resarcible en la responsabilidad por ilícito <i>antitrust</i>	26
3.1.- Daño emergente.....	27
3.2.- Lucro cesante.....	27
3.3.- Intereses.....	27

4.	Plazo para el ejercicio de las acciones de daños en el Derecho de la Competencia	27
5.	Vía extrajudicial y vía judicial para la interposición de la acción de daños y perjuicios por parte de Cayetana	28
V.	Calificación jurídica de la conducta ejercitada por el administrador de la sociedad FIAT Chrysler España.....	30
1.	Calificación y análisis en el ámbito mercantil de los hechos cometidos por D. Fernando S.....	30
2.	Principio de intervención mínima y calificación en el ámbito penal de los hechos cometidos por D. Fernando S.	32
2.1.-	Principio de intervención mínima del Derecho Penal	32
2.2.-	Calificación en el ámbito penal de los hechos cometidos por D. Fernando S.....	32
o	Administración desleal y falsificación documental.....	32
o	Incompatibilidad del delito de apropiación indebida	35
VI.	Contrato de <i>lease-back</i> suscrito entre la empresa de arrendamiento financiero Seudbank, S.A. y Translogic, S.A.....	36
1.	Concepto de <i>lease-back</i>	36
2.	Órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de la demanda presentada por Translogic, S.A.....	37
3.	Posible nulidad del contrato de <i>lease-back</i> entre Seudbank, S.A. y Translogic, S.A. .	37
4.	Posibles vías de actuación por parte de Seudbank, S.A. en el supuesto de actuación de Translogic, S.A.....	39
	CONCLUSIONES	41
	BIBLIOGRAFÍA	44
	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	46
	APÉNDICE LEGISLATIVO	47

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CdC	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CP	Código Penal
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSC	Ley de Sociedades de Capital
Núm.	Número
PGC	Plan General de Contabilidad
RCNC	Resolución Comisión Nacional de la Competencia
RDC	Reglamento de Defensa de la Competencia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

ANTECEDENTES DE HECHO

El presente trabajo tiene por objeto analizar y resolver ciertas cuestiones jurídicas relacionadas con el Derecho de la Competencia para así poder, en este caso, articular correctamente las diferentes cuestiones que se suscitan. Para ello partimos del siguiente supuesto de hecho:

EL CARTEL DE CAMIONES Y LAS RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA

Miguel F., Carlos. H. y Fernando S. son administradores de tres importantes compañías dedicadas al diseño, fabricación y venta de elementos de transporte – a saber, MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España, respectivamente –. Sus principales productos son los camiones rígidos y las cabezas tractoras consideradas como camiones medianos o pesados. Las compañías administradas ostentan, en conjunto, una cuota cercana al 80% del mercado europeo de camiones y tienen todas ellas, domicilio social en territorio español.

Desde el año 1990, y con frecuencia de varias veces al año, los tres vicepresidentes se reúnen en el Campo de Golf de La Herrería (Madrid) con el pretexto de pasar un fin de semana de golf en uno de los mejores campos de España, pues los tres son grandes aficionados al mismo y su puesto de trabajo les exige encontrar alguna vía de escape.

Si bien esas reuniones se limitaban única y exclusivamente al ocio, allá por el año 1997 la orientación de la mismas comenzó a cambiar. Durante al menos 6 horas las puertas de la sala de reuniones del hotel donde se venían hospedando desde que empezaron a visitar La Herrería permanecían cerradas en una reunión, donde, además de los tres administradores citados, participaban otros administradores de empresas componentes de los distintos grupos empresariales.

Dichas reuniones se empezaron a celebrar con motivo de la inestabilidad y la dificultad a la hora de mantener las ventas en un mercado con tanta competencia y en el que la mayoría de los compradores eran otras empresas, cuyas decisiones de inversión eran sumamente reactivas a vaivenes en el ciclo económico.

Así, todos los administradores se reunían con un objetivo común: fijar los precios brutos de los camiones con sus diferentes configuraciones y versiones y determinar las condiciones respecto de las empresas distribuidoras.

Durante las reuniones, la dinámica era la siguiente. En cada una de las reuniones los distintos fabricantes ponían a disposición de los demás un configurador que permitía al resto conocer, de manera detallada, cuál sería el precio bruto de los distintos modelos de camión con cada una de las distintas opciones de extras. Con esa información, los diferentes fabricantes decidían, en ese mismo momento, cuál sería el incremento de esos precios para los meses siguientes.

Además, los pactos no solamente se realizaban entre grupos, sino que también existían acuerdos entre los propios fabricantes y sus empresas distribuidoras. Estas últimas, al aceptar los precios brutos fijados veían limitada su capacidad para competir con los otros distribuidores de las otras marcas. Así, como compensación por dicha restricción, los fabricantes pactan con sus distribuidores una remuneración variable anual, consistente en un porcentaje sobre el total de ventas. De esta forma, los distribuidores

accedían a mantener los precios fijados por el fabricante – sin poder llevar a cabo descuentos u ofertas – obteniendo una remuneración por ello.

Por su parte, Fernando S. – director de FIAT Chrysler España – tras haber dedicado más de 20 años de su carrera profesional a la citada compañía y no haber visto suficientemente recompensado dicho esfuerzo, en el año 2014 procede a realizar la siguiente operación: como administrador de la sociedad encargado de su contabilidad procede a dar de baja de la contabilidad de la empresa un elemento de inmovilizado material registrado en la cuenta 220 (“*Inversiones en terrenos*”) cuyo valor en contabilidad era de 4.000.000 euros. Dicho importe decide llevarlo a la cuenta 672 (“*Pérdidas procedentes de inversiones inmobiliarias*”). El balance de situación de la empresa, junto con los demás documentos que conforman la información contable fueron debidamente aprobados por la Junta General de Accionistas en tiempo y forma.

Por su parte, el terreno al cual hacía referencia dicho asiento contable – consistente en 5 hectáreas en una zona en auge para la promoción inmobiliaria – pasa a formar parte de la contabilidad de la empresa PROINMNOR, SA, dedicada a la promoción inmobiliaria de edificios de oficinas y participada a partes iguales por Fernando S. y su mujer Margarita A.

Por otro lado, TRANSLOGIC SA, empresa dedicada al transporte de mercancías en el norte de España, durante los años referidos ha adquirido camiones de más de 6 toneladas bajo una política de renovación de flota de 5 camiones cada 6 años (estando la flota total constituida por 25 camiones).

En 2015, se produce un cambio de dirección en la empresa derivado de los malos resultados obtenidos en los últimos ejercicios, que supusieron la obtención de pérdidas. Así, Cayetana D., asume el control de la compañía. Al entrar en el cargo, comienza a revisar los distintos contratos de leasing firmados con dos distribuidores, uno de Volvo y uno de IVECO, de quienes adquirirían las cabezas tractoras necesarias para desarrollar la actividad. Tras un exhaustivo análisis concluye que, entre los contratos firmados en 1997, 2003 y 2009 con ambos distribuidores no existe casi diferencia entre los precios entre ambos distribuidores para el mismo tipo de cabezas tractoras; si bien, entre los contratos firmados en 1993 y 2014 sí existe una notable diferencia.

Por otro lado, ante la complicada situación de la empresa, la nueva dirección encabezada por Cayetana, decide celebrar un contrato de *lease-back* con SEUDBANK SA, una empresa de arrendamiento financiera inscrita como tal en el Registro de Sociedades de arrendamiento financiero del Banco de España y, en cuyo objeto social, figura la celebración de contratos de leasing.

Para ello, el 1 de septiembre de 2015, celebran dos contratos. En virtud del primero de ellos, TRANSLOGIC SA, vende a SEUDBANK SA una nave industrial situada en A Coruña, utilizada hasta dicho momento para la actividad económica que la empresa venía desarrollando. La cantidad obtenida por TRANSLOGIC por la compraventa se dedica al pago de deudas pendientes.

El segundo de ellos, consiste en un arrendamiento financiero con opción de compra con una duración de 120 meses. Además, cuenta con una cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas que permite a la entidad financiera exigir el importe de todos los recibos impagados vencidos y por vencer.

Durante los primeros meses, TRANSLOGIC paga en tiempo y forma las cuotas establecidas. Sin embargo, tras hacer efectivas las 15 primeras cuotas, deja de cumplir su

obligación. Ante esta situación, SEUDBANK SA instó procedimiento ejecutivo sobre el que recayó sentencia el 20 de diciembre de 2017 pero no consta que en dicho pleito se hiciera efectiva la deuda.

Por su parte, pasado un tiempo y habiéndose recuperado de su mala racha, TRANSLOGIC se plantea emprender acciones legales contra SEUDBANK para declarar el contrato de arrendamiento financiero nulo por aplicación de la ley de usura ya que solo fue aceptado por lo angustioso de la situación y entre sus cláusulas se encontraba un interés de demora del 2% mensual.

CUESTIONES:

- 1) Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, ¿conllevarían las prácticas llevadas a cabo por los fabricantes algún tipo de limitación a la libre competencia? ¿Y los acuerdos entre fabricantes y distribuidores?
- 2) Teniendo en cuenta que la conclusión a la que llega Cayetana es cierta, ¿tendría derecho a reclamar algún tipo de indemnización?
- 3) ¿Qué vías o cauces podría utilizar Cayetana para llevar a cabo la misma?
- 4) Califique y analice los efectos jurídicos que se desprenden de la conducta llevada a cabo por Fernando S. respecto de la contabilidad de la empresa.
- 5) ¿Ante qué órgano jurisdiccional plantearía Translogic la demanda? ¿Considera que es nulo el contrato de leasing? ¿Qué podría hacer Seudbank si efectivamente Translogic lleva a cabo acciones legales?

I. Aproximación al Derecho de la Competencia

1. Introducción y origen histórico

1.1.- Introducción: la economía de mercado y la libre competencia

En primer lugar, para poder definir el Derecho de la Competencia es necesario realizar un análisis económico, haciendo referencia al mercado y a su funcionamiento. Hay que destacar que nuestra economía se rige por un sistema de economía de mercado, basado en la libre competencia.

En este sentido, tanto la legislación europea, como el derecho español, hacen referencia a este planteamiento económico. Concretamente, el artículo 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹ establece que los Estados miembros y la Unión actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos. Por su parte, el artículo 38 de la Constitución Española², que se enmarca dentro de la conocida como “Constitución económica”, reconoce “*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”.

En la actualidad se considera que la economía de mercado, basada en la libre competencia, es el sistema más eficiente para la asignación de los recursos y para impulsar el desarrollo económico³.

El presupuesto esencial de la economía de mercado es asegurar la libre competencia entre los distintos operadores económicos. Argumento que se ve respaldado por el párrafo primero del Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia⁴, pues establece que la “*existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes*”⁵.

La Comisión Europea en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas⁶, determina diferentes tipos de barreras de entrada que dificultan la competencia entre los operadores, tales como, la limitación de la expedición de licencias o el establecimiento de aranceles. La libre competencia permite también una ordenación automática del mercado, ya que, favorece la supervivencia de aquellas empresas que son capaces de mantener su competitividad, investigar las preferencias de los consumidores, de reducir sus costes de producción o de estar actualizadas en los avances tecnológicos; y, del mismo modo, este sistema

¹ DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010; en adelante, TFUE.

² BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante, CE.

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 328.

⁴ BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007; en adelante, LDC.

⁵ GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: “Concepto e finalidades do dereito de defensa da competencia: Especial referencia á promoción da competencia en tempos de crise”, en AA VV, *El Derecho de la Competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores* (VÁZQUEZ PENA, M.J., Dir. y Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 19.

⁶ DOUE C-31, de 5 de febrero de 2004; en adelante Directrices sobre concentraciones horizontales, apartado 70.

implica la desaparición de empresas que carecen de la eficiencia necesaria para hacer ofertas competitivas.

La competencia perfecta es un modelo económico que solo tiene lugar cuando se dan, entre otras, las circunstancias siguientes:

- a) Si hay un número elevado de compradores y vendedores, de modo que ninguna empresa puede, por sí misma, condicionar el precio del producto.
- b) Los productos son homogéneos para que los consumidores puedan encontrar alternativas a los mismos
- c) No existen barreras de entrada que impidan a las empresas introducirse en un determinado sector económico
- d) El mercado es transparente: consumidores y proveedores disponen de la información necesaria para adoptar correctamente sus decisiones⁷.

Por lo tanto, la competencia perfecta tiene como fin principal maximizar el bienestar del conjunto de la sociedad y concretamente del consumidor, a través, del fomento del poder económico privado, la protección de la libertad y de los derechos individuales, la protección de la libertad económica de los competidores del mercado y, como hemos dicho, el aseguramiento del bienestar del consumidor⁸.

Por el contrario, en una economía de mercado, la ausencia de libre competencia provoca que las empresas se vean abocadas a utilizar su libertad de actuación para tratar de aumentar sus beneficios, a través de medios que reducen el mencionado bienestar de los consumidores como, por ejemplo: tratar de expulsar del mercado a sus potenciales competidores o, simplemente, evitar la mutua competencia.

Por lo tanto, podemos definir el Derecho de la Competencia o Derecho *antitrust* (siguiendo la terminología norteamericana) como un sector del ordenamiento jurídico, que prohíbe cualquier conducta de los operadores en el mercado, que de forma coordinada o de manera individual, falsee la libre competencia⁹.

1.2.- Origen histórico del Derecho de la Competencia

El Derecho de la Competencia es un sector del ordenamiento jurídico de reciente formación. Las políticas de defensa de la libre competencia tienen su origen en los Estados Unidos de América a finales del siglo XIX. Las circunstancias socioeconómicas de este país, los principios que establece su Constitución y la desconfianza social a la intervención del Estado en la economía, contribuyen a que en el año 1890 el Congreso aprobara el proyecto de ley contra los monopolios *antitrust*, que fue presentado por el senador del Estado de Ohio, John Sherman.

La Ley Sherman o *Sherman Act* fue promulgada el 2 de julio de 1890, con la intención de limitar la libertad de pactos, declarando ilegal *“todo contrato, asociación*

⁷ GARCÍA CACHAFEIRO, F.: “Fundamentos del derecho de la libre competencia”, en AA VV, *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español* (BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 38.

⁸ CASTELLANOS GARCÍA, P. y SÁNCHEZ SANTOS, J.M.: “Política económica de competencia”, en AA VV, *Políticas económicas estructurales y de competitividad* (GARCÍA RECHE, A. y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 191.

⁹ MARCOS FERNÁNDEZ, F.: “Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (TFUE y LDC): ¿Es infractor quien facilita la comisión de las conductas prohibidas?”, en *Revista Anuario de la Competencia*, Madrid, 2016, p.383.

*en forma de trust o de otra índole, o conjura que restrinja el tráfico mercantil o el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras*¹⁰. En este sentido la Ley Sherman también prohibió las prácticas de monopolización por parte de las empresas. Esta norma supuso el germen para la normativa de defensa de la libre competencia y permitió el florecimiento y posterior desarrollo del ordenamiento antitrust estadounidense.

El desarrollo europeo del Derecho de la Competencia fue distinto que el estadounidense. A diferencia de Norteamérica, dónde las restricciones a la libre competencia y los pactos de precios entre los operadores económicos, eran rechazados; en Europa, éste tipo de prácticas, eran comunes en las actuaciones en el mercado.

Los cárteles eran una práctica habitual en Europa antes de la Segunda Guerra Mundial, como refleja la promulgación el 2 de noviembre de 1923 de la “Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico” (denominada *Kartellverordnung*). Esta norma no prohibía la constitución de cárteles, sino que, se limitaba a establecer un control estatal de los abusos o excesos provocados por estas concentraciones.

Tras la Segunda Guerra Mundial, el Derecho de la Competencia se empieza a implantar en el continente europeo, por la influencia del Derecho *antitrust* norteamericano. En el año 1957 se promulga en Alemania la ley contra las restricciones de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), que incluía la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia y de la posición de dominio en el mercado. Esta normativa alemana *antitrust* fue considerada una de las leyes más relevantes por su contenido. Prueba de ello resulta su reflejo e influencia en los artículos 85 a 90 del Tratado de Roma por el que se creó la Comunidad Económica Europea en el año 1957, artículos que continúan estando vigentes y que, tras varias nomenclaturas, actualmente son los artículos 101 a 109 del TFUE.

La implantación del Derecho de la Competencia en Europa también está relacionada con el proceso de integración política y económica, iniciado en el continente en los años 50. La creación de un mercado único, caracterizado por la ausencia de fronteras en la Unión Europea, así como, el establecimiento de la libre circulación de personas, bienes, capital y servicios; tiene como objetivo principal la existencia de transacciones económicas, en las “*que la competencia no sea falseada*”¹¹.

En España, durante la etapa preconstitucional el Derecho de la Competencia no tuvo un papel destacado, debido a las circunstancias políticas y económicas del franquismo. En esta etapa, se promulgó la ya derogada Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia y se creó el Tribunal de Defensa de la Competencia. Ya en la época constitucional, la normativa antitrust se moderniza, con la creación de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia¹², hoy derogada. Esta norma estaba influida por el derecho europeo en materia de competencia y por las modificaciones establecidas por el Tribunal

¹⁰ ORTIZ BLANCO, L.: *Manual de Derecho de la Competencia*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, p. 20.

¹¹ STJCE, de 19 de marzo de 1991, [TJCE 1991\156], apartado 41.

¹² BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989 (Derogada).

Constitucional tras un recurso de inconstitucionalidad¹³; siendo derogada por la actual LDC.

2. Marco legal de la protección de la libre competencia en la Unión Europea y en el derecho español.

El Tribunal Constitucional establece que el Derecho de la Competencia “*comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado*”¹⁴.

Dentro de esta legislación, se encuentran dos de los preceptos más relevantes para el desarrollo de este trabajo: por un lado, el artículo 101 TFUE, que se aplica a conductas que exigen la existencia de coordinación de comportamientos entre empresas o la colusión entre éstas y, por otro lado, el artículo 1 LDC.

Al margen del diferente ámbito territorial de ambos preceptos, el artículo 1.1 LDC por el que “*se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional*” es ligeramente más amplio que el artículo 101.1 TFUE, ya que, la regulación nacional incluye las conductas conscientemente paralelas¹⁵.

En esta línea, es importante destacar que la normativa comunitaria sobre Derecho de la Competencia es de aplicación directa en los Estados miembros, entre ellos España; ya se trate de las disposiciones del Tratado de Roma, como de los diferentes Reglamentos sobre la materia. Estas disposiciones pueden ser publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea, sin necesidad de ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado, siendo suficiente para su vigencia la constatación en el Diario europeo. Los órganos nacionales españoles no pueden, por lo tanto, adoptar medida alguna que impida, condicione o dificulte la aplicación directa de las normas comunitarias¹⁶; siguiendo, en este caso, lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado¹⁷ (actuales artículos 101 y 102 TFUE).

Antes de la publicación de dicho Reglamento, ya la jurisprudencia comunitaria establecía la posibilidad de que, determinadas prácticas, quedaran dentro del campo de aplicación de la normativa comunitaria y de la nacional; estableciendo la teoría de la aplicación conjunta de ambas legislaciones sobre competencia¹⁸.

II. Limitaciones al Derecho de la Competencia

¹³ STC de 11 de noviembre de 1999 [RTC 1999\208].

¹⁴ STC de 30 de noviembre de 1982 [RTC 1982\71].

¹⁵ FERNÁNDEZ MARCOS, F.: “Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (TFUE y LDC): ¿Es infractor quien facilita la comisión de las conductas prohibidas?”, *op. cit.*, p. 382.

¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial, op. cit.*, p. 339.

¹⁷ DO L-1, de 4 de enero de 2003.

¹⁸ LOMA-OSORIO LERENA, D. y GONZÁLEZ-PANIZO TAMARGO, A.: “Marco normativo e institucional del Derecho de la Competencia”, en AA VV, *Tratado de Derecho de la Competencia* (LOMA-OSORIO LERENA, D., Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 49.

1. Calificación de las prácticas llevadas a cabo por los fabricantes de las compañías dedicadas al diseño, fabricación y venta de elementos de transporte.

1.1.- Definición de cártel.

La Disposición Adicional cuarta, apartado 2 LDC establece que, a efectos de lo dispuesto en la Ley:

“Se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales”.

Esta definición de cártel o, acuerdo restrictivo de la competencia de carácter horizontal¹⁹, ha sido introducida en la LDC por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores²⁰. Concretamente, en el caso que nos ocupa, el Real Decreto-ley 9/2017 ha incorporado al ordenamiento jurídico español, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea²¹; modificando así la LDC.

Como hemos señalado, para poder calificar una determinada práctica como cártel, a efectos de la Disposición Adicional 4ª LDC, es necesario que se lleven a cabo determinados comportamientos que limiten la competencia. Entre dichas prácticas cabe destacar la fijación o coordinación de precios de compra o de venta, así como, otras condiciones comerciales. Parte de la doctrina sostiene, en este mismo sentido, que el concepto de cártel se define como una práctica restrictiva de la competencia del mercado, en función de su objeto. Por lo tanto, un acuerdo o entendimiento entre un grupo de operadores del mercado del mismo nivel y que se dedican a la misma actividad, que tenga como finalidad la fijación de precios, podría considerarse como un acuerdo restrictivo de la competencia de carácter horizontal.

Teniendo en cuenta la literalidad de la Disposición Adicional 4ª LDC, sólo podrían ser considerados como cárteles, los acuerdos que tengan por objeto las prácticas mencionadas con anterioridad. Sin embargo, la aplicación práctica en materia de las restricciones a la competencia, así como, el desarrollo doctrinal, se decantan hacia una concepción más amplia del cártel. Es decir, si tenemos en cuenta su objeto, se podría flexibilizar las conductas colusorias que se caracterizan como cárteles.

¹⁹ GARCÍA CACHAFEIRO, F.: “Los retos de la política de clemencia europea ante el incremento de las reclamaciones de daños y perjuicios por la infracción del Derecho de la Competencia”, en *Revista Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, Tomo XXVI, Madrid, 2005, p. 171.

²⁰ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017; en adelante Real Decreto-ley 9/2017.

²¹ DO L-349, de 12 de mayo de 2014; en adelante Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos antitrust.

Así mismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia²², también establece una interpretación amplia y flexible de este concepto, a través de sus decisiones.

En la resolución *Peluquería profesional*²³, la actual CNMC examinó un acuerdo que consistía en un mero intercambio de información y en el que alguna de las empresas imputadas alegó que dicha práctica no figuraría entre las contempladas en la Disposición Adicional 4ª LDC. En el fundamento 7º de esta resolución se expone la postura de la CNMC sobre la necesidad de una interpretación flexible de la definición dada por la LDC, en referencia a qué objeto debe tener un acuerdo para ser considerado como cártel. Concretamente, la CNMC afirmó que cuando la definición de la Disposición Adicional 4ª, apartado 2, se refiere a “fijación de precios” incluye también otras formas más o menos sutiles de limitar la competencia en lo relativo a los precios:

“En cuanto al segundo elemento de la definición de cártel de la Disposición Adicional 4ª de la LDC es obvio que el legislador no ha querido incluir únicamente las modalidades más ostensibles de las prácticas enumeradas.

En efecto, la “fijación de precios” puede acometerse de muy distintas formas y una normativa eficaz de defensa de la competencia debe abarcar no sólo las modalidades de fijación de precios más palmarias (como una simple y llana fijación de precios de venta), sino acuerdos y prácticas más o menos sutiles que tengan por objeto limitar la competencia en los precios”.

Es importante señalar la importancia de la flexibilización de este concepto, ya que, una interpretación más amplia del tipo de práctica colusoria que puede ser calificada como cártel, permitirá favorecer la detección de actuaciones que restrinjan la competencia.

Para que una conducta pueda ser calificada en los términos a lo que nos referimos, es suficiente con que exista consenso sobre la vía de actuación que se seguirá para limitar la actuación normal del mercado. Generalmente esta cooperación se consigue a través de la realización de reuniones y contactos por las partes que configuran el acuerdo. En esta línea, es importante destacar, sobre el caso que nos atañe, las reuniones de los administradores de los distintos fabricantes de camiones, realizadas en el Campo de Golf de La Herrería, así como, los contenidos que se trataban en las mismas, para su posterior análisis.

Algunos autores sostienen que el concepto de cártel consistiría en una asociación de empresas que se ponen de acuerdo a la hora de decidir su forma de actuar en el mercado, contribuyendo a desestabilizar durante un largo período de tiempo, el

²² BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013. La Disposición Adicional segunda de dicha Ley establece que la antigua Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) ha sido sustituida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC).

²³ Resolución S/0086/08: Peluquería Profesional.

correcto funcionamiento de la libre y leal competencia, en perjuicio del bienestar del consumidor²⁴.

Por su parte, la Audiencia Nacional considera que el acuerdo de ocho empresas, que ostentaban el 70% de la cuota de mercado, con el objetivo de limitar los precios para beneficiar exclusivamente a las empresas que formaban parte del mismo, debe ser considerado como un cártel. Al ostentar un elevado porcentaje de la cuota de mercado tenían la capacidad de constituir este acuerdo y de controlar el mercado, en detrimento de los clientes, consumidores y de otros competidores excluidos del acuerdo. Para coordinar sus actuaciones realizaban con regularidad y, a lo largo de 20 años, una serie de reuniones, en las que intercambiaban información sobre los precios, el incremento de los mismos y tarifas. Esta conducta única y continuada ha sido calificada por la Audiencia Nacional como una infracción por objeto del artículo 1 LDC, considerada como un cártel, de acuerdo con la Disposición Adicional 4ª LDC²⁵.

El Tribunal Supremo²⁶, también considera que los intercambios de información tendentes a establecer un conocimiento recíproco de las estrategias comerciales de las distintas empresas implicadas, haciendo posible la coordinación de sus políticas comerciales, están encaminadas a producir un efecto restrictivo de la competencia y, por lo tanto, dichas conductas son subsumibles en el artículo 1 LDC y/o del artículo 101 TFUE. Además, hay que tener en cuenta que el incremento de los precios y la reducción de la producción que provoca un cártel, tal y como indica la jurisprudencia, afectan a las empresas que operan en un mercado determinado, pero, sobre todo, a los consumidores.

1.2.- Intercambios de información y su posible calificación como cárteles

En las reuniones llevadas a cabo a puerta cerrada por los administradores de los distintos grupos empresariales, como MAN o FIAT, se intercambiaba información detallada, que permitía fijar el precio bruto de los distintos modelos de cabezas tractoras, comercializados por los asistentes a dichas reuniones.

En este sentido, parte de la doctrina considera que los intercambios de información, entre potenciales competidores, pueden suponer una infracción del artículo 1 de la LDC y/o del artículo 101 del TFUE; cuando este intercambio disminuye o elimina el grado de incertidumbre sobre el comportamiento futuro del mercado del resto de operadores económicos, que operan en dicho mercado²⁷.

Por su parte, la Comisión Europea establece en la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal²⁸, la posibilidad de que se produzcan efectos restrictivos de la competencia cuando puede esperarse con un razonable grado de probabilidad que, debido al intercambio de

²⁴ SALELLES, J.R.: “Comentario a la Disposición Adicional cuarta. Definiciones”, en AA VV, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (ENCINAS RODRÍGUEZ, A., Coord), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 1597.

²⁵ SAN de 2 de abril de 2014 [JUR 2014\114626].

²⁶ STS de 27 octubre 2015 [RJ 2015\5587].

²⁷ VALDÉS BURGUI, A.: “Intercambios de información entre competidores y su posible calificación como cárteles”, en AA VV, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia, Anuario 2014* (RECUERDA GIRELA, M.A., Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 24.

²⁸ DOUE C-11, de 14 de enero de 2011; en adelante Comunicación sobre acuerdos horizontales (apartado 28).

información, las partes estén en condiciones de incrementar rentablemente el precio o reducir la producción, la innovación, la calidad del producto o su variedad. Es decir, los intercambios de información no son anticompetitivos per se. Sólo se consideran contrarios a la competencia en la medida que "*debiliten o supriman el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado en que se trate*"²⁹.

Los intercambios de información pueden ser considerados como una restricción de la competencia por objeto, a tenor del ámbito normativo del artículo 101.1 TFUE. Además, los intercambios privados entre competidores, relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades, se considerarán normalmente cárteles³⁰.

Podemos observar, por lo tanto, que los intercambios de información³¹ pueden ser calificados como una infracción autónoma del Derecho de la Competencia, ya que, el apartado 59 de la Comunicación sobre acuerdos horizontales establece que, si las comunicaciones entre los competidores tienen por objeto fijar cantidades o precios, podrán ser consideradas cárteles. Sin embargo, en muchas ocasiones, los intercambios de información se estiman como prácticas facilitadoras³², que sirven de herramienta para alcanzar un acuerdo.

Siguiendo este hilo argumentativo y, en un primer análisis, podemos considerar que la información que los distintos fabricantes de camiones intercambiaban en las reuniones, llevadas a cabo en el Campo de Golf de La Herrería, podrían subsumirse dentro de las infracciones reguladas en el artículo 1.1 LDC y el artículo 101.1 TFUE. Dichos intercambios de información no son, en este caso, una figura autónoma, sino una parte accesoria del cártel que forman los fabricantes de camiones.

1.3.- Cuota de mercado

Los intercambios de información, así como, cualesquiera prácticas restrictivas de la competencia, producen un mayor riesgo si el conjunto de operadores que participan representan un porcentaje alto de la cuota de mercado, ya que, los efectos que se produzcan tendrán gran repercusión en el funcionamiento del mismo.

La regla de "*minimis*" creada por las autoridades de la competencia y, ampliamente utilizada por la jurisprudencia³³, establece que los acuerdos de menor importancia, entendidos como aquellos que no pueden producir una restricción significativa o sensible a las condiciones de competencia que rigen en el mercado considerado, no resultan prohibidos por el artículo 101.1 TFUE.

Estos criterios cuantitativos de "*minimis*" que se aplican, con carácter general, a todo tipo de acuerdos colusorios, se encuentran regulados en la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la

²⁹ STJCE de 28 de mayo de 1998 [RJ 1998\121], asunto John Deere vs Comisión, apartado 90.

³⁰ Comunicación sobre acuerdos horizontales, apartado 74.

³¹ Sobre este tema véase también, MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A.: *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 191-212.

³² RETORTILLO ATIENZA, M.O.: "Intercambios de información entre competidores", en AA VV, *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Ed. Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p.65.

³³ STS de 22 de junio de 2006 [RJ 2006\4712].

competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de *minimis*)³⁴.

Según el criterio de la Comisión, regulada en dicha Comunicación, se consideran de menor importancia, los acuerdos entre competidores reales o potenciales en cualquiera de los mercados afectados por el acuerdo, cuando la cuota conjunta de las partes no exceda del 10%. Por el contrario, si las partes no son competidores reales o potenciales, el acuerdo se considera de menor importancia, cuando la cuota de mercado, de cada una de las partes, no exceda del 15%.

Del mismo modo, en aquellos casos en los que resulta difícil determinar si el acuerdo se produce entre competidores o entre no competidores, el umbral de “*minimis*” se sitúa en el 10%.

Es muy importante destacar, en relación al caso de los fabricantes de cabezas tractoras, que el apartado 13 de la Comunicación sobre acuerdos de menor importancia establece que, estos porcentajes no se aplicarán a los acuerdos que contenga cualesquiera de las restricciones consideradas muy graves, entre los que se encuentran los cárteles de fijación de precios.³⁵

Siguiendo esta línea, el artículo 5 LDC y los artículos 1 a 3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia³⁶ establecen que aquellas conductas que por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia, no estarán prohibidas.

Es decir, son considerados de menor importancia los acuerdos entre empresas competidoras o entre empresas que no se pueda determinar si son competidoras o no, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10%; o si estamos ante empresas no competidoras, no supere el 15%. Además, los artículos 1 LDC y 2 RDC excluyen del concepto de acuerdos de menor importancia, aquellas conductas que comporten la fijación de precios, entre otras. Es importante resaltar, que estas conductas excluidas, coinciden con las restricciones calificadas como graves, que contempla el Reglamento Comunitario 330/2010, de 20 de abril relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas³⁷, del que hablaremos más adelante en este trabajo.

Las compañías MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España ostentan, en conjunto, una cuota cercana al 80% del mercado europeo de camiones, por lo que, las prácticas colusorias llevadas a cabo por dichas compañías no podrían ser consideradas, a tenor de lo expuesto anteriormente, como conductas de menor importancia.

En resumen, la actuación de los fabricantes de camiones, no estaría exenta de la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia; por considerarse una

³⁴ DOUE C-291, de 30 de agosto de 2014; en adelante Comunicación sobre acuerdos de menor importancia.

³⁵ COSTAS COMESAÑA, J.: “Prohibición de acuerdos colusorios”, en AA VV, *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español* (BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 95-96.

³⁶ BOE núm. 50, 27 de febrero de 2008; en adelante RDC.

³⁷ DOUE L-102, de 23 de abril de 2010; en adelante Reglamento sobre acuerdos verticales.

infracción por objeto del artículo 1 LDC, calificada como cártel de acuerdo con la Disposición Adicional 4ª LDC y por alcanzar una cuota del 80% en el mercado europeo.

2. Calificación de los acuerdos entre fabricantes y distribuidores

Un acuerdo o práctica concertada es vertical cuando se celebra entre dos o más empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución, a los efectos de dicho acuerdo. Estas restricciones verticales se refieren a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios; apareciendo definidos en el apartado 24 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales³⁸, así como, en el artículo 1, apartado a) del Reglamento sobre acuerdos verticales. Es importante mencionar que la prohibición de fijar los precios contenida en el artículo 1.1 a) LDC (y en el mismo sentido, el artículo 101.1 a) TFUE) también se extiende al ámbito de las relaciones verticales.

Los elementos principales de los acuerdos verticales, restrictivos de la competencia, son³⁹:

- i. El acuerdo tiene lugar entre dos o más empresas. Los acuerdos verticales con consumidores finales que “no funcionan como empresa⁴⁰, no están cubiertos por el Reglamento sobre acuerdos verticales, ya que la prohibición del artículo 101.1 TFUE sólo se aplica a acuerdos o prácticas concertadas entre empresas.
- ii. El acuerdo debe darse entre empresas que operan en niveles o planos distintos de la cadena de producción o distribución. Los acuerdos de distribución entre fabricantes y mayoristas o minoristas son ejemplos típicos de acuerdos verticales.
- iii. Los acuerdos verticales se refieren a las condiciones en las que las partes del acuerdo, esto es el proveedor y el comprador, pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios, con independencia de si el acuerdo se aplica a bienes finales o intermedios.

Es importante destacar que, el artículo 4 del Reglamento sobre acuerdos verticales establece que la exención de categorías, que contempla en su artículo segundo, “*no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo el control de las partes, tengan por objeto*” el establecimiento de un precio de venta fijo o mínimo, como resultado de los incentivos que una de las partes puede proporcionar a la otra.

Así mismo, el Reglamento 330/2010 califica a los acuerdos o prácticas concertadas de fijación de un precio de reventa, como una restricción especialmente grave (denominadas vulgarmente “cláusulas negras”), compartiendo la línea jurisprudencial de la Comisión y los tribunales europeos⁴¹. La consecuencia de incluir una “cláusula negra” en un acuerdo vertical de distribución es la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 101.1 TFUE.

³⁸ DOUE C-130, de 19 de mayo de 2010; en adelante Directrices relativas a las restricciones verticales.

³⁹ BACHES OPI, S.: *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 207.

⁴⁰ Directrices relativas a las restricciones verticales, apartado 2 y apartado 25, letra b).

⁴¹ STJCE de 21 de septiembre de 2006 [TJCE 2006\265].

En cuanto a la Comunicación sobre acuerdos de menor importancia, hay que destacar que ésta no se aplica a los acuerdos que entrañan una especial gravedad, como la fijación de precios de reventa mínimos o fijos, porque se considera una infracción grave de las leyes de la libre competencia, ante la cual no cabría ampararse en la mencionada regla de menor importancia⁴². Y tampoco se podrían beneficiar de la exención por categorías del Reglamento sobre acuerdos verticales, porque, “*los acuerdos verticales que contengan determinados tipos de restricciones especialmente graves y contrarias a la competencia, como los precios de reventa mínimos y fijos, deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías establecida, independientemente de la cuota de mercado de las empresas implicadas*”.

Según las Directrices relativas a las restricciones verticales “*la práctica consistente en recomendar un precio de reventa a un revendedor o exigirle que respete un precio de reventa máximo está cubierto por el Reglamento de Exención por Categorías, cuando la cuota de mercado del proveedor no excede del umbral del 30%*”. Es decir, si una de las partes de un acuerdo vertical, supera el umbral del 30% de cuota de mercado, como ocurre en el caso de los fabricantes de camiones, no se podría aplicar ningún tipo de exención a la aplicación del Derecho *antitrust*.

Como ya hemos mencionado, el artículo 101 TFUE se aplica a los acuerdos y prácticas concertadas, entre dos o más operadores económicos independientes, que tengan por objeto o efecto restringir la competencia de manera apreciable en el mercado comunitario, y concretamente para la cuestión que nos interesa, aquellos que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción. La noción de acuerdo que contiene dicho artículo debe ser entendida en un sentido amplio, pudiendo manifestarse el consentimiento de las partes de forma escrita u oral, ya sea expresa o tácitamente; permitiéndose incluso, los pactos entre caballeros o “*gentlemen’s agreement*”⁴³.

En la jurisprudencia comunitaria se consideró que la remisión de diversas circulares a sus concesionarios alemanes, por parte del fabricante de automóviles Volkswagen, estableciendo la prohibición de vender el modelo “Passat”, por debajo del precio de venta recomendado, constituía un acuerdo vertical prohibido por el artículo 101.1 TFUE; imponiendo al fabricante una multa de 30,96 millones de euros⁴⁴.

Recapitulando, los acuerdos entre los fabricantes y sus empresas distribuidoras deben ser considerados como acuerdos de fijación vertical de precios, susceptibles de limitar la competencia efectiva y el correcto funcionamiento del mercado. Prueba de ello, son las resoluciones en las que, la actual CNMC, observa rasgos de verticalidad: por ejemplo, en *Compañías de Seguros Decenales*⁴⁵, la CNC consideró que se trataba de una infracción única, compleja y continuada, en violación de los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE, consistente en un cártel que operó en el mercado español entre 2002 y 2007.

⁴² SAP de Madrid de 5 de marzo de 2009 [JUR 2009\236559].

⁴³ ORTIZ BLANCO, L.: *Manual de Derecho de la Competencia*, op. cit., p.72.

⁴⁴ Decisión de la Comisión de 29 de junio de 2001, en el asunto [COMP\F-2\36.693] y, posteriormente, STJCE de 13 de julio de 2006 [TJCE 2006\208].

⁴⁵ RCNC de 12 de noviembre de 2009, Expt. S/0037/08.

Como es sabido, el acuerdo de fijación de precios mínimos operaba, en ese caso, a nivel horizontal entre competidores, pero también a nivel vertical, entre aseguradoras y reaseguradoras⁴⁶.

En aplicación del contenido de las Directrices relativas a las restricciones verticales, dicha fijación de precios no es lícita, ya que, como hemos señalado, la cuota de mercado del fabricante o proveedor excede ampliamente del 30%, fijado por la mencionada normativa.

La restricción especialmente grave contemplada en el artículo 4, letra a), del Reglamento sobre acuerdos verticales se refiere al mantenimiento del precio de reventa, es decir, a aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que debe ajustarse el comprador. Dicha restricción se puede lograr fijando directamente el precio de reventa o utilizando otro tipo de medios indirectos⁴⁷. Entre las posibilidades de estos medios indirectos nos encontramos, por ejemplo:

- i. La fijación del margen del distribuidor: en el caso que nos ocupa, los fabricantes pactaron con sus distribuidores una remuneración variable, que consistiría en un porcentaje sobre el total de las ventas de los camiones.
- ii. Así mismo, la fijación del nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder, partiendo de un determinado nivel de precios establecido: de nuevo, los distribuidores accedían a mantener los precios fijados por los fabricantes, pero sin poder llevar a cabo ningún tipo de descuento, ni oferta.

En diferentes ocasiones, las autoridades de defensa de la competencia han considerado este tipo de actuaciones, como una fijación vertical de precios⁴⁸.

III. Reclamación de una indemnización de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia, por parte de la dirección de Translogic, S.A.

1. La aplicación privada del Derecho de la Competencia

La aplicación privada del Derecho de la Competencia ha sido un sector del ordenamiento cuya aplicación ha estado siempre en manos de las autoridades europeas y nacionales, encargadas de la denominada “aplicación pública” del Derecho *antitrust*.

Sin embargo, los ilícitos de competencia también pueden derivar consecuencias en el ámbito privado, es decir, pueden provocar la aplicación de las prohibiciones *antitrust* como fundamento para resolver conflictos de derecho privado, en lo que respecta a la nulidad de los acuerdos restrictivos y prácticas abusivas o sobre las

⁴⁶ MARCOS FERNÁNDEZ, F.: “Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la sentencia del juzgado mercantil nº 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014 (MUSAAT v. ASEFA, CASER y SCOR), en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 16, Madrid, 2015, p.5.

⁴⁷ Directrices relativas a las restricciones verticales, apartado 48.

⁴⁸ RCNC de 30 de julio de 2009, Exp. 490/00 y STS de 28 de enero de 2013 [RJ 2013\1948].

posibles reclamaciones a las que se pueden enfrentar las empresas infractoras, por los daños y perjuicios causados a terceros con las conductas anticoncurrenciales.

Las normas de Defensa de la Competencia, tanto europeas como nacionales, producen efectos directos en las relaciones entre particulares, y generan para los afectados derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales deben tutelar⁴⁹. En esta línea, “*la plena eficacia de los artículos 85 y 86 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 TFUE) y, en particular, el efecto útil de la prohibición en su apartado 1, se vería en entredicho, si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones para reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva*”⁵⁰.

Por lo tanto, la jurisdicción y los tribunales nacionales tienen un papel esencial en la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE en su vertiente privada, ya que, la plena efectividad de dichos artículos exige que cualquier sujeto, tanto consumidores, empresas o autoridades públicas, pueda reclamar la indemnización de los daños sufridos, como consecuencia de una infracción de esta normativa.

Cabe mencionar, además, que los países que hayan transpuesto la Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust*, como es el caso de España, podrán aplicar los principios de esta disposición a las infracciones de la normativa nacional equivalente a los artículos 101 y 102 TFUE. Esta equivalencia, en el ámbito español, se manifiesta en los artículos 1 y 2 LDC.

Pero a pesar del impulso que la jurisprudencia comunitaria⁵¹ y nacional⁵² ha otorgado a la aplicación privada de la normativa *antitrust*, ésta no ha conseguido el éxito esperado. La escasa importancia de la acción de daños, en este ámbito normativo, se pone aún más de manifiesto si se tiene en cuenta que el número de sentencias, de todo orden, acerca de las acciones de nulidad por infracción *antitrust*, es mucho más elevado⁵³.

2. Legitimación activa de Translogic, S.A. para la acción de daños y perjuicios

2.1.- Introducción

El artículo 1 de la Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust* que, como hemos mencionado anteriormente, ha sido transpuesta al derecho español por medio del Real Decreto-ley 9/2017, establece que “*cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho*

⁴⁹ STJCE de 30 de enero de 1974, asunto [127/73].

⁵⁰ STJUE de 20 de septiembre de 2001 [TCJE 2001\238] y, en este sentido, STS de 2 de junio de 2000 [RJ 2000\5092].

⁵¹ STJCE de 13 de julio de 2006 [TJCE 2006\204].

⁵² STS de 7 de noviembre de 2013 [RJ 2014\487].

⁵³ MARCOS FERNÁNDEZ, F.: “La aplicación privada del derecho de la competencia por los tribunales españoles”, en *Revista ICE*, núm. 876, Enero-Febrero 2014, p. 98. (http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_14DBFFFAE58B6382B1E536DD792E39C0.pdf; consultado el 4 de junio).

de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas puede ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación”.

El derecho al pleno resarcimiento se reconoce a “*cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia*”, conforme al artículo 3 de la Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos antitrust y al artículo 72 LDC.

Se podría afirmar, por lo tanto, que la finalidad del Derecho *antitrust* es proteger la libertad de competencia entre los operadores económicos. Así mismo, la defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado⁵⁴. Dada la importancia de la economía de mercado, cualquier ciudadano puede tener un interés jurídicamente tutelado por el derecho de daños, en el mantenimiento de la libertad de competencia en los mercados que participa⁵⁵.

En relación con el artículo 12 de la Directiva 2014/104/UE, se presume que tienen legitimación activa para exigir responsabilidad y, por tanto, para interponer una reclamación civil por daños y perjuicios, no sólo los compradores directos o indirectos, sino cualquier otra parte perjudicada; es decir, cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de Competencia. Además, el artículo 2 de esta normativa, define al comprador directo, como aquella persona física o jurídica que haya adquirido directamente de un infractor, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la Competencia. Por su parte, define al comprador indirecto, como la persona física o jurídica que haya adquirido, no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho *antitrust*.

2.2.- Adquisición de la flota de camiones de Translogic, S.A. por medio de contratos de leasing

El contrato de arrendamiento financiero o leasing es un contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme⁵⁶, que aparece regulado y definido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las Entidades de Crédito⁵⁷ como “*aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles e inmuebles, adquirido para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una prestación consistente en el abono periódico de las cuotas*”; definición que también mantiene la Disposición Adicional Primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Ventas a plazos de Bienes Muebles⁵⁸.

⁵⁴ STC de 16 de abril de 2012 [RTC 2012\71].

⁵⁵ PEÑA LÓPEZ, F.: *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.89.

⁵⁶ STS de 14 de diciembre de 2004 [RJ 2004\8038].

⁵⁷ BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014; en adelante Ley de entidades de crédito.

⁵⁸ BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998; en adelante LVPBM.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁹ ha señalado que el arrendamiento financiero establece una técnica de adquisición de bienes que le aparta de otras figuras contractuales, como la compraventa a plazos o el arrendamiento con opción a compra. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de octubre de 1998, declaró que “*la finalidad práctica perseguida por las partes no es una mera cesión de uso por tiempo determinado y precio cierto, con posibilidad añadida de devenir propietario al vencimiento de aquel plazo, sino la de producir una transmisión gradual y fraccionada de las facultades y obligaciones inherentes al dominio, transmisión que no se consumará hasta la completa realización por el denominado arrendatario financiero de la contraprestación asumida*”; y sigue: “*al arrendatario financiero se le atribuyen, desde el momento mismo del otorgamiento del negocio, el contenido sustancial básico de facultades y deberes inherentes a la propiedad*”⁶⁰.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, debemos considerar que la dirección de la empresa Translogic, S.A., está legitimada activamente para la interposición de una reclamación por daños y perjuicios, ya que, ha adquirido los bienes muebles (en este supuesto una flota total, constituida por 25 camiones) a través del derecho de compra que permite el leasing. Por lo tanto, podemos decir, que Translogic, S. A. posee legitimación activa para iniciar una reclamación motivada por los daños sufridos, ante el sobreprecio anticompetitivo o daño emergente fijado por los fabricantes de camiones, que formaban parte del cártel, al adquirir su flota de camiones a lo largo del ejercicio de su actividad. Este sobreprecio estaría determinado por la diferencia entre el valor de mercado de los camiones en el momento anterior y posterior de la existencia del cártel, siendo soportado inicialmente por todos aquellos que adquiriesen estos bienes⁶¹.

Hay que recordar, que conforme a la Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos antitrust⁶², pueden ejercitar la acción por daños tanto quienes hayan adquirido bienes o servicios al infractor, como aquellos compradores situados más allá en la cadena de suministro.

En otro orden de cosas, se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios⁶³, es decir, como regla general, es el demandante quien debe acreditar la existencia de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la Competencia; sin embargo, con la presunción mencionada se considerará, por lo tanto, acreditada la existencia de un daño. Es necesario determinar, que la presunción establecida por la normativa *antitrust* es una presunción *iuris tantum* que puede ser rebatida por los fabricantes a través, entre otras, de la defensa *passing-on*: consiste en alegar, por parte del demandado, que el sobrecoste derivado de la existencia del cártel, ha sido trasladado aguas abajo, en la cadena de mercado descendente. Cabe señalar, en este caso, que el artículo 12.2 de la Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos antitrust y el artículo 78.1 párrafo segundo, prohíben que el

⁵⁹ STS de 13 de julio de 2006 [RJ 2006\4967].

⁶⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil Volumen II*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 294.

⁶¹ PEÑA LÓPEZ, F.: *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*, op. cit., p. 223.

⁶² Apartado 44 y artículo 1.1 Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos antitrust.

⁶³ Artículo 17.2 Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos antitrust y artículo 76.3 LDC.

resarcimiento del daño emergente sufrido en cualquier nivel de la cadena pueda superar el perjuicio por el sobrecoste sufrido a ese nivel.

Una parte de la doctrina establece que la legitimación para reclamar una indemnización por daños y perjuicios derivada de un ilícito *antitrust* abarca tanto a los titulares de las empresas que incorporan los productos a sus procesos productivos, a los meros distribuidores (siempre y cuando no participen en el cártel o sean “facilitadores” del mismo) y, por supuesto, a los consumidores⁶⁴. Otra vía doctrinal muy acertada, establece, por el contrario, que el único que ha sufrido el perjuicio y, consecuentemente está legitimado para reclamar indemnización por daños, es el consumidor final⁶⁵. En otras palabras, en el supuesto de la empresa Translogic, S.A., la legitimación de la reclamación de la indemnización no reside en que pueda ser calificado como comprador directo o indirecto, sino en determinar que esta empresa es el consumidor final de la flota de camiones adquirida a lo largo de los años de duración del cártel, tal y como realmente ocurre.

Para evitar que las acciones de daños ejercitadas por demandantes de distintos niveles de la cadena de suministro provoquen una responsabilidad múltiple o a la ausencia de responsabilidad del infractor, la Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust*, establece que se debe repartir, entre los distintos eslabones de la cadena de producción-distribución, el daño que producen los sobrepuestos generados por los cárteles.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE⁶⁶, ha enunciado en varias ocasiones, los requisitos necesarios para poder interponer acciones de responsabilidad por daños derivados de la infracción del Derecho de la Competencia. Concretamente ha establecido dos requisitos que componen el régimen de las acciones por daños, en estos supuestos:

1.- En primer lugar, se debe acreditar la existencia de una infracción del Derecho *antitrust*, es decir, que realmente se ha sufrido un daño por el incumplimiento de las normas mencionadas a lo largo de este trabajo. En nuestro caso, el daño se materializa en el sobrecoste pagado por Translogic, S.A., derivado de la fijación de precios llevada a cabo por los fabricantes de camiones, durante los años de duración del cártel.

2.- En segundo lugar, tiene que existir una relación de causalidad entre la infracción y el daño sufrido. De acuerdo con el apartado 11 de la Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust* “*cualquier persona puede reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos cuando exista una relación causal entre los mismos y la infracción del Derecho de la competencia*”

Por último, ese mismo apartado 11 de la Directiva 2014/104/UE establece que “*todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, han de observar los principios de efectividad y equivalencia*”. Estos dos principios permiten la no discriminación entre los derechos emanados del ordenamiento nacional y los derivados del efecto directo del derecho europeo,

⁶⁴ PEÑA LÓPEZ, F.: *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*, op. cit., p.251.

⁶⁵ DÍEZ ESTELLA, F.: “La escasez de acciones de daños y perjuicios derivadas de cárteles en España... ¿por qué?”, en AA VV, *La lucha contra los cárteles en España* (PORRAS BELARRA, J., Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 664.

⁶⁶ STJCE de 13 de julio de 2006 [TJCE 2006\204].

haciendo posible que se protejan los derechos que otorga el ordenamiento comunitario, aunque dicha protección no exista en el ámbito nacional, respectivamente⁶⁷.

3. Legitimación pasiva en la acción de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia

Según el artículo 71.1 LDC “*los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados*” y, conforme al artículo 11.1 de la Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos antitrust “*los Estados miembros velarán por que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta conjunta sean conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de lo cual cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada*”.

Por lo tanto y, conforme al artículo 2.2 de la citada Directiva, la legitimación pasiva recaerá sobre “*la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia*”; no existiendo la necesidad de que concurren más requisitos para que una empresa o conjunto de empresas deban responder por los daños causados; con excepción de que el demandante deba probar la existencia de un daño y el nexo causal, entre este daño y la infracción correspondiente.

Así mismo, el artículo 73 LDC, introducido por el artículo 3 del Real Decreto 9/2017, establece que “*las empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción*”. De este modo, todos los fabricantes de camiones que hayan participado en la infracción expuesta con anterioridad, tendrán que hacer frente a un principio de responsabilidad solidaria y conjunta ante dicho ilícito.

Cabe destacar que, conforme a lo establecido en el artículo 1144 del Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil⁶⁸, cualquier perjudicado podrá optar por reclamar conjuntamente a todos o solo a parte de los participantes, hasta que haya quedado satisfecha su deuda por completo.

Este principio de responsabilidad solidaria quedaría desvirtuado en el marco de los programas de clemencia, entendidos como “*todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 del TFUE o una disposición análoga de la legislación nacional, según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de la competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la exención del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma*”⁶⁹; para así evitar que esta

⁶⁷ PEÑA LÓPEZ, F.: *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*, op. cit., pp. 48 y 51.

⁶⁸ BOE núm. 206, de 24 de julio de 1889; en adelante CC.

⁶⁹ Disposición Adicional cuarta, apartado 3, punto 2 LDC.

solidaridad ponga en riesgo la iniciativa de determinadas empresas para destapar infracciones a la competencia. Por este motivo, como regla general, los responsables solidarios del cártel no podrán ejercer acciones de regreso contra las empresas que se amparen bajo la protección de los programas de clemencia.

IV. Vías de acción o negociación para la solicitud de una indemnización por daños y perjuicios por parte de Cayetana

1. Competencia objetiva para conocer de una acción de daños por infracción del Derecho de la Competencia

El artículo 72 LDC establece que “*cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria*” y que “*dicho resarcimiento comprenderá el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses*”. El conocimiento de estos asuntos, por lo tanto, es competencia de los tribunales civiles de los Estados miembros y a ellos debe acudir el consumidor u organización de consumidores que pretenda utilizar esta vía⁷⁰.

En este sentido, de acuerdo al artículo 86 ter, apartado 2 letra f, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁷¹ y, a la opinión mayoritaria de la doctrina, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de las cuestiones que sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE y su derecho derivado, así como, de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

2. Vía de la responsabilidad contractual o de la extracontractual

Con independencia de que exista o no un vínculo contractual entre los fabricantes de camiones y la empresa que nos interesa en este caso, es decir, Translogic, S.A., y a pesar de que ha existido un arduo debate en lo relativo a esta cuestión; la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷², resolvió ya en su día que, el régimen general aplicable a las acciones de indemnización por infracciones del Derecho de la Competencia, ha de ser el propio de la responsabilidad civil extracontractual. Así mismo, aunque algunos reclamantes en las acciones de daños y perjuicios, debido al cártel de los fabricantes de azúcar, consideraron que la reclamación se fundamentaba en la responsabilidad contractual de los productores, nuevamente el Tribunal Supremo⁷³ concluyó que las reclamaciones de daños por las conductas anticompetitivas eran de carácter extracontractual⁷⁴.

Uno de los argumentos más utilizados para determinar que nos encontramos ante una responsabilidad extracontractual, establece que un acuerdo restrictivo de la competencia es un negocio nulo de pleno derecho, ya que, el artículo 1.2 LDC y el

⁷⁰ BUSTO LAGO, J.M.: *Reclamaciones de consumo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 6, accesible en *Aranzadi Westlaw* (consultado el 5 de junio de 2018).

⁷¹ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985; en adelante LOPJ.

⁷² STS de 8 de junio de 2012 [RJ 2012\9317].

⁷³ STS de 7 de noviembre de 2013 [RJ 2014\487].

⁷⁴ MARCOS FERNÁNDEZ, F.: “La aplicación privada del derecho de la competencia por los tribunales españoles”, *op. cit.*, p. 100.

artículo 101.2 TFUE, determinan que son nulos de pleno derecho los ilícitos *antitrust*, que no estén amparados por las regulaciones de exenciones. Por lo tanto, al ser nulo de pleno derecho, dicho negocio no producirá efectos en las relaciones entre las partes contratantes, ni se podrá oponer a terceros⁷⁵, provocando que no pueda existir una responsabilidad contractual, sino extracontractual.

Hay que destacar, que la regulación legal de la responsabilidad contractual y extracontractual difiere. Por un lado, a la responsabilidad contractual se refiere el artículo 1091 CC, el cual estipula que “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes*” y el artículo 1101 CC que entiende “*que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”. Además, el Tribunal Supremo también considera, que se genera responsabilidad contractual, cuando el daño se produce a través de un contrato⁷⁶.

Por otro lado, la responsabilidad extracontractual aparece regulada en el artículo 1902 CC, en el que se expresa que “*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”; es decir, en este caso, se presupone un daño sin necesidad de que exista una relación contractual previa entre las partes. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁷ concreta que es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado, por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio, aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo.

En resumen, la fundamentación en un tipo de responsabilidad o en otra, no es algo aleatorio, sino que, puede tener diversos efectos y consecuencias. Uno de los más relevantes es, sin duda, el referido al plazo de prescripción para poder ejercitar la acción de responsabilidad, ya que, nuestro ordenamiento jurídico distingue dos plazos de prescripción para el ejercicio de acciones que exigen responsabilidad civil:

- Un año para la acción de responsabilidad extracontractual, “*desde que lo supo el agraviado*”, conforme al artículo 1968 CC.
- Cinco años para la responsabilidad contractual, ya que, el artículo 1964 CC dispone que “*las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación*”, y su plazo “*se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*”, conforme al artículo 1968 CC.

3. Los componentes del daño resarcible en la responsabilidad por ilícito *antitrust*

El artículo 72 LDC concreta que las personas afectadas por una infracción de la competencia tendrán “*derecho a reclamar al infractor y obtener el pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria*”. Para que se produzca este pleno resarcimiento es necesario, en este sentido, que el perjudicado sea indemnizado por

⁷⁵ TUDOR, E.C.: *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p.185.

⁷⁶ STS de 24 de abril de 2009 [RJ 2009\3167].

⁷⁷ STS de 22 de diciembre de 2008 [RJ 2009\162].

el daño emergente y el lucro cesante, más los intereses. Además, este derecho al resarcimiento “*se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido y le haya generado un daño*”⁷⁸.

3.1.- Daño emergente

El daño emergente es uno de los componentes que conforman el daño patrimonial resarcible. Su contenido principal estará formado por las pérdidas y menoscabos que hayan sido ocasionados en el patrimonio de la víctima, como consecuencia de la infracción.

Además, el daño emergente característico de los cárteles de fijación de precios, como es el caso de los fabricantes de camiones que nos corresponde, es el que consiste en el pago de sobrepuestos: es decir, la diferencia entre lo pagado por el perjudicado y lo que realmente tendría que haber abonado si no se hubiera formado el cártel.

3.2.- Lucro cesante

Por su parte, el lucro cesante, está formado por aquellas ganancias que, en este caso, Translogic, S.A., obtendría en el supuesto de que no existiera una restricción en el normal funcionamiento del mercado.

Las ganancias que el perjudicado ya ha dejado de obtener se denominan lucros cesantes pasados, mientras que las que se dejarán de obtener en el futuro se llaman lucros cesantes futuros⁷⁹.

3.3.- Intereses

Los daños derivados de no poder disponer del dinero que se ha pagado de más, como consecuencia de la existencia de un cártel, suelen indemnizarse a través del pago de intereses.

*“El pago de intereses es un elemento esencial del resarcimiento para reparar los daños y perjuicios sufridos teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, y debe exigirse desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se abone la indemnización”*⁸⁰. Debe entenderse, por lo tanto, que los intereses han de empezar a computarse desde el momento en que se produzca el daño. Sin embargo, el artículo 1100 CC establece que, dichos intereses, son exigibles desde el momento en que la víctima exija el resarcimiento de los daños ocasionados.

4. Plazo para el ejercicio de las acciones de daños en el Derecho de la Competencia

Conforme al artículo 74 LDC, “*la acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones del Derecho de la competencia prescribirá a los cinco años*”.

Este plazo de prescripción ha sido introducido en la LDC, tras la promulgación del Real Decreto-ley 9/2017, que reconoce a las personas con legitimación activa para interponer este tipo de acciones, un plazo que “*sea de al menos cinco años*”, en

⁷⁸ Artículo 78 LDC.

⁷⁹ PEÑA LÓPEZ, F.: *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*, op. cit., p.169.

⁸⁰ Apartado 12 de la Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos antitrust.

relación con el artículo 10.3 de la Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivadas de ilícitos *antitrust*. Por lo tanto, en aquellos supuestos en que se produzca una infracción del Derecho de la Competencia, el plazo para exigir la reparación por los daños sufridos, coincide con el establecido para las reclamaciones de daños contractuales del artículo 1964 CC.

Hay que tener en cuenta, que este nuevo plazo, supone una excepción a la regla general prevista en el artículo 1968 CC, el cual otorga el plazo de un año para las reclamaciones de daños extracontractuales. Esta novedad introducida en la LDC, pretende fomentar o, por lo menos, facilitar la interposición de demandas de daños por ilícitos en la materia de este caso, ya que, el breve plazo de un año del que hasta la fecha han dispuesto los perjudicados para hacer valer sus derechos, ante los tribunales españoles, ha actuado sin duda como desincentivo en este tipo de reclamaciones⁸¹.

Ante esta situación, para determinar el plazo del que la empresa Translogic, S.A. dispondría para interponer la acción de responsabilidad civil por violación del Derecho de la Competencia, es necesario analizar una cuestión relevante.

La Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 9/2017, cuya entrada en vigor se produjo el 27 de mayo de 2017, descarta la aplicación retroactiva de las previsiones, entre otras, del artículo 3 que modifica la LDC. Por lo tanto, en un primer momento, a aquellos asuntos anteriores a la entrada en vigor del citado Real Decreto se le aplicaría el plazo de un año para la reclamación de daños causados por infracciones de la competencia, previsto en el artículo 1968 CC, mediante la vía de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, para favorecer, como ya ha sido mencionado, el aumento de las demandas civiles en el ámbito de los daños y perjuicios en el Derecho de la Competencia, este extremo tendrá que ser aclarado por los tribunales competentes.

5. Vía extrajudicial y vía judicial para la interposición de la acción de daños y perjuicios por parte de Cayetana

Para la interposición de una reclamación por daños y perjuicios derivada de una infracción del Derecho de la Competencia, Cayetana, directora de la compañía de transportes Translogic, S.A. posee, principalmente, dos vías de actuación.

Por un lado, la directora de la compañía podría interponer una reclamación extrajudicial de daños y perjuicios, como consecuencia de las prácticas colusorias llevadas a cabo por los diferentes fabricantes integrantes del cártel. Como ya ha sido mencionado con anterioridad, la directora de la empresa Translogic, S.A., posee legitimación activa para interponer dicha reclamación en calidad de víctima de la infracción cometida, ya que, la compañía tiene la consideración de usuario o consumidor final afectado por las referidas prácticas.

La finalidad fundamental de esta vía consiste en evitar, en un primer momento, la resolución del conflicto por vía judicial, permitiendo que las víctimas sean compensadas de manera rápida y eficiente; porque, al optar por la vía extrajudicial, los costes de reclamación se verían reducidos considerablemente.

⁸¹ VIDAL, P. y CAPILLA, A.: “Título VI. De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia”, *op. cit.*, p.1488.

Hay que destacar, que la vía extrajudicial no solo presenta beneficios para la víctima de la infracción *antitrust*. Con el objetivo de fomentar este tipo de reclamaciones se establecen disposiciones que benefician, del mismo modo, al infractor, fomentando así, la resolución amistosa del conflicto. Concretamente, el artículo 77 LDC establece, en su apartado primero, que “*el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios de la persona perjudicada que hubiera sido parte en un acuerdo extrajudicial se reducirá en la parte proporcional que el sujeto infractor con quien hubiera alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó*”: es decir, para proteger al infractor que accede a realizar este tipo de acuerdos, se establece que, el perjudicado con el que haya alcanzado un acuerdo de solución extrajudicial, no podrá posteriormente dirigirse contra él por la parte de los daños que hubiera soportado y no se cubriera por el acuerdo.

Así mismo, la incoación de un procedimiento extrajudicial provoca la interrupción del plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios para el perjudicado, es decir, la compañía de transportes Translogic, S.A. En este sentido, el artículo 74 LDC, en su apartado cuarto, determina que “*se interrumpirá el plazo cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversia*”. Al encontrarnos ante un plazo susceptible de prescripción y no de caducidad⁸², el Real Decreto-ley 9/2017 ha introducido la posibilidad de interrupción, frente a la de la suspensión. Hay que tener en cuenta, que esta interrupción tendrá efectos vinculantes, únicamente frente a los perjudicados que lleven a cabo un acuerdo extrajudicial contra el infractor.

Por otro lado, en el supuesto de que la vía extrajudicial resulte infructuosa, Cayetana podría iniciar un procedimiento judicial al uso, mediante el cual interpondría una reclamación judicial de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de las prácticas realizadas por los fabricantes y los distribuidores de cabezas tractoras. Dicha reclamación judicial encontraría su razón de ser en la infracción continuada del artículo 101 TFUE y del artículo 1 LDC; explicado con detalle en el apartado II de este trabajo. Esta demanda civil tendrá que dirigirse a los juzgados que tengan competencia objetiva en la materia, que como también ha sido mencionado, corresponde a los Juzgados de lo Mercantil. Esta vía se enmarcaría dentro de un proceso declarativo, de naturaleza verbal u ordinario⁸³, en función de la cuantía, objeto de reclamación, derivada del sobre coste *efectivamente soportado por el perjudicado*⁸⁴.

La reclamación judicial puede interponerse de forma individual, por cada uno de los perjudicados por las prácticas contrarias al Derecho de la Competencia, o de forma colectiva, ya que, el artículo 6 LEC, permite que los grupos de consumidores o usuarios afectados por la realización de una conducta contraria al Derecho *antitrust*, puedan ser parte en los procesos ante los tribunales civiles.

Los requisitos para que estas organizaciones puedan ser parte en una reclamación judicial se resumen, en primer lugar, en que la acción debe ser ejercitada en virtud de un hecho dañoso, en segundo lugar, los individuos que integren el grupo tienen que estar determinados o ser fácilmente determinables y, por último, el grupo tiene que

⁸² VIDAL, P. y CAPILLA, A.: “Título VI. De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia”, *op. cit.*, p. 1490.

⁸³ Artículo 248 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000; en adelante LEC.

⁸⁴ Artículo 78, apartado 1, LDC.

integrarse con la mayoría de los afectados por las irregularidades de los fabricantes de camiones.

Por último, es necesario resaltar la existencia de un escenario favorable para las reclamaciones colectivas, creado en gran parte por la Recomendación 2013/396/UE de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión⁸⁵, la cual favorece “*la posibilidad de reclamar una indemnización de forma colectiva por dos o más personas físicas o jurídicas*”; facilitando así el acceso colectivo a la justicia.

V. Calificación jurídica de la conducta ejercitada por el administrador de la sociedad FIAT Chrysler España

1. Calificación y análisis en el ámbito mercantil de los hechos cometidos por D. Fernando S.

En el supuesto que estamos desarrollando, se menciona que D. Fernando S. ha desempeñado el cargo de administrador de la compañía FIAT Chrysler España, S.A. durante los últimos 20 años, formando así parte de la estructura organizativa de la mencionada empresa.

Como administrador de dicha compañía, D. Fernando S. asume una serie de responsabilidades inherentes al cargo que desempeña. Como parte de esta labor, es necesario realizar una serie de actos y “*cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario*”, como indica el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁸⁶. Así mismo, la persona encargada de administrar una sociedad debe tener una dedicación adecuada, adoptando las medidas necesarias para la buena dirección y el control de la sociedad.

En este mismo sentido, los administradores deberán llevar ordenadamente la contabilidad de su empresa, “*que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como, la elaboración periódica de balances e inventarios*”, en palabras del artículo 25 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio⁸⁷.

Dicha obligación se pone de manifiesto en el artículo 253.1 LSC, el cual establece el deber que tienen los administradores de una sociedad de formular las cuentas anuales, en un plazo máximo de tres meses a contar desde que se cierra el ejercicio social; no pudiendo delegar “*la formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general*”, conforme al artículo 249 bis, letra e) LSC. Cabe destacar, que en el caso de D. Fernando S., además de este deber innato a su cargo, establecido por la LSC y el CdC; entre las funciones que desempeñaba en FIAT Chrysler España destacaba la de elaborar la contabilidad de la empresa. Por su parte, el artículo 37,

⁸⁵ DOUE L-201/60, de 26 de julio de 2013.

⁸⁶ BOE núm. 161, de 03 de julio de 2010; en adelante LSC.

⁸⁷ BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885; en adelante CdC.

apartado primero, punto 3º CdC, dispone que los administradores de una sociedad tienen que firmar las cuentas anuales, respondiendo así de su veracidad.

Entre los documentos que conforman las cuentas anuales y que muestran la información contable de la empresa (en este caso de FIAT) se encuentran, a la luz del artículo 34.1 CdC y el artículo 254.1 LSC, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Estos documentos deben ser redactados con el objetivo de que reflejen una imagen fiel del patrimonio, como también indica el preámbulo del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad⁸⁸.

En el caso de D. Fernando S. esta imagen fiel puede verse distorsionada por la actuación que realiza en el seno de la contabilidad de FIAT. A través de esta operación decide llevar un inmueble registrado en la cuenta de activo no corriente, “*Inversiones en terrenos y bienes naturales*”, a la cuenta 672, que refleja las pérdidas producidas por la enajenación de las inversiones inmobiliarias o, como en este caso, por su baja del activo, como consecuencia de pérdidas irreversibles de dichos activos. Es decir, este reflejo contable seguramente no responde al devenir de la actividad de la empresa, sino a una decisión tomada personalmente por D. Fernando S., a través de la que modifica el balance de situación; simulando así la pérdida de dicho activo del patrimonio de FIAT, para proceder a incluirlo en la empresa cuyos titulares eran él y su mujer.

Este ajuste en la contabilidad, motivado por el deseo de D. Fernando S. de recompensar su trabajo en la compañía, no responde al mandato legal de redactar las cuentas anuales de una manera clara y mostrando la imagen fiel del patrimonio societario. Por este motivo, podemos afirmar que el administrador de la compañía FIAT, no ha cumplido con el deber de actuar con la diligencia de un ordenado empresario, ni con el de realizar un óptimo control y dirección de la sociedad, contenido en el artículo 225 LSC. Así mismo, no ha desempeñado su cargo, obrando de buena fe, ni en el mejor interés de la sociedad, sino que, ha entrado en una situación de conflicto con el interés social y con los deberes que posee como administrador; obviando con su comportamiento el deber de lealtad, de los artículos 227 y 228 LSC, con el que debería haber ejercido su cargo.

Los efectos jurídicos de la conducta expuesta se traducirán en que D. Fernando S. deberá responder por la modificación de la contabilidad, realizada incumpliendo los deberes inherentes al puesto ocupado, frente a la sociedad, a los socios y frente a los acreedores sociales. Cabe destacar que, aunque en este caso, la Junta General de Accionistas de FIAT hubiese aprobado el balance de situación y el resto de cuentas anuales de la sociedad, el administrador no quedará exonerado de responsabilidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 236, apartado 2 LSC.

El artículo 227 LSC, en su apartado segundo determina que, como administrador de una sociedad de capital y ante la infracción del deber de lealtad exigido, D. Fernando S. tendrá que “*indemnizar el daño causado al patrimonio social*” y, además, “*devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador*”.

⁸⁸ BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007; en adelante PGC.

Ante este incumplimiento de los deberes societarios y de la legalidad vigente, la LSC establece dos mecanismos para poder ejercer acciones de responsabilidad contra D. Fernando S., para así poder conseguir la restitución del daño ocasionado. Entre estos mecanismos se encuentran la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad.

Por un lado, la acción social de responsabilidad puede ser interpuesta por la solicitud de cualquier socio, previo acuerdo de la Junta General. De forma subsidiaria, pueden ejercitarla el socio o los socios que representen una minoría social, sin necesidad de que esta acción sea aprobada por la Junta General, ya que, uno de los deberes incumplidos por D. Fernando S. ha sido el deber de lealtad⁸⁹. Por último, en caso de existir acreedores de la sociedad y éstos observen que el patrimonio social no es suficiente para satisfacer sus créditos, podrán solicitar el ejercicio de dicha acción, en caso de inactividad de la propia compañía y de los socios.

Por otro lado, el segundo de los mecanismos dispuestos por la LSC es la acción individual de responsabilidad que puede ser interpuesta por los socios y los terceros, cuyo interés personal se haya visto afectado por la actuación del administrador.

2. Principio de intervención mínima y calificación en el ámbito penal de los hechos cometidos por D. Fernando S.

2.1.- Principio de intervención mínima del Derecho Penal

Como hemos expuesto en el punto anterior, la LSC contiene mecanismos para ejercitar acciones de responsabilidad contra el administrador, que permiten restituir los intereses lesionados, por actuaciones contrarias a la legalidad.

En torno a esta cuestión, es necesario mencionar que los conflictos de ámbito societario deben resolverse, en primera instancia, a través de las soluciones que otorga la legislación mercantil sobre sociedades, ya que, los aspectos societarios tienen sus raíces fuera del Derecho Penal. Esto se debe, con carácter general, al principio de intervención mínima y *última ratio* del Derecho Penal: esta parte del ordenamiento jurídico sólo se legitimará en la medida en que sea necesario proteger determinados bienes jurídicos importantes, cuando pudieran resultar afectados de manera muy relevante⁹⁰.

A pesar de que sea posible calificar la conducta de D. Fernando S. dentro de la legislación mercantil, obteniendo así un óptimo resarcimiento del daño en la misma; consideramos necesario acudir, en última instancia, a la vía penal para poder completar la exigibilidad de responsabilidad a D. Fernando S., debido a la importancia del perjuicio patrimonial ocasionado a la compañía FIAT.

2.2.- Calificación en el ámbito penal de los hechos cometidos por D. Fernando S.

- *Administración desleal y falsificación documental*

⁸⁹ Conforme al artículo 239.1 LSC, inciso segundo.

⁹⁰ FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito de falsedad documental y la contabilidad creativa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 51-52 y p. 329.

El artículo 252 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁹¹ recoge el delito de administración desleal, que se configura como un delito de resultado, pues se exige necesariamente que provoque un perjuicio patrimonial concreto y cuantificable⁹²: “*serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*”.

Podemos decir, por lo tanto, que la conducta o acción típica de este tipo penal consiste en infringir el deber de administrar lealmente el patrimonio ajeno encomendado, por excederse en las facultades conferidas⁹³, en este caso, por un negocio jurídico al ser D. Fernando S. el administrador de la sociedad, provocando una lesión en el patrimonio que gestiona.

El delito de administración desleal exige para su consumación, además, que aquellos que dispongan de capacidad para la gestión y representación de un caudal ajeno, por un lado, tienen que actuar en contra de los intereses del mismo, en el ejercicio de la autonomía de decisión que ostentan⁹⁴ y, por otro lado, tienen que infringir el deber de cuidar ese patrimonio ajeno⁹⁵.

Parece lógico pensar que la conducta de D. Fernando S., llevada a cabo con el objetivo de obtener una recompensa mayor por su estadía profesional en la citada compañía, excede de las funciones que le fueron atribuidas, por infringir el deber de actuar en el mejor interés de la sociedad, anteponiendo sus intereses personales al bienestar del patrimonio de FIAT.

Siguiendo la línea de la administración desleal y, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁶, el resultado material del tipo penal exige que se produzca un perjuicio a la sociedad administrada. En nuestro caso, este requisito se ve cumplido ampliamente, debido a que la operación contable de autos, ocasiona la pérdida de un elemento del inmovilizado material, valorado en 4.000.000 de euros.

En cuanto al sujeto activo, como ya se ha ido adelantando, debe ser una persona con capacidad para gestionar y tomar decisiones sobre el patrimonio que administra. A pesar de esto, parte de la doctrina sostiene que no es necesario determinar el autor del delito, ya que, lo relevante de este tipo penal, se encuentra en la facultad que posee el administrador, de disponer autónomamente de los bienes que tiene obligación de cuidar⁹⁷.

Por lo tanto, una persona capaz de administrar un patrimonio ajeno, que como consecuencia de excederse en las facultades que le han sido otorgadas a través de un negocio jurídico, actúa en contra de los intereses del patrimonio de la sociedad en

⁹¹ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; en adelante CP.

⁹² RUSCA NADAL, J.O.: “El Delito de administración desleal”, en AA VV, *Actualidad penal 2017* (ORTEGA BURGOS, E., Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 48.

⁹³ RUSCA NADAL, J.O.: “El Delito de administración desleal”, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁴ RUSCA NADAL, J.O.: “El Delito de administración desleal”, *op. cit.*, p. 58.

⁹⁵ MARTÍNEZ-BUJAN, C.: *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 56.

⁹⁶ STS de 10 de noviembre de 2015 [RJ 2016\96].

⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJAN, C.: *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, *op. cit.*, p. 89.

concreto e incumple el deber de realizar una administración fiel y leal, al anteponer sus intereses personales frente al mejor interés de la sociedad; provocando, de este modo un perjuicio a la compañía en cuestión: podrá ser responsable de un delito de administración desleal.

Es decir, D. Fernando S., administrador de la mercantil FIAT Chrysler España, con capacidad para gestionar el patrimonio societario, al ponderar sus intereses económicos frente a los de la sociedad, utilizando la contabilidad de la empresa para conseguir desviar un valioso activo, puede y debe ser castigado por un delito de administración desleal del artículo 252 CP.

Por su parte, el artículo 290 recoge el delito de falsedad de documentos sociales, entre los que se encuentran las cuentas anuales: “*los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior*”.

La conducta típica de este delito consiste en falsear las cuentas anuales de una sociedad, entendiendo por este concepto, la alteración de la verdadera situación económica o jurídica, frustrando así el derecho de la sociedad, los socios o de terceros a disponer de una información detallada y veraz sobre el desarrollo de una entidad mercantil⁹⁸. Es decir, el delito se comete cuando se falsean las cuentas de forma idónea para causar un perjuicio.

Pueden ser acciones típicas de este delito, por lo tanto, las manipulaciones o artificios contables que ocasionan una disminución de las partidas contables, debido a anotaciones indebidas de pérdidas⁹⁹, tal y como ocurre en el caso de FIAT.

Es importante señalar, en este sentido, que conforme a la normativa y a la corriente doctrinal del Tribunal Supremo¹⁰⁰, las cuentas anuales son aquellas que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria.

En este tipo penal pueden ser sujetos activos los administradores de derecho, considerados como aquellos que *administran la sociedad, conforme a un título jurídicamente válido*¹⁰¹, como es el caso de D. Fernando S.

Por lo tanto, si un administrador de derecho de una sociedad mercantil (entendida ésta a los efectos del artículo 297 CP) falsea las cuentas anuales que, conforme al PGC deben conducir a mostrar la imagen fiel del patrimonio societario, para causar un perjuicio económico; dicha conducta podrá subsumirse en el delito de falsedad documental del artículo 290 CP.

⁹⁸ STS de 14 de diciembre de 2015 [RJ 2015\5820].

⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p.208.

¹⁰⁰ STS de 7 de marzo de 2013 [RJ 2013\3279].

¹⁰¹ STS de 12 de noviembre de 2014 [RJ 2014\6331].

Siguiendo esta línea, D. Fernando S. al desviar un bien inmueble, en este caso un terreno de 5 hectáreas, contenido en la cuenta 220 de *Inversiones en terrenos y bienes naturales*, a la cuenta 672 en la que se contienen las pérdidas procedentes de la enajenación de inmovilizado material o por su baja en el activo, realiza una manipulación de la contabilidad registrándolo como una pérdida, para posteriormente incorporarlo a la contabilidad de Proinmnor, S.A. Por este motivo debemos considerar al administrador culpable de la comisión de un delito de falsificación de documentos sociales, al amparo del referido artículo 290 CP.

Tal y como afirma una parte de la doctrina¹⁰², el delito de falsedad documental, en ocasiones, resulta ser el instrumento de ejecución de encubrimiento de otros delitos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que un solo hecho no puede dar lugar, como regla general, a un concurso de delitos, ya que, se vulneraría el principio rector “*non bis in ídem*”.

Sin embargo, cuando nos encontremos en el contexto de las sociedades del artículo 290 CP y, la acción típica sea realizada por el administrador de derecho, podremos hablar de un concurso real entre el delito de administración desleal del artículo 252 CP y del citado delito de falsedad documental. Concretamente estaremos ante un concurso real¹⁰³ de estos dos preceptos, pudiendo ser aplicados a la conducta llevada a cabo por D. Fernando. Como se ha explicado con anterioridad y excusando reiterar los mismos fundamentos; debido a que el administrador de FIAT consumó una administración desleal del patrimonio que le fue encomendado y para ocultar dicha acción, había falseado el balance de situación de la compañía mercantil, sí cabrá la posibilidad del mencionado concurso real.

○ *Incompatibilidad del delito de apropiación indebida*

La decisión de no aplicar el tipo penal de apropiación indebida, reestructurado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁰⁴ y que actualmente aparece regulado en el artículo 253 CP, a la conducta ejercitada por el administrador, D. Fernando S., responde al estudio de una corriente doctrinal concreta.

En el delito de apropiación indebida se lesiona el derecho de propiedad mediante el apoderamiento de una cosa mueble ajena, fungible o no fungible, por la persona que la tiene en posesión o custodia, en virtud de un título que produzca la obligación de devolverla o de darle un destino determinado¹⁰⁵. Cabe destacar que, en nuestro caso, el bien en cuestión se trata de un terreno de 5 hectáreas, que no se ajusta a la definición que la doctrina aporta sobre el bien que se inserta en el artículo 253 CP. Además, D. Fernando S. no posee, ni custodia dicho inmueble y mucho menos posee la obligación de devolverlo o destinarlo a un fin concreto, sino que, como consecuencia del cargo que desempeña tiene la obligación de administrarlo.

¹⁰² FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 96.

¹⁰³ FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito de falsedad documental y la contabilidad creativa*, op. cit., p. 341.

¹⁰⁴ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

¹⁰⁵ MARTÍNEZ-BUJAN, C.: *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, op. cit., pp. 54-55.

VI. Contrato de *lease-back* suscrito entre la empresa de arrendamiento financiero Seudbank, S.A. y Translogic, S.A.

1. Concepto de *lease-back*

El contrato de “*sale and lease-back*”¹⁰⁶, también denominado *lease-back* o arrendamiento financiero de retorno sobre bienes inmuebles, por parte de la doctrina, se considera un tipo contractual de naturaleza atípica, ya que, su regulación no se encuentra en un única norma, sino que, ésta se ha ido perfilando a través de la producción jurisprudencial. El *lease-back* ha sido configurado en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes, principio consagrado en el artículo 1255 CC, a través del cual “*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”. Esta configuración ha sido reafirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual considera que, teniendo en cuenta la atipicidad de este contrato, nada se opone a su licitud y validez al amparo del principio de libertad contractual¹⁰⁷.

Este tipo contractual, que constituye una de las modalidades del leasing financiero, se caracteriza por la adquisición, por parte del arrendador financiero, de un bien inmueble de su anterior propietario a través de un contrato de compraventa para, posteriormente, arrendárselo a su transmitente mediante un leasing. Esta operación se consolida a través de la fijación de unos plazos de renta y de un valor residual para la readquisición de la propiedad por el primer transmitente¹⁰⁸.

La razón de ser de este contrato es el cumplimiento de una función de financiación directa, que beneficie al arrendatario, y el mantenimiento de la posesión del bien, sin necesidad de solicitar un crédito. En virtud del *lease-back*, un usuario o empresario que necesita obtener liquidez, para poder desarrollar en condiciones óptimas su actividad, acuerda con una entidad financiera la anticipación de una cantidad de dinero, en función del valor total de un bien inmueble, propiedad del empresario. Es decir, el *lease-back* supone la transmisión de un bien inmueble, a través de un contrato de compraventa, entre la entidad financiera y el usuario. Posteriormente, a través de un arrendamiento financiero entre la compañía de leasing y el arrendatario, se cede el uso del bien al arrendatario, a cambio de la fijación de una renta y con la posibilidad de una futura adquisición del bien.

En resumen, este contrato, se ha perfilado por la jurisprudencia como una operación autónoma, admisible y lícita, cuya finalidad no es obtener o mantener el bien o activo enajenado, sino la de conseguir dinero, evitando las solemnidades exigidas para la solicitud de un crédito¹⁰⁹.

¹⁰⁶ LLORENTE SAN SEGUNDO, M.I.: “El contrato de sale and lease back”, en AAVV, *Contratos mercantiles*, 5ª ed., (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p.1.

¹⁰⁷ STS de 20 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8615].

¹⁰⁸ STS de 15 de abril de 2010 [RJ 2010\3536].

¹⁰⁹ URREA SALAZAR, M. J.: “Algunas consideraciones acerca del contrato de lease-back”, en *Revista jurídica Economist & Jurist*, 2017, p. 1.

2. Órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de la demanda presentada por Translogic, S.A.

Para poder determinar que órgano jurisdiccional es competente para conocer la acción de nulidad planteada por Translogic, S.A., cabe mencionar, como primera aproximación, el artículo 9.1 LOPJ, el cual establece que “*los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley*”.

Cabe destacar que, con respecto al órgano jurisdiccional, la competencia se contempla teniendo en cuenta el conjunto de asuntos o procesos en que un Juzgado o Tribunal puede ejercer su jurisdicción conforme a Derecho y también respecto del derecho y deber que incumbe a un órgano jurisdiccional para conocer de un asunto determinado.

Para establecer la competencia objetiva en función de la materia, en el supuesto de la acción de nulidad, podemos acudir al artículo 44 LEC, dónde se requiere una previsión legal específica para que los tribunales civiles tengan competencia para el conocimiento de un pleito. Pero para encontrar la norma que realmente nos aclare esta cuestión, debemos acudir al artículo 9.2 LOPJ, el cual concreta que los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán de las materias que le son propias y, además, de aquellas materias que no estén atribuidas específicamente a otro orden jurisdiccional.

Así mismo, tanto el artículo 85.1 LOPJ y el artículo 45.1 LEC, establecen que corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales.

Por lo tanto, el órgano jurisdiccional encargado de conocer la demanda tramitada por la compañía Translogic, S.A., serían los Juzgados de Primera Instancia.

3. Posible nulidad del contrato de *lease-back* entre Seudbank, S.A. y Translogic, S.A.

La empresa de transportes, Translogic, S.A., pretende iniciar un procedimiento judicial, instando una acción de nulidad del contrato de arrendamiento financiero suscrito entre ella y la entidad financiera, Seudbank, S.A.

La fundamentación jurídica de la demanda residiría en la solicitud de la nulidad de pleno derecho del contrato de arrendamiento financiero, por la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios¹¹⁰, ya que, la empresa sostiene que, dicho contrato, fue aceptado por lo angustioso de la situación económica que atravesaba la compañía.

El artículo 1, párrafo primero, de la Ley de Usura establece que “*será nulo todo contrato de préstamo*” siempre que haya sido aceptado, tal y como indica el citado precepto, “*a causa de su situación angustiosa*”. En otras palabras, para poder declarar nulo el contrato, la empresa tendría que encontrarse en una situación económica angustiosa, siendo ésta el motivo que le llevara a firmar el tipo contractual mencionado. Por su parte, el artículo 9 de la Ley de Usura considera que dicha

¹¹⁰ BOE núm. 2016, de 24 de julio de 1908; en adelante Ley de Usura

regulación debe ser aplicada a “*toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido*”.

Por lo tanto, para que la demanda interpuesta por la actora estimara la nulidad de pleno derecho solicitada, sería necesario considerar que el contrato de arrendamiento financiero de retorno sobre bienes inmuebles se asimilara a un contrato de préstamo, para así poder aplicar las normas restrictivas de las prácticas usurarias contenidas en los artículos 1.1 y 9 de la Ley de Usura, fijando la sanción de nulidad que se incluye en dichos preceptos.

Sin embargo, cabe destacar, que la jurisprudencia ha considerado en pocas ocasiones la procedencia de aplicar la Ley de Usura al contrato de *lease-back*. Por el contrario, el Tribunal Supremo considera que esta modalidad de arrendamiento financiero no puede calificarse como un contrato de préstamo, pues se trata de una figura con carácter autónomo, reconocido legalmente y dotado de una tipicidad jurisprudencial, que no lo identifica jurídicamente con un préstamo simple¹¹¹.

En cuanto al *lease-back*, aunque no intervenga la figura de un tercero al que la entidad de leasing le adquiere el bien que será objeto del arrendamiento financiero y al seguir manteniendo las características, la finalidad económico-social que caracteriza al arrendamiento financiero, así como, su autonomía contractual frente al préstamo puro, no debería considerarse, en este caso, la posibilidad de aplicar la acción de nulidad, mencionada con anterioridad.

Entre los elementos característicos del contrato de arrendamiento financiero de retorno, que lo distinguen de la concepción del préstamo puro, destacan, entre otros, los siguientes¹¹²:

- a) La naturaleza del arrendador financiero, como ocurre en el caso de Seudbank, S.A., como una empresa de arrendamiento financiero, en cuyo objeto social figura la celebración de contratos de leasing. Además, esta sociedad de leasing cumple con el requisito exigido de constar inscrita en el Registro de Sociedades de arrendamiento financiero del Banco de España.
- b) La existencia de una compraventa previa, ligada al *lease-back*, como presupuesto necesario para que se produzca una efectiva transmisión de la propiedad a favor del arrendador financiero. Tal y como ocurre con la venta a Seudbank, S.A. de la nave industrial situada en A Coruña, por parte de la empresa de transportes.

Cabe destacar que la acción de nulidad no solamente prosperaría en el supuesto de considerarse que, el contrato llevado a cabo entre las partes de nuestro caso, se asimilara a un contrato de crédito. La inclusión en el ámbito de la acción de nulidad del artículo 1.1 de la Ley de Usura, también se produciría en aquellos contratos de *lease-back* en los que concurra una desproporción entre los intereses de demora exigidos y el volumen económico del préstamo, así como, en los supuestos de que el

¹¹¹ STS de 17 de marzo de 1998 [RJ 1998\1351].

¹¹² DÍAZ ROMERO, M. R.: *Leasing inmobiliario y transmisión de la propiedad en Europa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009, p. 211.

contrato fuera suscrito para mitigar una situación económica comprometida del arrendatario:

- En primer lugar, en el contrato de *lease-back* firmado por Translogic, S.A. y Seudbank, S.A., se establece un interés aplicado por demora que asciende al 2% mensual. Para poder declarar la nulidad de pleno derecho del contrato de *lease-back*, sería necesario acreditar que el interés pactado se pudiese calificar de usurario; teniendo en cuenta, por ejemplo, el interés establecido en operaciones similares. Según establece la jurisprudencia, este tipo de interés se encuentra dentro de los márgenes habituales de la práctica mercantil¹¹³, por lo que, declarar la nulidad en base a dicha consideración se reputaría complicado.
- En segundo lugar, la acción de nulidad del contrato podría estimarse, si la actora demostrara que, debido a la precaria situación económica existente en la empresa de transportes; su verdadera intención no sería conseguir liquidez, sino llevar a cabo un negocio simulado, para ocultar un préstamo puro con el que efectuar el pago de las deudas pendientes. En este caso, la jurisprudencia suele determinar que no estamos ante un fundamento de tal relevancia, que pueda provocar por sí solo, la declaración de nulidad del contrato en cuestión.

En resumen, y, tras los argumentos legales, doctrinales y judiciales¹¹⁴ expuestos previamente, consideramos que la declaración de nulidad del contrato suscrito por la empresa de arrendamiento financiero Seudbank, S.A. y Translogic, S.A. no podría considerarse procedente.

4. Posibles vías de actuación por parte de Seudbank, S.A. en el supuesto de actuación de Translogic, S.A.

En el supuesto de que la empresa Translogic, S.A., dedicada al transporte de mercancías en el norte de España, llevara a cabo acciones legales como la interposición de una demanda instando la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato de *lease-back*, la entidad financiera Seudbank, S.A. dispone de varias vías a explorar, en este sentido.

La vía más aconsejable para la entidad financiera, consistiría en promover una demanda reconvenzional, solicitando una acción de resolución por incumplimiento del contrato.

La reconvencción es una potestad que el artículo 406.1 LEC le otorga al demandado en un proceso civil, permitiéndole formular la pretensión o pretensiones que crea oportunas, respecto del demandante. La reconvencción debe proponerse a continuación de la contestación a la demanda propuesta por Translogic, S.A, teniendo que ser conexa con la causa solicitada y explícita, es decir, aparecer en el escrito de la contestación con sus propios hechos, fundamentos de derecho y suplico. En ningún caso, se considerará formulada reconvencción cuando el demandado solicite su absolución respecto de las peticiones de la demanda principal.

¹¹³ STS de 2 de febrero de 2006 [RJ 2006\494].

¹¹⁴ Sobre este tema véase también, BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, M.P.: *Arrendamiento financiero, aspectos contractuales y concursales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 109-132 y pp.221-266.

La acción de resolución ejercitada en la reconvención formulada, se fundamenta en el párrafo segundo del artículo 1124 CC. El perjudicado puede solicitar el cumplimiento del contrato o, en su caso, optar por la resolución del mismo; pudiendo en ambos casos solicitar una indemnización por daños y perjuicios. Con respecto a este artículo, lo relevante para nuestro caso, se encuentra en el último inciso del párrafo segundo del 1124 CC.

Después de que Translogic, S.A dejara de cumplir la obligación devenida del contrato de *lease-back*, de hacer efectivo el pago de las cuotas correspondientes; la entidad financiera decidió interponer demanda ejecutiva solicitando el despacho de ejecución, para requerir el pago por parte del arrendatario financiero y, en su caso, el inicio del procedimiento de apremio, hasta la obtención de la cantidad reclamada.

En este sentido, cabe destacar que la jurisprudencia sostiene que serán compatibles de forma subsidiaria las peticiones de resolución y de cumplimiento¹¹⁵; pudiendo, en nuestro caso, incoar un proceso en el que se pretenda resolver el contrato de *lease-back*, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1124 CC, a pesar de que ya exista un proceso de ejecución solicitando el cumplimiento del contrato. En el caso del proceso ejecutivo promovido por Seudbank, S.A., en el que ya ha recaído sentencia firme, sería necesario probar que la ejecución forzosa no ha sido posible; o, en otras palabras, para poder presentar la reconvención solicitando la resolución del arrendamiento financiero es necesario que se demuestre que el cumplimiento por el que se optó en un principio, ha devenido imposible¹¹⁶.

En cuanto al cumplimiento solicitado por la entidad financiera no consta que en el pleito ejecutivo se hiciera efectiva la deuda. Esta información no es suficiente para acreditar que el cumplimiento del contrato ha sido totalmente imposible, por lo que, para que sea estimada la reconvención que solicita la resolución del contrato, es necesario que Seudbank, S.A., como ya se ha explicado con anterioridad, acredite que el cumplimiento del contrato es imposible.

¹¹⁵ STS de 4 de febrero de 2003 [RJ 2003\846].

¹¹⁶ STS de 29 de mayo de 2000 [RJ 2000\3944].

CONCLUSIONES

Tras analizar todas las cuestiones jurídicas del presente caso, es posible extraer las conclusiones, que nos permitan tener una visión más clara de los asuntos expuestos anteriormente.

En primer lugar, respecto de las prácticas llevadas a cabo por los fabricantes de camiones rígidos y cabezas tractoras, es necesario destacar la importancia que esta cuestión tendrá en la práctica jurídica real. Tras las últimas decisiones publicadas por la Comisión Europea, se espera la proliferación de reclamaciones sobre los problemas que han sido abordados en este trabajo.

Tal y como se ha mencionado en la introducción, el presupuesto esencial de la economía de mercado es asegurar la libre competencia entre los distintos operadores económicos, que desarrollan su actividad en un ámbito concreto de la economía, como ocurre en esta ocasión. Con respecto a este argumento, podemos deducir la importancia que nuestro caso tendrá en el contexto jurídico actual.

La actuación llevada a cabo por los fabricantes de camiones debe ser considerada como una práctica restrictiva de la competencia de carácter horizontal, definida por la LDC como un cártel de fijación de precios. Para lograr esta cooperación, los integrantes del cártel realizaban reuniones periódicas cuyo objetivo, desde el año 1997, había sido la fijación de los precios brutos de los camiones, logrando así reducir la incertidumbre sobre el comportamiento futuro del mercado. Cabe destacar que estos acuerdos se lograron a través de intercambios de información detallada, sobre los precios brutos de los distintos modelos comercializados por cada una de las empresas. Por lo tanto, dichos intercambios de información deben ser considerados como una herramienta facilitadora de la restricción de la competencia, siendo una parte accesoria de este cártel.

Las compañías participantes en el acuerdo horizontal representan el 80% del mercado, en relación con el diseño, fabricación y venta de elementos de transporte. Como se ha expuesto, la Comunicación de *minimis* de la Comisión Europea, establece que no se aplicarán las normas de defensa de la competencia a los acuerdos entre empresas competidoras, cuya cuota conjunta de mercado no supere el 10%, al ser considerados de menor importancia. Este precepto no será de aplicación al acuerdo entre los fabricantes, pues su cuota supera con creces el mencionado porcentaje y, además, al calificar dichas conductas como un cártel de fijación de precios, no podrán entenderse de menor importancia. Por lo tanto, en el caso objeto de estudio, debe aplicarse de manera efectiva la legislación sobre defensa de la competencia.

Respecto a los acuerdos entre los fabricantes y distribuidores, cabe mencionar su consideración como una práctica vertical llevada a cabo por empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción o, como en este supuesto, de distribución.

En diversas ocasiones, la legislación y las autoridades de defensa de la competencia han considerado que, otorgar al distribuidor un porcentaje de las ventas que realizase el fabricante, como condición para mantener un precio de reventa fijo; así como, indicar los niveles máximos de descuentos permitidos en los productos ofertados, deben ser considerados como acuerdos verticales restrictivos de la competencia. Por lo tanto, siguiendo esta línea, debemos calificar el pacto entre los fabricantes y sus distribuidores como una restricción vertical.

En segundo lugar, la dirección de la compañía de transportes Translogic, S.A., tendrá legitimación activa para iniciar una reclamación por daños y perjuicios, como consecuencia de la adquisición de una flota total constituida por 25 camiones, durante los años de duración del cártel de fijación de precios. En este sentido la Directiva 2014/104/UE de acciones de daños derivados de ilícitos antitrust habilita a cualquier persona que haya sufrido un perjuicio por alguna infracción del Derecho de la Competencia, a ejercer esa potestad frente a la empresa o empresas que lo hayan ocasionado. En cuanto a la legitimación pasiva, tanto la legislación nacional, como la comunitaria, determinan que los infractores del Derecho de la Competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados: por este motivo y, en nuestro caso, las empresas cuyo objeto de negocio es la fabricación de camiones, serán responsables de los daños que hayan ocasionado a los consumidores de dichos productos.

En tercer lugar, para la solicitud de la citada indemnización, Cayetana, directora de la mercantil Translogic, S.A. posee, principalmente, dos vías de actuación. Por un lado, podrá iniciar un proceso extrajudicial de reclamación de daños y perjuicios ocasionados por las prácticas colusorias expuestas. La normativa en materia de competencia, parece inclinarse hacia este tipo de resolución, la cual permite una compensación rápida y efectiva de las víctimas; estableciendo una serie de beneficios para las partes que opten por acogerse a este sistema: en primer lugar, para facilitar que los sujetos infractores accedan a la vía extrajudicial, se prohíbe al perjudicado instar una ulterior reclamación de los daños que no hubieran sido cubiertos por el acuerdo y, en segundo lugar, esta vía permite a la parte perjudicada reducir los costes de la reclamación, así como, interrumpir el plazo de prescripción de dicha acción. Por otro lado, Cayetana podrá acudir a la vía judicial para reclamar los daños y perjuicios derivados del cártel de fijación de precios.

En cuarto lugar, respecto a la calificación de la conducta llevada a cabo por el director y administrador de la compañía FIAT Chrysler España, debemos tener en cuenta la multitud de litigios con gran repercusión mediática que ha generado este asunto en los últimos años, tanto en el ámbito público como en el privado. Conforme a la legislación mercantil y, como ya ha sido señalado, D. Fernando S. no ha cumplido con los deberes inherentes a su cargo, establecidos principalmente en la LDC y el CdC. En este sentido, cabe destacar que el administrador de FIAT no ha obrado de buena fe, ni en el mejor interés de la sociedad, sino que, al anteponer sus intereses personales en dicha actuación ha entrado en un conflicto con el interés social y, en general, con los deberes mencionados

con anterioridad. Como consecuencia a este comportamiento, deberá responder frente a la sociedad, a los socios y frente a los acreedores sociales; indemnizando el daño causado y devolviendo al patrimonio social el enriquecimiento injusto obtenido en estas circunstancias. Ya en la vía penal, la conducta de D. Fernando S. puede ser sancionada por un concurso real entre el delito de administración desleal, regulado en el artículo 252 CP y el tipo penal de falsedad documental, incluido en el artículo 290 CP; ya que, para ocultar la administración desleal realizada, falseó el balance de situación de la compañía mercantil. En cuanto al concurso de estos dos delitos, se debe tener presente que, en ocasiones, los tribunales optan por un concurso de leyes en favor del artículo 290 CP, considerando que la falsedad en la contabilidad se utiliza como medio de realización de la administración desleal.

Por último, el contrato de *lease-back* concertado entre la empresa Translogic, S.A. y la entidad financiera Seudbank, S.A. no podrá ser considerado como un tipo contractual nulo, por la aplicación del artículo 1, párrafo primero, de la Ley de Usura. En esta línea, el Tribunal Supremo no considera que esta modalidad de arrendamiento financiero pueda ser considerado como un préstamo simple a los efectos del mencionado precepto, ya que, el *lease-back* posee la suficiente entidad para ser reconocido como una figura autónoma, dentro del ordenamiento jurídico. Por otra parte, el interés de demora mensual establecido en este contrato, no puede ser calificado como usurario, ya que, la jurisprudencia considera que este tipo porcentual se encuentra dentro de los márgenes habituales de dichas prácticas. Por estos y otros motivos analizados, el referido contrato de *lease-back* no podría ser declarado nulo. En lo relativo a las vías de las que dispone Seudbank, S.A., ante una posible actuación de Translogic, S.A., consideramos que lo más pertinente sería la interposición de una demanda reconvencional, solicitando la resolución del contrato, por incumplimiento de la otra parte. Para poder presentar la mencionada reconvención será necesario que la entidad financiera demuestre que el cumplimiento del contrato, por el que optó previamente al incoar un procedimiento ejecutivo, no ha sido posible. En caso contrario, no serán compatibles la petición de cumplimiento y resolución del contrato de *lease-back*.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, M.P.: *Arrendamiento financiero, aspectos contractuales y concursales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- BACHES OPI, S.: *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- BUSTO LAGO, J.M.: *Reclamaciones de consumo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- CASTELLANOS GARCÍA, P. y SÁNCHEZ SANTOS, J.M.: “Política económica de competencia”, en AA VV, *Políticas económicas estructurales y de competitividad* (GARGÍA RECHE, A. y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- COSTAS COMESAÑA, J.: “Prohibición de acuerdos colusorios”, en AA VV, *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español* (BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- DÍAZ ROMERO, M. R.: *Leasing inmobiliario y transmisión de la propiedad en Europa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009.
- DÍEZ ESTELLA, F.: “La escasez de acciones de daños y perjuicios derivadas de cárteles en España... ¿por qué?”, en AA VV, *La lucha contra los cárteles en España* (PORRAS BELARRA, J., Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- FRANCÉS LECUMBERRI, P.: *El delito de falsedad documental societaria y la contabilidad creativa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F.: “Fundamentos del derecho de la libre competencia”, en AA VV, *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español* (BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F.: “Los retos de la política de clemencia europea ante el incremento de las reclamaciones de daños y perjuicios por la infracción del Derecho de la Competencia”, en *Revista Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, Tomo XXVI, Madrid, 2005.

- GÓMEZ SEGADE, J.A.: “Concepto e finalidades do dereito de defensa da competencia: Especial referencia á promoción da competencia en tempos de crise”, en AA VV, *El Derecho de la Competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores* (VÁZQUEZ PENA, M.J., Dir. y Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, M.I.: “El contrato de sale and lease back”, en AAVV, *Contratos mercantiles, 5ª ed.*, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- LOMA-OSORIO LERENA, D. y GONZÁLEZ-PANIZO TAMARGO, A.: “Marco normativo e institucional del Derecho de la Competencia”, en AA VV, *Tratado de Derecho de la Competencia* (LOMA-OSORIO LERENA, D., Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F.: “Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (TFUE y LDC): ¿Es infractor quien facilita la comisión de las conductas prohibidas?”, en *Revista Anuario de la Competencia*, Madrid, 2016.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F.: “Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la sentencia del juzgado mercantil nº 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014 (MUSAAT v. ASEFA, CASER y SCOR), en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 16, Madrid, 2015.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F.: “La aplicación privada del derecho de la competencia por los tribunales españoles”, en *Revista ICE*, núm. 876, Enero-Febrero 2014.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *El Delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A.: *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- ORTIZ BLANCO, L.: *Manual de Derecho de la Competencia*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.
- PARRA LUCÁN, M.A.: “El leasing en la jurisprudencia”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Volumen II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1994.
- PEÑA LÓPEZ, F.: *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil Volumen II*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
 - RETORTILLO ATIENZA, M.O.: “Intercambios de información entre competidores”, en AA VV, *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Ed. Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014.
 - RUSCA NADAL, J.O.: “El delito de administración desleal”, en AA VV, *Actualidad penal 2017*, (ORTEGA BURGOS, E., Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
 - TUDOR, E.C.: *Acciones de indemnización por ilícitos competitivos y cuantificación de daños*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
 - URREA SALAZAR, M. J.: “Algunas consideraciones acerca del contrato de lease-back”, en *Revista jurídica Economist & Jurist*, 2017.
- VALDÉS BURGUI, A.: “Intercambios de información entre competidores y su posible calificación como cárteles”, en AA VV, *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia, Anuario 2014* (RECUERDA GIRELA, M.A., Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- Tribunal Constitucional
 - STC de 16 de abril de 2012 [RTC 2012\71].
 - STC de 11 de noviembre de 1999 [RTC 1999\208].
 - STC de 30 de noviembre de 1982 [RTC 1982\71].
- Tribunal Supremo
 - STS de 28 de enero de 2013 [RJ 2013\1948].
 - STS de 2 de febrero de 2006 [RJ 2006\494].
 - STS de 4 de febrero de 2003 [RJ 2003\846].
 - STS de 7 de marzo de 2013 [RJ 2013\3279].
 - STS de 17 de marzo de 1998 [RJ 1998\1351].
 - STS de 15 de abril de 2010 [RJ 2010\3536].
 - STS de 24 de abril de 2009 [RJ 2009\3167].
 - STS de 29 de mayo de 2000 [RJ 2000\3944].
 - STS de 2 de junio de 2000 [RJ 2000\5092].
 - STS de 8 de junio de 2012 [RJ 2012\9317].
 - STS de 22 de junio de 2006 [RJ 2006\4712].
 - STS de 13 de julio de 2006 [RJ 2006\4967].
 - STS de 27 octubre 2015 [RJ 2015\5587].
 - STS de 7 de noviembre de 2013 [RJ 2014\487].

- STS de 10 de noviembre de 2015 [RJ 2016\96].
 - STS de 12 de noviembre de 2014 [RJ 2014\6331].
 - STS de 20 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8615].
 - STS de 14 de diciembre de 2015 [RJ 2015\5820].
 - STS de 22 de diciembre de 2008 [RJ 2009\162].
- Otros tribunales
 - SAP de Madrid de 5 de marzo de 2009 [JUR 2009\236559].
 - SAN de 2 de abril de 2014 [JUR 2014\114626].
 - Resolución S/0086/08: Peluquería Profesional.
 - RCNC de 30 de julio de 2009, Exp. 490/00.
- Tribunales europeos
 - STJCE, de 19 de marzo de 1991, [TJCE 1991\156].
 - STJCE de 28 de mayo de 1998 [RJ 1998\121].
 - STJCE de 13 de julio de 2006 [TJCE 2006\204].
 - STJCE de 13 de julio de 2006 [TJCE 2006\208].
 - STJCE de 20 de septiembre de 2001, [TJCE 2001\238].
 - STJCE de 21 de septiembre de 2006, [TJCE 2006\265].

APÉNDICE LEGISLATIVO

- Legislación española
 - Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.
 - Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
 - Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.
 - Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
 - Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
 - Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las Entidades de Crédito.
 - Ley 28/1998, de 13 de julio, de Ventas a plazos de Bienes Muebles.
 - Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil.
 - Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
 - Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.
 - Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
 - Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
 - Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Legislación comunitaria

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010.
- Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, de 5 de febrero de 2004.
- Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.
- Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, de 14 de enero de 2011.
- Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de *minimis*).
- Reglamento Comunitario 330/2010, de 20 de abril relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.
- Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales, de 19 de mayo de 2010.
- Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.
- Recomendación 2013/396/UE de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión.