



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

El cártel de camiones y
las restricciones a la
competencia

Autora: Xulia Piñeiro Rodríguez

Tutor: Rafael Colina Garea

**Simultaneidad del Grado en Derecho y el Grado en
Administración y Dirección de Empresas**

Año 2018

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña para la obtención del Grado en Derecho

INDICE SUMARIO CON PAGINACIÓN

I.	INDICE DE ABREVIATURAS	2
II.	FUNDAMENTOS DE HECHO	3
III.	CONSIDERACIONES PREVIAS	6
IV.	DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA	7
1.	Conductas Colusorias	9
A)	<i>Acuerdos entre fabricantes</i>	10
B)	<i>Acuerdos entre fabricantes y distribuidores</i>	12
C)	<i>La prueba y las sanciones</i>	14
2.	Derecho Privado de la Competencia	14
A)	<i>Doctrina del paraguas “umbrella pricing”</i>	15
B)	<i>El ejercicio de acciones en reclamación de daños</i>	19
a)	<i>Acciones Follow-on</i>	20
b)	<i>Acciones Stand alone</i>	21
V.	DE LA CONDUCTA DEL ADMINISTRADOR	23
1.	Efectos mercantiles	23
2.	Efectos penales	24
A)	<i>De la falsedad documental</i>	24
B)	<i>De la apropiación indebida y administración desleal</i>	26
a)	Según el Código Penal de 1995.....	26
b)	Según el Código Penal actual.....	27
c)	Calificación delictual.....	28
VI.	DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO	31
1.	Ley de Represión de la Usura	32
A)	<i>Interés superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso</i>	33
B)	<i>Contrato leonino</i>	34
2.	Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de Protección a los Consumidores	35
VII.	CONCLUSIONES	37
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	40
IX.	NORMATIVA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA	42
X.	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	44
XI.	APÉNDICE DE RESOLUCIONES	46

I. INDICE DE ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Comisión Europea
Cit.	Citado
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación
CNC	Comisión Nacional de Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CP	Código Penal
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Dir.	Director
Dirs.	Directores
Ed.	Editorial
EM	Estado Miembro
Exp.	Expediente
LCD	Ley de Competencia Desleal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
núm.	Número
p.	Página
pp.	Páginas
Rev.	Revisado
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

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 las 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?

III. CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente trabajo se va a dividir en tres bloques: el Derecho de la Competencia, el análisis penal de la conducta del administrador y finalmente, descripción del contrato de arrendamiento financiero y posibilidades de instar su nulidad.

En el primero de ellos trataremos de delimitar si nos encontramos ante una conducta colusoria y más concretamente, ante un cártel de precios. Posteriormente trataremos las acciones privadas de reclamación de daños y perjuicios que se derivan de una conducta contraria al buen funcionamiento del mercado. Explicaremos el alcance de las normas que protegen la libre competencia y diferentes doctrinas como la *umbrella effects*, para justificar la aplicación de las leyes a supuestos que se salen de la intención del propio cártel.

El segundo apartado versará sobre la posible concepción delictual de la conducta llevada a cabo por un administrador societario. Así será determinante aclarar la temporalidad de la acción llevada a cabo por el sujeto activo ya que en el año 2015 tuvo lugar una reforma sustancial de Código Penal. Seguidamente se entrará en una discusión acerca de la delimitación de los artículos 252 y 295 del antiguo Código Penal. Se terminará por decidir qué tipos infringe con su debida argumentación.

En el tercer bloque se justificará la aplicación de la Ley de Usura a un arrendamiento financiero. Se darán razones a favor de la consideración como usuarios de los intereses de demora siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo. Para terminar con este apartado veremos unas pinceladas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de la Ley de Protección a los Consumidores, tan importantes en este tiempo y para estos contratos financieros.

Para rematar expondremos unas breves conclusiones.

IV. DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La regulación de la competencia entre empresarios comienza por reconocer la libertad de empresa en la Constitución Española de 1978¹. Es en la exposición de motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia², en la que se declara 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 en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.” La libre competencia considerada dentro de una economía de mercado hace posible que cualquiera que quiera penetrar en el mercado tenga acceso y que no existan trabas a la entrada de nuevos operadores. Ello implica que todos los intervinientes tengan que estar sujetos a las mismas reglas. Competir requiere estar actualizado, ofrecer los mejores productos o servicios y el mejor precio. No es de extrañar que dichos esfuerzos se relajen y los operadores busquen eliminar o restringir dicha rivalidad.³ Por tanto, la libre competencia es un principio que la ley debe tutelar. Así lo hace, cuando sanciona determinados comportamientos prohibidos y cuando reconoce órganos administrativos independientes que garanticen “que la lucha económica discurra dentro de unos cauces de lealtad”⁴.

Existen dos dimensiones si se habla de regulación en esta materia: la comunitaria y la nacional. Ambas se superponen en numerosas cuestiones pues la segunda bebe de la primera. Son coincidentes en los principios rectores, en la sistematización normativa y en que encomiendan su aplicación a órganos administrativos. Los órganos jurisdiccionales también tienen competencias en cuanto a las normas sobre conductas prohibidas (derecho privado), pero siempre aplicadas sobre un litigio en concreto. En el sistema comunitario será la Comisión Europea el órgano competente para aplicar los artículos 101 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵; en España, es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Son los únicos entes que pueden imponer multas coercitivas o sancionatorias, acciones de cesación de conductas prohibidas y declarar la nulidad de los acuerdos, decisiones o recomendaciones colusorias⁶.

La divergencia entre las regulaciones expuestas viene dada por el espacio de aplicación normativa. El Ordenamiento Jurídico comunitario es supranacional y en esta materia, es además, de aplicación directa (en España por la CNMC y por los tribunales nacionales). Es recurrente en todo el texto normativo la expresión “mercado común”. Siguiendo las palabras del catedrático Bercovitz Rodríguez-Cano, “además de tratar de proteger la competencia, la legislación comunitaria pretende la integración de los diferentes mercados nacionales en un mercado único. Así ocurre, por ejemplo, en la prohibición de aquellos acuerdos restrictivos de la competencia que impiden o dificulten las exportaciones o importaciones entre los Estados miembros”. El carácter de primacía de la regulación comunitaria en caso de conflicto no obsta a que exista un criterio objetivo

¹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante Constitución Española. Véase el artículo 38.

² BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007; en adelante LDC.

³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. “Protección de la libre competencia” en *Apuntes de Derecho Mercantil, Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y propiedad industrial*. Ed. Thomson Reuters. Cizur Menor 2013, p. 295.

⁴ SANCHEZ, CALERO, F. “Regulación de la competencia” en AA.VV. *Principios de Derecho Mercantil Tomo I*. J. Sánchez-Calero Guilarte (rev). Ed. Thomson-Reuters. Cizur Menor 2014, p. 97.

⁵ DOUE núm. 83 de 30 de marzo de 2010; en adelante TFUE.

⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. “Protección de la libre competencia”, cit. p. 356.

delimitador a la hora de la aplicación, ya que es posible que ciertas conductas restrictivas de la competencia estén tipificadas en uno y otro ordenamiento. Este criterio presenta un carácter objetivo y será la afectación o no, al comercio entre Estados miembros. Se interpreta en un sentido amplio. La línea que ha seguido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en numerosas sentencias⁷ ha desembocado en la Comunicación de la Comisión en la que se establecen las directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 101 y 102 del TFUE⁸. Resumiendo dicha orden, para que se afirme que una práctica afecta al comercio del mercado común, tendrán que observarse dos criterios cuantitativos: la cuota de mercado de las empresas participantes (en términos absolutos y relativos) y el volumen de ventas. Lo anterior no es tajante, ya que por la propia naturaleza de los acuerdos puede entenderse afectado el mercado común. Por tanto, para determinar aquellas conductas susceptibles de perturbar el comercio europeo⁹, habrá que analizar caso por caso. Aun así, la propia Comisión acepta que es más sencillo establecer y tasar determinados comportamientos que no afectan al comercio de los estados miembros¹⁰. Dicha Comunicación, delimita también el ámbito de aplicación del 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 101 y 102 del Tratado¹¹.

Por la contra, el concepto de afectación al mercado nacional se refiere a aquellas prácticas que produzcan o puedan producir efectos en el mercado español, con independencia de que los hechos hayan ocurrido en otro país, o que los operadores económicos sean extranjeros¹². La concurrencia de la aplicación de la ley nacional y de la ley comunitaria o de una de las dos, no está del todo clarificada. Dos doctrinas son aplicables al conflicto. En primer lugar, la doctrina de barrera única refiriéndose a la supremacía de la normativa europea y por tanto la no aplicación de la ley nacional; en segundo lugar, la doctrina de doble barrera que aplica conjunta y paralelamente las dos legislaciones. Esta es la doctrina que sigue el TJUE desde la sentencia conocida como *Walt Wilhem*. En ella se recoge que:

Mientras no disponga otra cosa un Reglamento aprobado en virtud de la letra e) del apartado 2 del artículo 87 del Tratado, las autoridades nacionales pueden intervenir contra una práctica colusoria, aplicando su Derecho interno sobre competencia, aun cuando el examen de dicha práctica, desde el punto de vista del Derecho comunitario, esté pendiente ante la Comisión, con la salvedad, no obstante, de que esta aplicación del Derecho nacional no puede menoscabar la aplicación plena y uniforme del Derecho comunitario y los efectos de los actos de ejecución de éste. Si por concurrir procedimientos paralelos se llegara a una acumulación de sanciones, una exigencia general de equidad requeriría que se tuviera en cuenta cualquier decisión sancionadora anterior al determinar la sanción que en su caso se impusiera.¹³

⁷ Véanse STJUE caso Binon, de 25 de marzo de 1985, (EU:C:1985:284); STJUE caso del cártel holandés del cemento de octubre de 1972, 243/83, (EU:C:1985:284).

⁸ DOUE núm. 101, de 27 de abril de 2004; en adelante Comunicación C/101 de 27 de abril.

⁹ Entendiendo comercio en sentido amplio: impacto en la actividad económica transfronteriza que repercuta por lo menos en dos estados miembros.

¹⁰ La doctrina de *minimis* refleja esta idea. Existen determinadas conductas que por su bajo grado de afectación al comercio europeo, no están prohibidas. El punto 52 de la Comunicación C/101 de 27 de abril recoge dos situaciones en las cuales considera que el comercio de la UE no se ve afectado de manera apreciable.

¹¹ DOUE núm. 1 de 4 de enero de 2003; en adelante el Reglamento 1/2003 del Consejo.

¹² SANCHEZ, CALERO, F. "Regulación de la competencia", cit. p. 99.

¹³ STJCE de 13 de febrero de 1969, (as. 14/68).

Esta cuestión es resuelta finalmente por el artículo 3 del reglamento CE 1/2003: “Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 101 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 101 del Tratado.” Este reglamento consagra la descentralización de la aplicación del derecho comunitario a todos los Estados miembros y garantizar así la efectividad de los artículos 101 y 102 del TFUE¹⁴.

Tanto TFUE¹⁵ como la LDC¹⁶ prohíben la realización de tres tipos de conductas restrictivas de la competencia: los acuerdos o prácticas colusorias, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la competencia por actos desleales. A continuación desarrollaremos la primera de ellas por ser la que concierne a este trabajo.

1. Conductas Colusorias

La LDC comienza en su artículo primero, abordando las prácticas colusorias. No son más que aquellos acuerdos entre empresarios, expresos o tácitos, que tiendan o tengan por objeto o efecto el restringir la competencia en todo o en parte del mercado nacional. Para poder calificar este tipo de actos se tienen que dar tres elementos fundamentales: la existencia de colusión, que efectivamente se produzca una restricción de la competencia y que se afecte al mercado nacional. Estos elementos del tipo se recogen en el artículo 1 de la LDC.

La colusión es un concepto amplio, que abarca desde los acuerdos escritos o verbales de varios operadores económicos, hasta las conductas conscientemente paralelas, pasando por las prácticas concertadas. A efectos prácticos, los dos últimos comportamientos son los que presentan mayores dificultades probatorias al tratarse de acuerdos tácitos e incluso, en ocasiones, sin mediar ningún tipo de pacto. En cambio, en el caso de los acuerdos, se caracterizan por ser intercambios de voluntades entre operadores económicos que restrinjan o pueda restringir la competencia. Es necesario que el acuerdo se produzca entre empresas u operadores que no formen parte del mismo grupo, ya que, en ese caso, no serían competidores. Los cárteles son el paradigma de esta idea. Se definen por acuerdos secretos entre empresas que se dedican a la misma actividad y que tratan de fijar precios, repartirse el mercado o limitar el control de producción, distribución y desarrollo técnico¹⁷.

La restricción de la competencia tiene que producirse de manera efectiva. Por tanto resulta irrelevante la intención de las partes, solo es necesario que se produzca o se pueda producir el efecto de impedir, falsear o restringir la competencia. Es un elemento objetivo.

¹⁴ GUILLÉN CARAMÉS, J. “La compleja interacción entre el Derecho Comunitario y el Derecho Nacional en la aplicación pública del Derecho de la Competencia: A propósito de los programas de clemencia.” *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 59, 2016, p. 6.

¹⁵ Véase artículo 101 y 102 del TFUE.

¹⁶ Véanse los artículos 1, 2 y 3 de la LDC.

¹⁷ ALONSO SOTO, R. “Derecho de la Competencia I”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I*. A. Menéndez, A. Rojo (dirs). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2017, p. 300.

Para la determinación del ámbito de afectación se observará el daño potencial o real de las prácticas anticompetitivas que se produzcan o puedan producirse en el mercado español o en una parte sustancial del mismo. Resulta irrelevante que los hechos se hayan sustanciado en otro territorio o que los operadores fuesen extranjeros¹⁸.

Cabe en este punto hacer referencia a que no todas las prácticas colusorias van a estar prohibidas. Aquellas conductas cuyos efectos beneficiosos superen a los perjuicios estarán permitidas, sin que sea necesaria una decisión administrativa previa. Hasta la promulgación del reglamento 1/2003 del Consejo, el control se hacía a priori. El órgano competente en la materia autorizaba la conducta, aunque cumpliera los requisitos legales para ser considerada no dañina. Actualmente, esta exención puede tener dos fundamentos: que aparezca recogida en una norma con rango de ley diferente a la LDC¹⁹, o que las propias normas que prohíben una conducta prevean situaciones en las que no aplique cuando concurren determinadas circunstancias²⁰.

A) Acuerdos entre fabricantes

Dentro de las prácticas colusorias, el artículo 1 de la LDC, sistematiza una serie de supuestos prohibidos por tener una marcada finalidad anticompetitiva: la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.²¹ Todos estos convenios son sancionados con la nulidad de pleno derecho, siempre y cuando no se encuentren amparados en alguna de las exenciones del punto tercero del mismo artículo, o sean conductas de importancia menor. A continuación analizaremos los antecedentes de hecho del caso que nos ocupa para enmarcarlo en una de las conductas colusorias mencionadas.

Lo primero que se debe destacar de los hechos es que los tres administradores trabajan para empresas de diseño, fabricación y venta de elementos de transporte. Por tanto se puede afirmar sin ningún tipo de duda que son empresas competidoras en un mismo mercado, el de camiones. Los administradores descritos se reunían para jugar al golf, conducta no tipificada por ningún Ordenamiento Jurídico. A partir del año 1997, esas reuniones comienzan a versar sobre más que golf. Empiezan a producirse intercambios directos de información a través de reuniones a puerta cerrada. Se envuelven en un ambiente de secretismo y confidencialidad que hace pensar que los sujetos eran conscientes de que sus conductas no estaban permitidas y que las conversaciones lo eran sobre temas sensibles. También se puede tener en cuenta que todos los intervinientes lo hacían de forma activa aportando todos ellos, información. La frecuencia de varias veces al año hace que se facilite el entendimiento entre todos los operadores.

¹⁸ ALONSO SOTO, R. "Derecho de la Competencia I", cit. p. 301.

¹⁹ Por ejemplo exenciones por categorías mediante reglamentos de exención, o cuando los operadores no se encuentren amparados por los mismos, que cotejen los requisitos recogidos en el artículo 1.3 LDC y 101.3 del TFUE.

²⁰ Véase artículo 4 de la LDC.

²¹ Véase artículo 1.1 de la LDC.

Como en verdad se producían intercambios de información y lo eran entre competidores reales o potenciales, se pueden denominar sin ningún tipo de duda, como acuerdos horizontales²². Dichos intercambios, no son ilícitos *per se*, incluso pueden llegar a ser beneficiosos en determinados supuestos. El problema acaece cuando se afecta a la competencia. Así, en el caso concreto, se analizará si la comunicación de los precios es o no falseamiento de la competencia.

El mercado automovilístico en general, siempre ha estado bajo la óptica de los órganos de defensa de la competencia. Ha sido objeto de diversas resoluciones de la CNMC relativas a los concesionarios automovilísticos, a las empresas distribuidoras y similares²³. Estudiando el mercado de camiones se puede decir que es un mercado concentrado en donde las marcas protagonistas del caso ostentan el 80% de la cuota de mercado agregada europea. Esto solo hace acentuar más todavía la conducta restrictiva de la competencia²⁴. Examinando la dinámica de las reuniones, se observa que es en ese momento en el que se deciden los precios de las cabezas tractoras. Por su propia naturaleza, este acuerdo supone una restricción de la competencia por el objeto, ya que la información intercambiada es sensible. Presenta este carácter porque se reduce la incertidumbre en el mercado y se vulnera el principio de que cada operador debe determinar de manera libre, independiente y autónoma, su política comercial²⁵. El precio ya no vendrá fijado por las leyes del libre mercado.

Queda justificado que se ha producido objetivamente la conducta colusoria de fijación de precios. Ahondando más en las fuentes legislativas, la LDC identifica como cártel “todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”²⁶. Así el previo intercambio de información entre los administradores solo es un medio para lograr la fijación de precios y construir así un cártel. Se comete por tanto, una infracción única y continuada tal y como se reconoce la jurisprudencia europea y española²⁷.

En el caso concreto, las conductas están tipificadas tanto en la normativa comunitaria como en la española²⁸. Al ostentar el cártel el 80% del mercado europeo, el ilícito trasciende de las fronteras nacionales, para afectar a todo el mercado europeo. Es una cuota de mercado relevante y por tanto afecta de forma apreciable al comercio comunitario. Se tipifica la misma conducta por dos ordenamientos jurídicos diferentes, dando como resultado la aplicación del artículo 3.1 del Reglamento CE 1/2003.

Hay que destacar que el cártel por fijación de precios es la práctica restrictiva de la competencia que con más frecuencia se da en la práctica. La CNMC señala que “la lucha

²² Véase el artículo 1.1 de la Comunicación de la Comisión Europea de 14 de enero de 2011 sobre las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal.

²³ Resolución C.N.M.C., de 28 de julio de 2016, (Expte. SAMAD/09/2014 Concesionarios NISSAN)

²⁴ FAURA ENRIQUEZ, P VALDÉS BURGUI, A. “Intercambios ilícitos de información entre competidores: límites y conexión con los cárteles y la clemencia”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº32, marzo 2013, p 10.

²⁵ Resolución C.N.C. de 27 de mayo de 2011, (Expte. S/0128/09 Fabricantes de Envases Hojalata).

²⁶ Véase la disposición adicional cuarta de la LDC.

²⁷ DOUE núm. 353, de 13 de diciembre de 2006, en adelante Decisión de la Comisión de 3 de mayo de 2006 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y con el artículo 53 del Acuerdo EEE; CNC resolución de 28 de julio de 2010 S/0091/02, en adelante, asunto Vinos finos de Jerez.

²⁸ Véase artículo 1 LDC y 101 del TFUE.

contra los cárteles continúa siendo la prioridad número uno de la Autoridad de competencia española en el ámbito de persecución de conductas prohibidas al ser las más dañinas para el consumidor y las empresas²⁹.

B) Acuerdos entre fabricantes y distribuidores

Una vez analizada la tipicidad y antijuridicidad de los acuerdos horizontales del caso práctico es el turno de dilucidar si en verdad existen también acuerdos verticales.

Estos acuerdos se encuentran también prohibidos puesto que también restringen la competencia. Cabe hacer dos distinciones preliminares. Los distribuidores de camiones pueden ser concesionarios oficiales de una marca o multimarca, o distribuidores del fabricante (filiales). Si nos situamos en este último caso, no existiría acuerdo vertical ya que la propia persona jurídica sería distribuidor y proveedor al mismo tiempo.

El contrato de distribución se caracteriza porque el distribuidor asume el riesgo; compra y vende las mercancías del fabricante en nombre propio³⁰. En nuestro país, la distribución del mercado automovilístico suele caracterizarse como selectiva, es decir, permite limitar el número de distribuidores y establecer unos criterios de selección cualitativos para preservar la calidad y solvencia de las empresas integradas en la red. Los concesionarios son pequeñas y medianas empresas que se dedican a la distribución, venta y servicio posventa de automóviles de un fabricante o importador como empresarios independientes, actuando en su propio nombre y bajo su responsabilidad y riesgo, dentro de la zona o área territorial que le haya asignado su proveedor.³¹ Así el funcionamiento del mercado es el siguiente: el fabricante establece un precio franco de fábrica sobre el que los distribuidores adquieren el camión con un descuento. El fabricante también suele recomendar un precio de venta al público, pero este es optativo y cada distribuidor puede vender su mercancía al precio que considere. Con los descuentos sucede algo similar; el fabricante propone un descuento según el modelo, año, geografía o cliente final y el distribuidor tiene que aportar parte a ese descuento. Todo ello es discrecional, el fabricante solo puede realizar recomendaciones al distribuidor³². Una que vez que las recomendaciones se convierten en imposiciones hay que analizarlo más pormenorizadamente.

Las prohibiciones de conductas colusorias que se encuentran en la Ley pueden estar permitidas en determinados casos: cuando exista un amparo legal, cuando se trate de conductas de importancia menor o cuando exista una declaración de inaplicabilidad³³.

La primera de las dispensas carece de explicación debido a la literalidad de las palabras. Así, el sector del automóvil está sujeto a reglamentos específicos de exención por categorías³⁴. El referente será Reglamento (CE) nº1400/2002 de la Comisión de 31 de

²⁹ CNMC. “Actuaciones competencia - Año 2017”. p. 2.

³⁰ STS 15 de marzo de 2011, (RJ 2011\3321).

³¹ CNMC resolución de 28 de julio de 2016, (Expte. SAMAD/09/2014 Concesionarios NISSAN).

³² CNMC resolución de 28 de abril de 2016, (Expte. S/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET).

³³ ALONSO SOTO, R. “Derecho de la Competencia I”, cit. p. 304.

³⁴ DOUE núm.102, de 23 de abril de 2010, Reglamento (UE) nº330/2010, de 20 de abril de 2010, de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; DOUE núm. 129, de 28 de mayo de 2010, Reglamento (UE) nº461/2010, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE, a

julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor³⁵. Posteriormente, en el año 2010, dos reglamentos más entran en vigor en nuestro país: el Reglamento (UE) nº330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 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 concertadas³⁶ y el Reglamento (UE) nº 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, 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 en el sector de los vehículos de motor³⁷.

La segunda de las conductas que gozan de la dispensa prohibitiva opera en aquellos casos en los que falla el elemento del tipo de afectación significativa a la competencia, es decir, en conductas de importancia menor. Son conductas lícitas y no necesitan de declaraciones administrativas previas. Se acogerían, por ejemplo, aquellos acuerdos verticales cuando la cuota de mercado de cada una de las empresas competidoras no exceda del 15 por 100 en ninguno de los mercados afectados. Lo anterior se recoge en el artículo del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia³⁸.

La última dispensa, solamente la podrá realizar la CNMC por razones de interés público, bien porque no cumple los requisitos de práctica colusoria o porque cumple los requisitos que se recogen en el artículo 1.3 de la LDC.

En base a la exposición anterior, se analizarán los reglamentos de exención. Lo primero será ver que dicha conducta encaja en las definiciones y en el ámbito de aplicación que otorga la norma. La descripción que otorgan las normas es concorde con lo que sucede en el caso. El acuerdo se establece entre dos o más empresas que operan en distintos niveles desde la cadena de producción o distribución, cumpliéndose los supuestos de hecho de la definición. El ámbito de aplicación se refiere a las condiciones de compra de los vehículos de motor nuevos, considerándose compradora aquella empresa distribuidora que vende bienes o servicios. Si proseguimos leyendo, topamos con el artículo 4, que versa sobre la no aplicación de la exención a determinadas conductas. La primera de ellas se refiere a la restricción que opera por parte del proveedor al distribuidor a la hora de establecer sus precios. Esto es lo que sucede en nuestro caso práctico. A los distribuidores se les establece un precio de venta concreto, sin capacidad de aplicar descuentos o hacer ofertas. El segundo de los puntos de dispensa analizado tampoco operara ya que, además de superarse el tope cuantitativo, en el reglamento 261/2008 nos encontramos con que “no se entenderán de menor importancia las conductas entre no competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes: a) El establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que haya de ajustarse el comprador;”.

determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

³⁵ DOCE núm. 203, de 1 de agosto de 2002, en adelante el reglamento 1400/2002.

³⁶ DOUE núm. 102, de 23 de abril de 2010, en adelante el reglamento 330/2010.

³⁷ DOUE núm. 129, de 28 de mayo de 2010, en adelante el reglamento 461/2010.

³⁸ BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008, en adelante el reglamento 261/2008.

Se deduce finalmente, que sí que estamos ante una práctica de limitación a la libre competencia por los argumentos esgrimidos.

C) *La prueba y las sanciones*

Tanto los entendimientos sobre precios en sentido horizontal, como la imposición de condiciones en sentido vertical, son prácticas prohibidas por el Derecho.

La LDC sistematiza las infracciones en las que puede incurrir quien falsee la competencia, en leves, graves y muy graves. En el caso encomendado, se tendrán que distinguir entre los dos tipos de acuerdos. Aunque la LDC expone que serán infracciones muy graves aquellas conductas anticompetitivas de colusión horizontal, los acuerdos verticales tendrán la consideración de conductas graves. Con todo, la CNMC considera que cuando coexisten acuerdos horizontales y verticales en una misma conducta infractora del derecho de la competencia, estos se denominarán como acuerdos complejos. En la resolución de 12 de noviembre de 2009 sobre las Compañías de seguros³⁹ la CNC reconoce que existen tanto, acuerdo horizontal entre empresas aseguradoras competidoras y entre empresas reaseguradoras competidoras y acuerdos verticales entre aseguradoras y reaseguradoras en el mismo mercado. Califica la conducta como acuerdo complejo constitutivo de “una infracción muy grave, única y continuada en el tiempo”

En otro orden de cosas, la LDC prevé dos tipos de sanciones: unas de carácter administrativo y otras de carácter civil. Las primeras, solo podrán ser impuestas con la CNMC y tendrán carácter punitivo (multas coercitivas o sancionadoras). Las segundas corresponden a los juzgados de lo mercantil, y será la declaración de nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia. En este sentido cabe destacar que sí es necesario la intencionalidad y culpabilidad para que proceda la imposición de una multa, aunque no sea un elemento del tipo de prohibición⁴⁰. La Ley hace mención también, a que las personas físicas que actuaran en representación o que hayan intervenido en el acuerdo, serán sujetos de multa⁴¹.

Finalizando con este apartado es necesario dar unas pinceladas sobre la política de clemencia, *leniency*. Son estrategias administrativas o incluso medidas normativas que pretenden potenciar la lucha contra los cárteles. Consisten en otorgar un tratamiento más favorable a aquellos operadores económicos que pongan en conocimiento de las autoridades de defensa de la competencia, la existencia de una práctica colusoria. Este trato beneficioso se traduce en dispensas del pago de las multas o en la reducción del importe de las mismas⁴².

2. Derecho Privado de la Competencia

Los órganos administrativos nacionales y comunitarios aplican las normas del Derecho de la Competencia en pos de la defensa del interés público. Pero en paralelo, existe también un interés privado, que comprende la defensa de los derechos subjetivos de

³⁹ Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, (EXPTE. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal).

⁴⁰ En el artículo 63 de la LDC también se hace referencia a la graduación de las multas.

⁴¹ Véase artículo 63.2 de la LDC.

⁴² Véanse artículos 65 y 66 de la LDC.

los particulares. El comienzo de la protección de estos derechos por los órganos jurisdiccionales se debe al efecto directo que presentan las normas comunitarias⁴³. Solamente a través de una declaración judicial se pueden hacer nulos de pleno derecho los acuerdos anticompetitivos, así como la acción de reparación de daños.

Primigeniamente, eran solamente los órganos administrativos los que podían aplicar el derecho de competencia, dejando incompleto el principio de efectividad de la norma. Fue en el caso *Courage y Crehan*⁴⁴ en el que el TJUE se pronunció sobre si una infracción del antiguo artículo 85 del TFUE (ahora 101), se podía invocar ante un órgano jurisdiccional nacional para la reparación del perjuicio causado. También en el caso *Manfredi*⁴⁵ dejó claro el Tribunal que “cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 81 CE (ahora 101 del TFUE) y que será cada Estado el que tendrá que apreciar cuando existe relación de causalidad, pero respetando siempre los principios de efectividad y equivalencia”. Luego de numerosas sentencias en la misma línea y en la búsqueda de unas directrices comunes a aplicar por los diferentes países miembros, la Comisión promulgó 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 Europea⁴⁶. Tiene por objeto garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por la infracción cometida por parte de una empresa o conjunto de ellas del Derecho de la competencia pueda reclamar el pleno resarcimiento de su perjuicio. También establece las bases para la coordinación de la aplicación de la normativa por las autoridades comunitarias y nacionales⁴⁷.

En la Directiva 2014/104/UE nada se dice sobre la causalidad del hecho, por tanto será cada Estado el que aplique su normativa interna en esta materia⁴⁸. La jurisprudencia europea, así como la española exigen tres elementos para que una acción de resarcimiento de daños prospere: una acción u omisión ilícita y culpable, un daño efectivo y una relación de causalidad⁴⁹. La tarea de los sucesivos apartados consistirá en fundamentar la posible relación de causalidad y en establecer los cauces por los que se podría guiar la eventual reclamación.

A) *Doctrina del paraguas “umbrella pricing”*

Los hechos del caso controvertido invitan a pensar que Cayetana, analizando los contratos suscitados entre los años 1997 y 2009, se dio cuenta de que los precios de las cabezas tractoras de dos marcas competidoras eran casi idénticos. Los fabricantes son VOLVO e IVECO, dos operadores que no forman parte del cártel ya que no participan ni en la fijación de precios, ni en el intercambio de información. Dos aspectos habrán de contemplarse: la relación de causalidad entre el cártel y el daño sufrido y si éste es susceptible de reparación.

⁴³ STJUE de 13 de julio de 2006, (ECLI:EU:C:2006:461).

⁴⁴ STJUE de 20 de septiembre de 2001, (ECLI:EU:C:2001:465).

⁴⁵ STJUE de 13 de julio de 2006, (ECLI:EU:C:2006:461).

⁴⁶ DOUE núm.349, de 5 de diciembre de 2014, en adelante Directiva de daños 2014/104/UE.

⁴⁷ ALONSO SOTO, R. “Derecho de la Competencia I”, cit. p. 320.

⁴⁸ STJUE 13 de julio de 2006, (ECLI:EU:C:2006:461).

⁴⁹ Véase artículo 1902 del Código Civil.

El consiguiente análisis se basará en la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006, asunto Kone AG y Otros contra Infrastruktur, “cartel de ascensores y escaleras mecánicas”⁵⁰, como precuela a la Directiva de daños 2014/104/UE.

En primer lugar y luego de la explicación anterior, queda claro que Cayetana está legitimada para ejercitar acciones de responsabilidad, tal y como se deriva de la aplicación directa del 101 y de las sentencias mencionadas⁵¹. Lo que queda por determinar es si el daño puede ser imputado al cártel. Se atenderá a la relación de causalidad.

El presunto daño producido se debe al incremento de precios de todo el mercado de camiones y la cuestión a dilucidar es si este fenómeno es consecuencia directa y previsible del cártel. Los empresarios no cartelistas tienen dos opciones: aumentar los precios consecuencia del transvase de la demanda o bien, aumentar los precios porque son conscientes de que el cártel ha subido los precios. En cualquier caso, si las compañías que ostentan una gran oferta en el mercado suben los precios, el efecto será el desplazamiento de la demanda. Si aquellas empresas no participantes en el cártel, mantienen sus precios por debajo, se enfrentarán a una mayor demanda ante la misma oferta. El resultado será que los operadores no participantes en el falseamiento de la competencia, se equiparán a las cartelistas. Las conclusiones anteriores son sacadas de una simplificación de la realidad ante condiciones *ceteris paribus*⁵², para demostrar la relación de causalidad. De forma que si los empresarios actuando a través del juego de la oferta y la demanda, o por razones libres y oportunistas dándose cuenta de los precios del mercado, equiparan sus condiciones al cártel, será una decisión que quede dentro de la libertad de empresa⁵³. Cualquiera de las conductas anteriores no tiene relevancia jurídica, más que determinar si finalmente fue el efecto de falseamiento de la competencia lo que hizo subir los precios a las no cartelistas.

Existen numerosos factores determinantes a la hora de establecer el precio. Por ejemplo, en el marketing, uno de los ejes principales de las estrategias más importantes es el precio. Las elasticidades de la oferta y de la demanda son otro ejemplo ilustrativo. Es necesario por ello, contemplar las características del mercado en concreto para afirmar la relación de causalidad. Haciendo una abstracción *ceteris paribus*, queda claro que un cártel sí afecta al resto del mercado y así lo considera el TJUE en el caso Kone:

A este respecto, procede señalar que el precio de mercado es uno de los principales elementos que una empresa toma en consideración cuando determina el precio al que ofrece sus productos o servicios. Cuando un cártel consigue mantener un precio artificialmente elevado para determinados productos y se dan determinadas condiciones de mercado relativas, en particular, a la naturaleza del producto o al tamaño del mercado afectado por el cártel, no cabe excluir que la empresa competidora, ajena a éste, elija fijar el precio de su oferta en un importe superior al que habría elegido en condiciones normales de competencia, es decir, si no existiera dicho cártel. En estas circunstancias, aunque la determinación de un precio de oferta se considere una decisión meramente autónoma, adoptada por una empresa no participante en un cártel, procede estimar que esta decisión se ha podido adoptar tomando como referencia un precio de mercado falseado por el cártel y, por consiguiente, contrario a las normas sobre competencia.

⁵⁰ STJUE de 30 de enero de 2014, (ECLI:EU:C:2014:1317).

⁵¹ Sentencias como las del caso Courage y Crehan, Manfredi y mismo el asunto Kone.

⁵² Locución latina que significa “en igualdad de condiciones”.

⁵³ OLMEDO PERALTA, E. “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (umbrella pricing): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia”. *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº15, julio 2014, p. 7.

Siguiendo con la demostración de la causalidad, el perjudicado amparado por el *umbrella pricing*, es un cliente indirecto del cártel unido a éste por una relación extracontractual. Ya se ha mencionado que el TJUE deja al arbitrio de cada Estado miembro regular la determinación del hecho causal, aunque ello no obsta a que en el asunto *Konen* se establezcan algunas bases. El Tribunal establece que son contrarios al derecho de la Unión todas aquellas normas que prohíban a particulares perjudicados por el cártel intentar la reparación por daños. Eso sí, la relación de causalidad ha de ser suficientemente directa entre la conducta y los daños emanados.

El Tribunal en la Sentencia del asunto *Konen* expuso que la relación de causalidad no se rompía por la participación de una empresa no cartelista. Además, la causalidad suficientemente directa en la práctica se concreta en que las empresas falseadoras de la competencia van a responder de aquellos daños producidos por su ilícito que fueran razonablemente previsibles. Esta previsibilidad se tiene que basar en criterios objetivos, dejando de lado la culpabilidad de los intervinientes. En el caso que nos ocupa, las sociedades que limitan el desarrollo de la libre competencia en el mercado ostentan una cuota determinante. Transcurre en un mercado con mucha competencia y poco concentrado. A esta conclusión llega el TJUE en el asunto *Kone*:

La víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel.

Quedará al arbitrio de cada Estado determinar lo expuesto por el Tribunal. En nuestro país se seguirán las normas de responsabilidad extracontractual, contenidas en el Código Civil⁵⁴. La jurisprudencia española reconoce dos tipos de causalidades: la causalidad física o material y la causalidad jurídica. La primera de ellas viene a significar que existirá relación de causalidad si suprimiendo el comportamiento en nuestra imaginación el efecto también desaparece. La segunda, versa sobre la imputación. En palabras del Tribunal Supremo:

La expresada relación fáctica ha devenido incólume en casación, y su adecuada ponderación revela la existencia, no sólo de la causalidad material o física -primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que causa es "el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido"-, sino también la causalidad jurídica, en cuya virtud cabe atribuir jurídicamente -imputar- a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad -juicio de reproche subjetivo- para poder apreciar la responsabilidad civil, que en el caso pertenece al campo extracontractual.⁵⁵

⁵⁴ BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁵⁵ STS de 17 de mayo de 2007, (RJ 2007, 3542).

El criterio general de imputación objetiva será el de causalidad adecuada. Es considerada causa en sentido jurídico, aquella que resulte previsible, conforme a criterios razonables de probabilidad, la producción del daño⁵⁶.

En conclusión, lo sucedido en el mercado de camiones era previsible por parte de las cartelistas, tanto por la magnitud del cártel, como por el normal funcionamiento del mercado. Queda demostrada la relación de causalidad según el Ordenamiento Jurídico español entre el daño sufrido por Cayetana y el cártel.

Se continuará por determinar el daño. En el asunto Manfredi, el Tribunal deja constancia de que “los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses.”⁵⁷. También lo reconoce así el Código Civil en su artículo 1106 “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”⁵⁸. El primero de ellos se referirá al sobrecoste que los compradores han tenido que soportar, mientras que el lucro cesante será por ejemplo, las posibles menores ventas. La dificultad vendrá por la prueba y cuantificación.

En este punto, las empresas constitutivas del cártel, podrían alegar a su defensa que los compradores han podido repercutir su sobrecoste a terceros. Es la conocida como la doctrina del *passing-on defense*.

Es una doctrina aceptada y recogida en el Derecho Europeo y se asienta y reconoce en el momento en el que la Directiva de daños 2014/104/UE habla de la defensa basada en la repercusión de sobrecostes⁵⁹. Este sobrecoste es entendido como “la diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del Derecho de la competencia”. Es un concepto amplio que es completado y acotado por la jurisprudencia. El antecedente legal se encuentra en Estados Unidos. En un primer momento, la *Supreme Court* no aceptaba la repercusión del sobrecoste y afirmó que un cártel siempre tendría responsabilidades para con los compradores directos⁶⁰. Se deduce por tanto, y así lo consagró el mismo Tribunal en una sentencia posterior, que los compradores indirectos no tendrían derecho a una indemnización por daños y perjuicios⁶¹.

Es clave en nuestro país, la Sentencia del Tribunal Supremo relativa al cártel del azúcar⁶² para delimitar el alcance del concepto. El objetivo es, tal y como dice el TS “en nuestro derecho interno es admisible que aquel a quien se reclama una indemnización de daños y perjuicios causados por un ilícito concurrencial oponga que quien realiza la reclamación no ha sufrido daño alguno pues lo repercutió “aguas abajo”. Dado que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una práctica restrictiva de la

⁵⁶ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro derecho interno”, en AA.VV *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. M. José Morillas, P. Pirales Viscasillas y L. José Porfirio Carpio (dirs.) Ed. Universidad Carlos III de Madrid. Getafe 2015, p. 10.

⁵⁷ Asunto Manfredi, párrafo 95.

⁵⁸ Véase artículo 1106 del CC.

⁵⁹ Véase artículo 12 en concreto y el capítulo IV en general de la Directiva de daños 2014/104/UE.

⁶⁰ U.S. Supreme Court, *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, de 5 de marzo de 1968, (392 U.S. 4819).

⁶¹ U.S. Supreme Court, *Illinois Brick Co. v. Illinois*, de 23 de marzo de 1977, (431 U.S. 720).

⁶² STS de 7 de noviembre de 2013, (RJ 2014\487).

competencia responde a criterios compensatorios y que también en este campo rige el principio que veda el enriquecimiento sin causa, no es razonable que se indemnice a quien no ha sufrido daño.” El inconveniente es la carga de la prueba, que recaerá sobre el demandado. Así, tendrá que probar que los compradores directos del cártel han repercutido la totalidad del daño a sus propios compradores y no solamente el sobreprecio que les vino impuesto⁶³.

Adaptando la teoría expuesta al caso práctico, las empresas que conforman el cártel podrían alegar la excepción del *passing on* ante la reclamación de Cayetana. Tendrían que probar que los compradores directos de la perjudicada han pagado un precio elevado que recoge tanto el incremento debido al cártel, como la repercusión del daño. Es requisito necesario que las infractoras prueben que los precios pagados por los compradores de Cayetana han sido subidos, pero no es condición suficiente. Como consecuencia del cártel, los servicios ofrecidos por la empresa de Cayetana habrán perdido competitividad con respecto a otros mercados en los que no existiera falseamiento de la competencia. La imagen corporativa de la empresa perjudicada se verá desmejorada. El efecto volumen de incremento de precio, disminución de ventas no hace sino incrementar el daño sufrido por Cayetana. La dificultad probatoria de estos extremos juega en contra de las infractoras.

B) El ejercicio de acciones en reclamación de daños

Una vez demostrada la relación de causalidad y el daño sufrido, se contemplarán los dos tipos de acciones fundamentales que se ejercitan en la reclamación de la indemnización por daños y perjuicios. Lo primero será observar a qué tribunal corresponde la competencia y jurisdicción.

Al ser un cártel que traspasa las fronteras de un país, (ostenta el 80% de la cuota europea), se atenderá a las normas recogidas en el Reglamento (UE) nº1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁶⁴. El primero de los artículos relevantes para el caso será el 4, en el que se dice que las personas domiciliadas en un EM, sea cual sea su nacionalidad, estarán sometidas a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. Pero si proseguimos la lectura, topamos con las competencias especiales. Concretamente el artículo 7 habilita a que una persona domiciliada en un EM puede ser demanda ante los órganos jurisdiccionales del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso en materia delictual o cuasidelictual. El artículo 8 también nos dice que si hay varios demandados, una persona domiciliada en un EM podrá ser demandada ante el órgano jurisdiccional de cualquiera de ellos.

El TJUE en el asunto CDC Hydrogen Peroxide SA⁶⁵ el Tribunal dejó claro el significado de la expresión “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso” y “se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción contra el demandado

⁶³ Puede ser que no se tenga en cuenta el lucro cesante. Que un comprador directo del cártel repercuta el precio, no significa que en él vayan incluidas las ventas que ha dejado de obtener debido a los altos precios. No es suficiente probar que se han subido los precios “aguas abajo”, tendrá que probarse que con esa subida se repercute el daño.

⁶⁴ DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁶⁵ STJUE de 21 de mayo de 2015, (ECLI:EU:C:2015:335).

puede ejercitarse a elección del demandante ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares.” Sigue además la sentencia “En esas circunstancias el lugar del hecho causal de un perjuicio consistente en los sobrecostos que un comprador hubiera tenido que pagar por el hecho de que un cártel haya falseado los precios en el mercado puede ser identificado, en abstracto, como el de la constitución del cártel.” En cuanto al lugar de materialización del perjuicio “En el caso de un perjuicio consistente en los sobrecostos pagados a causa de un precio artificialmente elevado, ese lugar sólo es identificable en relación con cada una de las presuntas víctimas considerada de forma individualizada, y en principio corresponde al domicilio social de ella.” O, por último, termina la sentencia con que se podrá demandar ante el tribunal del lugar del domicilio social de los infractores.

Tanto Cayetana que es la víctima, como el domicilio social de las empresas cartelistas, como el hecho dañoso, o la misma relación causal, han ocurrido en España, se aplicará la Ley española. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁶⁶ en su artículo 22 ter, recoge que los Tribunales Españoles resultarán competentes cuando el demandado tenga allí su domicilio. Se entenderá que una persona jurídica está domiciliada en España “cuando radique en ella su sede social, su centro de administración o administración central o su centro de actividad principal.” Además, por razón de la materia, se reconoce que la responsabilidad por daños derivada por el cártel es extracontractual y el artículo 22 *quinquies* deja claro que, aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, serán estos Tribunales los que conozcan de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español. Queda claro entonces que Cayetana y las empresas falseadoras de la competencia, quedan bajo la jurisdicción de los Tribunales Españoles.

Es también en la LOPJ, concretamente en el artículo 86 *ter*, punto 2, en donde se afirma que serán los juzgados de lo mercantil los que conozcan de las cuestiones de las que sea competente el orden jurisdiccional civil que versen sobre los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 (actuales 101 y 102 del TFUE) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia. Se consagra lo anterior en la Disposición adicional primera de la LDC.⁶⁷

Una vez aclarada la competencia de la jurisdicción española, se expondrán los cauces por los cuales Cayetana puede ejercitar la acción de reclamación de daños e indemnización.

a) Acciones *Follow-on*

Esta clase de acciones se respaldan en un procedimiento administrativo o judicial. El demandante, acreditará que la práctica falseadora de la competencia ha sido ya reconocida en una resolución firme por el órgano administrativo o jurisdiccional que corresponda, para fundar sus pretensiones. El procedimiento se facilita puesto que la conducta ilegal y los hechos ya han sido probados. Todo lo anterior queda patente en el artículo 75 de la LDC que proviene del artículo 9 de la Directiva de daños 104/2014/UE, en cuanto que confiere el carácter de prueba irrefutable a dicha resolución, esgrimida en un procedimiento de reclamación de indemnización por daños.

⁶⁶ BOE núm. 157, de 2 de julio de 2007, en adelante LOPJ.

⁶⁷ FERNANDO GASCÓN, I. “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre Defensa de la Competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, núm.1 vol.9, Madrid, pp. 6-8.

El actor de este tipo de acciones, tendrá que probar el daño y la cuantía. A su favor cuenta la presunción que hace el artículo 76.3 de la LDC, cuando expone que “Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario.” Lo anterior facilita que la acción prospere ya que da la vuelta a la carga de la prueba.

Una vez la resolución sea firme, los demandantes contarán con cinco años de prescripción de la acción. Lo anterior regirá si la infracción no ha terminado antes de la entrada en vigor del Reglamento 104/2014/ UE. Al contrario, el CC establece en su artículo 1968 que las acciones para exigir la responsabilidad de daños prescribirán al año. Esta prescripción puede interrumpirse si una autoridad competente en la materia, comienza una investigación o un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños. Además, también se interrumpirá el plazo si se inicia cualquier procedimiento de solución extrajudicial que verse sobre la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados. Esta última apreciación operará con respecto a aquellas partes que estuvieran representadas o inmersas en dicha reclamación⁶⁸. El inciso es relevante y se hace para diferenciarla de la interrupción de la prescripción de las obligaciones solidarias del artículo 1974 del CC. Se consagra que la responsabilidad de las empresas que conforman el cártel es conjunta y solidaria. Es una solidaridad impropia porque trae causa de una obligación extracontractual, es decir, de una resolución o de una sentencia⁶⁹. Por ese motivo, deja claro la Ley que la reclamación extrajudicial hecha a un miembro del cártel no interrumpirá la de los otros.

b) Acciones *Stand alone*

En este caso, el demandante ha de demostrar la existencia de la infracción, la relación de causalidad y el propio daño. Todas las facilidades probatorias con las que se cuentan en las acciones *follow-on*, desaparecen en estas.

El demandante va a partir desde cero. Tendrá que probar la existencia del cártel en primer lugar. Este todavía no ha sido reconocido ni por la CE, ni por la CNMC. La carga probatoria corresponderá a quien acusa. En este caso, Cayetana tendría que acreditar desde el inicio el cártel de camiones. Probablemente y por las dificultades probatorias, sus acciones hubieran fracasado. De hecho, la jurisprudencia europea y española, han creado atajos procesales para mayor facilidad de detención de los cárteles.

En caso de efectivamente, la existencia del cártel quede bien argumentada, se presumirá *iuris tantum* que se ha causado un perjuicio⁷⁰. Así lo recoge la Directiva de Daños 104/2014/UE. Será además el infractor el que tendrá que desvirtuar la presunción.

En cuanto a la cuantificación del daño, se encuentra también en la mencionada Directiva, la eventual estimación del perjuicio. Esto operará en aquellos casos de insuficiencia probatoria haga muy difícil el derecho al pleno resarcimiento de daños y

⁶⁸ Véase artículo 74 de la LDC.

⁶⁹ STS de 17 de junio de 2002, (RJ 2002\5223). “La solidaridad que se impone en la sentencia no es la denominada «propia», sino la «tácita» derivada de la naturaleza de la obligación de indemnizar los daños extracontractuales, establecida por criterios doctrinales y jurisprudenciales (que encaja, también, dentro de la llamada «solidaridad impropia»), cuando ésta se atribuye a varios sujetos, sin que sea posible la fijación individualizada de la participación de cada uno de ellos en la causación del daño”.

⁷⁰ Véase artículo 17.2 de la Directiva 104/2014/UE.

perjuicios. Se trata de que los órganos jurisdiccionales puedan estimar dicho importe, si queda suficientemente argumentado que el demandante sufrió daños y perjuicios.

A pesar de todos los inconvenientes comentados, existen preceptos que facilitan el acceso a documentos o similares que puedan probar el cártel y por tanto el daño. Esta exhibición documental muchas veces es un inconveniente para las autoridades administrativas ya que puede entorpecer la investigación o complicar los programas de clemencia. Este acceso se regula en la Directiva 104/2014/UE en su artículo y siguientes. Expone que en una acción civil de reclamación de daños, si la parte demandante formula motivadamente que su pretensión puede ser estimada, los órganos jurisdiccionales pueden ordenar que el demandante o un tercero, exhiba pruebas que tenga en su poder. Serán los Estados Miembros los que velen por dicho cumplimiento además de por la proporcionalidad de la necesidad de mostrar dichas pruebas. Dependerá de la justificación de la necesidad de los datos, del alcance y coste de la exhibición, o de si se trata de información confidencial⁷¹.

⁷¹ Véase artículo 5 de la Directiva de Daños 104/2014/UE.

V. DE LA CONDUCTA DEL ADMINISTRADOR

Se proseguirá el análisis del caso estudiando aquellos aspectos de la conducta del administrador de FIAT Chrysler España, que resulten relevantes jurídicamente.

1. Efectos mercantiles

En primer lugar, resulta determinante que el individuo sea uno de los administradores de la sociedad. Es una posición jurídica concreta y nos reduce el enfoque al ámbito empresarial. El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁷² en su Título VI reconoce las facultades de administración de una sociedad. Así un administrador ostenta la gestión y representación de la compañía. Es facultad de los socios el nombramiento de los administradores y además estos tendrán que ser inscritos en el Registro Mercantil.

El tipo de cargo descrito aporta una serie de deberes para los titulares. Para el cargo de administrador, el deber de diligencia adecuado es el que correspondería a un ordenado empresario⁷³. Esta diligencia será relevante cuando se tomen decisiones facultativas, con cierta libertad de acción. El buen administrador por tanto, se caracterizará por la actuación de buena fe y sin mediar interés personal en el asunto objeto de decisión. Además, es un deber del cargo representar a la compañía de forma leal, obrar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Las tres actitudes anteriores se conocen como el deber de lealtad y su infracción da lugar a la acción de daños y perjuicios⁷⁴. Esta infracción es quizás, el primer efecto jurídico que se desprende del caso. Si acudimos al artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital, observamos situaciones concretas que el deber de lealtad obliga a contemplar al administrador. Se incumplen dos de ellas: a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas; d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. En los fundamentos de hecho queda claro que el administrador, empleando las facultades que su cargo le confiere, procede a dar de baja discrecionalmente un elemento del inmovilizado ocasionándoles pérdidas a la sociedad y a sus socios. Además, dicho elemento lo adquiere una compañía que está participada a partes iguales por el administrador y su mujer. Tanto la mujer como la propia compañía se consideran personas vinculadas al administrador⁷⁵.

En segundo lugar, es pertinente dar unas pinceladas sobre la llevanza de la contabilidad por el empresario. Así es un deber reconocido legalmente, que tiene que ser ordenada, adecuada y que permita un seguimiento cronológico de las operaciones. Esto obliga a elaborar balances de situación e inventarios periódicos. Lo anterior se afirma en el Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio⁷⁶,

⁷² BOE núm. 161, de 03/07/2010, en adelante Ley de Sociedades de Capital.

⁷³ Tal y como se recoge en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, “en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”.

⁷⁴ Véase artículo 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital.

⁷⁵ Véase artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital.

⁷⁶ BOE núm. 289, de 16/10/1885, en adelante Código de Comercio.

concretamente en el artículo 25. Si proseguimos el compendio legislativo, se encuentra el apartado de “Cuentas Anuales”. En este se explicita que “el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán 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.” Todos estos documentos tienen como principio el reflejo de la imagen fiel del patrimonio del empresario, de la situación financiera y de los resultados.

2. Efectos penales

El comportamiento del administrador excede el ámbito de Derecho Privado. A continuación se expondrán argumentos a favor de la calificación delictiva del comportamiento llevado a cabo por el administrador y de cómo encaja en el elemento del tipo.

Para englobar la actuación del individuo en los delitos societarios lo principal es que el sujeto activo sea precisamente un administrador⁷⁷ y que se desenvuelva en el seno de una sociedad. Así nos lo aclara el caso práctico. Lo anterior no es óbice para comentar las especialidades de cada delito en cuanto el sujeto activo.

Para la atribución de la comisión de un delito se atenderá a criterios de imputación penales, a que el resultado haya afectado al bien jurídico protegido, a que hubiera sido una acción dolosa y a que el hecho delictivo haya sido personal y directamente ejecutado por el sujeto⁷⁸. Por otra banda, es importante atender al *iter criminis* puesto que en julio del año 2015 entró en vigor una reforma sustancial del CP que modificó preceptos que son de aplicabilidad al caso⁷⁹.

A) *De la falsedad documental*

El primero de los delitos que consideramos cometido es el del artículo 290 CP de falsedad en documentos societarios. Es un delito societario especial propio, puesto que solamente lo podrán cometer los administradores de una sociedad. El bien jurídico protegido en este caso será el patrimonio. Aun así, habrá de añadirse un matiz. Tal y como apunta el catedrático de Derecho Penal por la Universidad de A Coruña, Carlos Martínez-Buján Pérez: “el artículo 290 contiene una figura pluriofensiva, en el sentido de que, al lado del patrimonio, concurre la vulneración de un bien jurídico diferente, la propia funcionalidad del documento de la sociedad en las relaciones jurídicas”. Por tanto, protege el interés patrimonial de la sociedad, de los socios y de los terceros, pero además salvaguarda la fiabilidad y transparencia que se presume de los documentos societarios⁸⁰. La información proporcionada por la sociedad a través de sus cuentas anuales favorece la toma de decisiones por parte de agentes externos (acreedores, clientes, potenciales socios, etc.). El bien jurídico protegido también abarca esta última consideración. En el supuesto a analizar, el administrador modifica las cuentas anuales, da de baja un activo contra la

⁷⁷ Dice el CP “de hecho o de derecho”.

⁷⁸ MARTINEZ BUJÁN-PÉREZ, C. “Lección Cuarta, Delitos Societarios (Capítulo XIII DELE TÍTULO XIII: ARTS. 290 A 297)”. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2011, p. 353.

⁷⁹ BOE núm. 281, de 24/11/1995, en adelante CP.

⁸⁰ Es una obligación que consagra el Código de Comercio de que las cuentas anuales tengan que mostrar la imagen fiel del patrimonio de la situación financiera y de los resultados de la empresa. Véase artículo 34 del Código de Comercio.

cuenta de pérdidas. Este movimiento contable en otra situación podría ser correcto. La realidad del caso es que el actor manipula dichos documentos haciendo artificios contables entendidos como aumentos y disminuciones de partidas fruto de anotaciones ficticias. Se elimina un activo valioso de la contabilidad empresarial provocando un perjuicio económico a la empresa e incluso a los socios.

Para que concurra dicho delito se tienen que cumplir todos los elementos del tipo. El primero de ellos, que es el de falseamiento de las cuentas anuales, no cabe duda de su efectividad. El segundo de ellos lo define Carlos Buján como “una aptitud lesiva para el patrimonio individual de alguno de los sujetos pasivos enumerados”. Por tanto no es necesario que se llegue a producir el resultado, sino que bastaría con un peligro real que el juez tendrá que valorar. Se reúnen en nuestro sujeto activo todos los elementos del tipo.

En este artículo se recoge también el tipo agravado. Como acabamos de caracterizar, este delito se considera de peligro ya que la propia causación de un perjuicio económico es el agravante del tipo. El momento de comisión dependerá de en cuál de los dos nos encontremos. En el tipo básico la consumación se constatará en el momento en el que el juez penalista considere la potencialidad de causación de un daño por parte de los documentos falseados. La consumación del tipo agravado será más sencilla pues bastará con la demostración del perjuicio patrimonial. El Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Penal de 14 de julio de 2006 aclaró que:

El tipo delictivo del falseamiento de las cuentas anuales se comete en el momento en que se consignan o se omiten dolosamente datos propios de las mismas, resultando irrelevante que dichas cuentas así falseadas sean o no posteriormente aprobadas o rechazadas por la Junta General, pues en ambos supuestos el ilícito ya se habría consumado, de suerte que la decisión del órgano soberano de la sociedad, cualquiera que fuese, no privaría de antijuridicidad, tipicidad y responsabilidad al hecho previo del falseamiento⁸¹.

Es destacable que esta conducta se cometa en el seno de un órgano colegiado. En nuestro, en el Consejo de Administración que es el órgano encargado de elaborar las cuentas. La Ley de Sociedades de Capital atribuye responsabilidad solidaria al órgano de administración por el daño causado al adoptar el acuerdo lesivo o al realizar el acto causante. Lo anterior no obsta a que la responsabilidad penal sea estrictamente personal. De hecho, la doctrina española reconoce que aunque un delito societario se cometa en el marco de un órgano colegiado no implica un nacimiento automático de la responsabilidad penal para todos. También afirma que si los miembros tuviesen que responder, no tendrían que hacerlo tampoco en la misma proporción⁸². Es imperativo legal que todos los administradores firmen las cuentas anuales y si faltase la firma de alguno tendrá que especificarse la causa. Resulta sencillo determinar en este caso, quien no ha firmado porque disiente de lo que en esas cuentas se refleja y quien responde como autor del delito. En este punto, el juez penal, tendrá que indagar cuál fue la aportación real de cada sujeto (cuando sean varios los administradores) en el acto delictivo⁸³.

⁸¹ STS de 14 de julio de 2006, (RJ 2006\6088).

⁸² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Lección Cuarta, Delitos Societarios...”, cit. p. 354.

⁸³ LAUNA ORIOL, C. “Falsedad Documental Societaria. Art. 209 del Código Penal”. *Delitos societarios. El delito de la administración desleal*, nº11 y 12, mayo 2017, p. 23.

B) De la apropiación indebida y administración desleal

El motivo de la creación de un apartado común para el tratamiento de dos delitos diferentes es por la dificultosa delimitación. Tal y como argumentaremos, la acción llevada a cabo por el administrador es susceptible de inclusión en dos preceptos del CP 1995 y del CP actual. Por este motivo y para que la explicación sea más fluida y sencilla, se tratarán dos conductas delictivas en una misma sección.

a) Según el Código Penal de 1995

Se emprenderá con el análisis tanto del delito de administración desleal y como del de apropiación indebida en el CP anterior. El motivo del tratamiento conjunto, como ya se ha mencionado, no es otro que la dificultad de delimitación de estas dos figuras. Determinados sujetos cometían actuaciones que eran susceptibles de subsumirse tanto en el antiguo artículo 252 y como en el 295.

El bien jurídico protegido por el antiguo delito 252 es doble. Con la utilización de dos verbos tales como apropiación y distracción, queda claro que el bien jurídico protegido con el primero de ellos es la propiedad y en el segundo caso, el patrimonio. Hasta esta conclusión llega el Tribunal Supremo en un debate jurisprudencial de delimitación del artículo:

Por lo tanto, como hemos dicho, el delito contiene dos modalidades delictivas: la apropiación en sentido estricto, que se aplica a las cosas no fungibles y supone la incorporación de la cosa al patrimonio del autor; y la distracción, que se produce cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquél, con vocación definitiva⁸⁴.

Uno de los elementos que tienen que concurrir en la apropiación indebida (modalidad de distracción) es una vocación de permanencia del destino dado al objeto de distracción. Por tanto dos modalidades se incluyen en el mismo precepto, sin desnaturalizar al delito de apropiación indebida.

Para que efectivamente se produzca esta infracción, el sujeto activo tiene que haber recibido el objeto mediante un justo título que obligue a su devolución o a dar un destino concreto. Además, la conducta típica recogerá el ánimo de hacer suya la cosa objeto de custodia para incorporarla a su patrimonio. La consumación se da en ese preciso momento, es decir, en el verdadero acto de apropiación y no cuando recibe la cosa⁸⁵.

Recapitulando lo expuesto, para dar lugar a la aplicación del artículo 252 tienen que concurrir los siguientes elementos: en primer lugar, que el sujeto activo tenga una posesión legítima del objeto en cuestión; esa posesión debe basarse en un justo título que produzca la obligación de entregar la cosa o darle el destino pactado; que se produzca la apropiación, distracción o negativa de haber recibido la cosa; es necesario que concurra dolo en el actor⁸⁶.

⁸⁴ STS de 11 de julio de 2005, (RJ 2005\5418)

⁸⁵ Es necesario aclarar que el sujeto activo ya tiene bajo su poder la cosa en custodia (o en cualquier otro título), por tanto, la consumación tendrá que producirse en el momento en que incumple la obligación en la que se comprometió en el momento de recibir la cosa.

⁸⁶ CAMACHO ROSALES, F. "Apropiación Indebida vs Administración Desleal" (Trabajo de fin de Grado). Octavio García Pérez (dir). 2013. Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla.

Adaptando el caso concreto a este delito, podemos decir que se podrían cumplir todos los elementos del tipo. Esto es así porque el individuo ha recibido la cosa en justo título al ser éste el administrador. El activo patrimonial es un terreno y por tanto no es un bien fungible. El concepto de distracción ya no tendría cabida. A ese inmovilizado le da un destino diferente del acordado. Actúa ilícitamente sobre el bien ya que dispone de él como si fuese su dueño.

Delimitado el alcance del artículo 252, se proseguirá con el artículo 295 del CP. Es más reciente y con una vida más breve que el anterior analizado. Durante los años que estuvieron vigentes ambos preceptos, tanto la doctrina como la jurisprudencia no dejaron de intentar conjugarlos y delimitarlos. El último de los artículos comienza su redacción con los términos de administradores de hecho o de derecho. Por tanto es un artículo especial propio, en el que el sujeto activo solamente podrá ser un administrador. El bien jurídico protegido es el patrimonio, así como también el correcto funcionamiento de las sociedades. Para que un sujeto cometa el delito tendrá que disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones que perjudiquen a esta⁸⁷. Es necesario también que se produzca un perjuicio patrimonial cierto. El Tribunal Supremo ha aclarado que:

El elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad (...) y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad, y el tipo se realiza, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su "status"⁸⁸.

El delito que se contiene en el artículo 295 es de peligro, la parte subjetiva del tipo requiere dolo y no cabe la comisión imprudente. Será necesario que quede clarificada la relación de causalidad y la imputación objetiva. En nuestro caso la disposición fraudulenta se realiza en el momento en que el administrador se extralimita de su esfera dando de baja un activo contra la cuenta de pérdidas y transfiriéndolo a una empresa vinculada. El perjuicio económico se produce en el momento en que la sociedad ve desaparecer un activo valioso y además su valor irá en negativo en la cuenta de pérdidas y ganancias. Este resultado es producido por la "venta del inmueble"⁸⁹.

Resumiendo los elementos necesarios para concurrir en el delito de administración desleal: el sujeto activo tiene que ser administrador; este deberá extralimitarse en las funciones de su cargo, es decir, no cumplir los deberes de lealtad; que se disponga fraudulentamente o se contraigan obligaciones a cargo de la empresa; que se cause un perjuicio económico directo al sujeto pasivo.

b) Según el Código Penal actual

En la reforma del año 2015, se contiene el delito genérico de administración desleal. El bien jurídico protegido es el patrimonio societario. Para la comisión de este delito es necesario que el actor esté facultado para administrar un patrimonio ajeno en base a una relación jurídica. Para ser autor idóneo tienen que darse dos posiciones: la primera de ellas es que el actor asuma un deber de lealtad para con la compañía, no dejándose

⁸⁷ Véase artículo 295 del CP de 1995.

⁸⁸ STS de 24 de junio de 2008, (RJ 2008\4085).

⁸⁹ LUZÓN PEÑA, D. ROSO CAÑADILLAS, R. "La administración desleal societaria en el derecho penal español" en Revista para el análisis del Derecho, año 2010, núm.3, Barcelona, 2010, pp. 5-26.

llevar por sus propios intereses; en segundo lugar, este individuo debe tener una esfera de actuación amplia, es decir, cierta autonomía de gestión y no cumplir meramente órdenes concretas.

Como bien se ha dicho, el sujeto activo debe de tener ciertas facultades de administración, pues la conducta típica se dará en el momento en que se excedan dichas facultades. Por ejemplo, en el caso, el acto de disposición que realiza cuando vende a la empresa vinculada el activo empresarial. Se produce así un perjuicio patrimonial. Para constatarlo, se tendrá que observar el patrimonio antes y después de la conducta. En nuestro caso, la sociedad sale perdiendo al ver disminuido su activo y aumentadas sus pérdidas⁹⁰. Cabe resaltar que resulta indiferente si ha habido apropiación o no.

Si comparamos la redacción actual con la del CP del año 1995, llama la atención que deja de ser un delito que abarca solamente la esfera empresarial para ir más allá. Se omiten los términos administrador de hecho o derecho, solo se necesita que el sujeto activo administre un patrimonio ajeno. Tampoco es necesario que se produzca un beneficio propio o de tercero⁹¹.

La apropiación indebida queda diferentemente conceptualizada en el actual CP⁹². En el precepto no se incluyen los términos administrador, activo patrimonial y distracción. Por tanto, para que la conducta llevada a cabo por un sujeto activo sea denominada como de apropiación indebida, es necesario que al sujeto activo se le haya entregado uno de los objetos típicos en virtud de un título que genere la obligación de devolver. Se cometerá la infracción cuando ese sujeto haga suyo el bien en custodia o niegue haberlo recibido. El autor presenta ánimo de lucro, aunque el artículo no lo exprese como tal.

c) Calificación delictual

Una vez que se han delimitado los tipos delictuales aplicables al caso, razonaremos la calificación de la conducta.

Lo primero será resolver cual es la ley aplicable. Es cuestión relevante porque en el año 2015 tuvo lugar una reforma sustancial del compendio. Con todo, el momento de comisión del delito es lo determinante. Es una conducta en la cual no transcurre un tiempo dilatado entre la acción y el daño producido. Aunque fuera al contrario, el artículo 7 del CP expone que “a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar”. Por tanto se atenderá al momento de la comisión y no al de producción de resultado. Este precepto lo conjugaremos con el artículo 2 del mismo código, que consagra la no aplicación de penas que no estaban previstas en el momento de la perpetración del delito⁹³. Habrá que conciliarlo también con el principio de retroactividad de ley más favorable, por el cual si en el momento de juzgarse los hechos existiese una ley más benigna, se aplicará esta⁹⁴. En el caso se explica que el momento de

⁹⁰ PASTOR MUÑOZ, N. “Tema 11 Delitos contra el patrimonio II”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal parte especial*. J. M. Silva Sánchez (dir). Ed. Atelier. Barcelona 2015, pp. 268-271.

⁹¹ REMÓN PEÑALVER, E. Administración Desleal y Apropiación Indebida tras la Reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Mayo, 2017, pp. 9-17.

⁹² De manera tan diferente que ahora el delito de apropiación indebida se regula en otra Sección “Sección 2ª bis De la apropiación indebida”. La Exposición de Motivos también recoge que la administración desleal por distracción de dinero pasa a formar parte del tipo autónomo de administración desleal.

⁹³ Se atentaría contra el principio de legalidad, concretamente en lo que atañe a la garantía penal.

⁹⁴ JUDEL PRIETO, A. PIÑOL RODRÍGUEZ, J. “Tema 2” en AAVV. *Manual de Derecho Penal parte general tomo I*. C. Suárez-Mira Rodríguez (dir). Ed. Thomson Reuters. Cizur Menor 2017, pp.108.

la comisión del delito lo fue en el año 2014 que es cuando se dispone del activo empresarial. La reforma del Código configura las penas de los delitos de apropiación y de administración desleal con mayor gravedad que las que se reconocían en el Código anterior. Por todo ello, atenderemos a los antiguos preceptos 252 y 295. Cabe decir que el artículo 290 de falsedad documental no ha sufrido cambios con la última reforma.

Proseguiremos entonces con la discusión acerca del empleo del artículo 295 solamente, o de un concurso entre el 252 y 295.

El punto chocante entre ambos preceptos es que la disposición de los bienes puede entenderse cometida en el artículo 252 así como en el 295. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se suscitaba un debate sobre la distinción o la aplicación conjunta de los preceptos que solo desapareció con el nuevo CP. El problema ya existía en un momento previo a la aparición del artículo 295 ya que la jurisprudencia había aplicado la apropiación indebida en su rama de distracción, cuando se administraba de forma desleal dinero ajeno. Fue en caso *Argentia Trust* donde el Tribunal Supremo sentó que:

En el art. 535 del CP derogado se yuxtaponían dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance⁹⁵.

Cuando en el año 1995 se regula el entonces artículo 295, comienza la controversia. Haremos un resumen doctrinal y jurisprudencial con las notas diferenciadoras de cada consideración para finalmente respaldar una de ellas.

La doctrina mayoritaria, en un principio, actuando como portavoz la profesora Patricia Faraldo, consideran que la distinción se encuentra en que el delito de apropiación indebida tiene vocación de permanencia, mientras que el de administración desleal solo busca el aprovechamiento por el sujeto o por un tercero, de los bienes societarios, pero excluido el dominio definitivo. Así el artículo 295 solo vino a regular conductas no apropiatorias pero que causan un perjuicio patrimonial. La diferente penalidad reside en que son dos maneras diferentes de afectar a un mismo bien jurídico y la de administración desleal comporta un perjuicio menos grave al no ser un despojo patrimonial definitivo⁹⁶. Por tanto eran preceptos que regulaban conductas totalmente diferentes no pudiendo superponerse un delito en el otro⁹⁷. Otro sector de la doctrina sin embargo considera que una atribución dominical con vocación de permanencia hecha por un administrador societario viola tanto el artículo 252 como 295.

La primera Sentencia que analizar será la ya mencionada como caso *Argentia Trust*. En esta el alto Tribunal aclaraba que:

El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo

⁹⁵ STS de 26 de febrero de 1998, (RJ 1998\1196).

⁹⁶ MARTINEZ BUJÁN-PÉREZ, C. “Pasado Presente y Futuro de los delitos de Administración Desleal y Apropiación Indebida”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p.7-9.

⁹⁷ FARALDO CABANA, P. Los delitos societarios. Conforme al C.P. de 1995. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1996, p 570.

tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan⁹⁸.

Por tanto, la primera línea jurisprudencial aclara que los dos artículos son aplicables al mismo delito mediante la figura del concurso aparente de normas. Se interpondrá la pena del artículo más grave. Según avanzan los años, la consideración de la jurisprudencia también muta. En el año 2002 dentro del aura del Caso Banesto, el Tribunal supremo consideró que la diferenciación entre las dos figuras dependerá de si existe apropiación indefinida de los bienes societarios. De esta suerte que si el administrador se adjudica definitivamente en beneficio y lucro propio será apropiación indebida⁹⁹. En el año 2005 se establece otra nota diferenciadora de los dos delitos. En el artículo 295 el administrador actúa siempre dentro de su cargo aunque incumpliendo los deberes de lealtad. Por el contrario, la apropiación indebida se da en el momento en que el administrador dispone de los bienes extralimitándose de las funciones inherentes a su cargo¹⁰⁰. Será en el año 2009 cuando se produzca la distinción en cuanto al objeto. La apropiación indebida llevada a cabo por un administrador será de dinero, mientras que la administración desleal lo será de cualquier otro objeto. Es también en esta Sentencia en la que el Tribunal justifica la menor penalidad del artículo 295:

En el art. 295 del CP , las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP¹⁰¹.

Haciendo un resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos quedamos con: la distinción por el objeto, por la vocación definitiva o no de la apropiación, por si la disposición se hace de manera intensiva o extensiva, o simplemente es la misma conducta tipificada por dos artículos.

Queda claro que el sujeto activo comete el delito de falsedad documental en documento mercantil debido a la comisión de todos los elementos tipificados, tal y como hemos explicado más arriba. Este delito entrará en concurso con el de apropiación indebida del artículo 252. Así lo hemos considerado ya que el administrador se apropia en sentido estricto, del elemento del activo. Además tiene una clara vocación de permanencia, ya que lo incorpora a una empresa vinculada que explotará económicamente el elemento del inmovilizado. La acción va más allá de las facultades típicas del administrador, extralimitándose en su cargo. Finalmente tampoco es una apropiación de dinero, sino que lo es de un terreno. Por todo lo expuesto cabe aplicar el artículo 290 y 252 a la conducta del actor.

⁹⁸ STS de 26 de febrero de 1998, (RJ 1998\1196).

⁹⁹ STS de 29 de julio de 2002, (RJ 2002\6357).

¹⁰⁰ STS de 11 de julio de 2005, (2005\5418).

¹⁰¹ STS de 12 de mayo de 2009, (RJ 2009\4863).

VI. DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

El contrato de leasing, o en español de arrendamiento financiero, es un contrato mercantil que tiene por objeto la cesión del uso de bienes muebles e inmuebles a cambio de una contraprestación. Esta consistirá en el abono de cuotas periódicas tomando en consideración el precio pagado por el bien. Los bienes objeto del arrendamiento tienen que haberse adquirido con la finalidad de arrendarse y pueden ser tanto muebles como inmuebles, siempre que cumplan con las condiciones exigidas para ser objeto de contrato¹⁰². Una de las particularidades es que se tiene que incluir una opción de compra al final de la vida del arrendamiento en favor del usuario. Intervendrán tres sujetos fundamentalmente: el usuario o arrendatario, el fabricante o vendedor del bien en cuestión y la sociedad financiera o arrendadora. Es por tanto un contrato de financiación, por el cual el usuario presenta la necesidad de un bien y acude a la sociedad de leasing para que ésta lo adquiera directamente al fabricante. Posteriormente, el arrendatario utiliza dicho bien y abona una contraprestación a la sociedad arrendadora. El usuario asume los riesgos del bien arrendado. Al finalizar el periodo convenido, el arrendatario puede devolver el bien, renovar el contrato en su caso, o ejercer la opción de compra¹⁰³.

Todo ello se regula en la disposición adicional tercera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito¹⁰⁴ así como en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles¹⁰⁵ y en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades¹⁰⁶.

Este arrendamiento financiero tiene su génesis en Estados Unidos y ha sido Francia el primer país europeo en incorporarlo a su legislación. En España, este contrato se respalda por la autonomía de la voluntad regulada en el artículo 1255 del Código Civil. Con todo, los primeros vestigios de esta institución aparecen en la normativa fiscal. Es un contrato atípico y próximo a la compraventa a plazos¹⁰⁷.

Una de las especialidades es la que atañe a los sujetos intervinientes. No cualquiera puede ser el arrendador. Tendrán que ser necesariamente establecimientos financieros de crédito y corresponde al Banco de España autorizar la creación de dichas entidades. La inscripción en el registro será obligatoria¹⁰⁸. En cuanto al usuario, cabe decir que puede ser tanto una persona individual como una persona jurídica, pero tendrán que ser titulares de una explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicios o profesionales. Una de las razones de esta tasación será la posibilidad de estos sujetos de gozar de beneficios fiscales. Se refiere a la amortización de los bienes y a la consideración de gasto fiscalmente deducible las cuotas satisfechas a la entidad arrendadora. Con todo lo expuesto, la Ley tampoco prohíbe que otros sujetos que no sean los que se acaban de nombrar, formulen contratos de arrendamiento financiero.

¹⁰² Véanse artículos 1271 a 1273 del Código Civil.

¹⁰³ GADEA, E. GAMINDE, E. REGO, A. “Tema 14. Contratos de Financiación”, *Derecho de la Contratación Mercantil*. Ed. Dykinson. Madrid 2016, pp. 292-294.

¹⁰⁴ BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014.

¹⁰⁵ BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

¹⁰⁶ BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

¹⁰⁷ El leasing es un contrato nuevo y complejo, resultado de la fusión de diferentes figuras jurídicas y no se encuentra tipificado en ley alguna.

¹⁰⁸ Véase disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, BOE núm. 90, de 15 de abril de 1994.

El principio de libertad de forma del artículo 51 del Código de Comercio, también se consagra en este punto. En la práctica, se suelen hacer por escrito y además suelen ser contratos de adhesión. También se suelen elevar a escritura pública para convertirlos en título ejecutivo conforme al artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰⁹.

Es cuestión relevante, comentar las obligaciones del usuario en cuanto al pago de las cuotas convenidas. Como en este caso sucede, si el arrendatario deja de pagar las cuotas, la entidad financiera podrá resolver el contrato o bien exigir el cumplimiento según se establece en el artículo 1124 del Código Civil¹¹⁰.

Podemos hacer una síntesis de las características de este contrato: será el usuario el que determinará el bien objeto del contrato; la propiedad de éste corresponde al arrendador, pero el uso al arrendatario; las cuotas se fijarán en función de la amortización del precio del bien; el usuario podrá adquirir el bien al final de la vida del contrato.

1. Ley de Represión de la Usura

En el presente caso práctico, TRANSLOGIC busca la nulidad del contrato de leasing por aplicación de la Ley de Usura. Se procederá a dar razones a favor y en contra de dicha postura.

La Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios¹¹¹ es el cuerpo normativo que regula la represión de la usura y solamente ha sido modificada por la Ley 1/2000 de 7 de enero¹¹². El significado literal del término usura, no es otro que el interés excesivo en un préstamo¹¹³. Es ya en el primer artículo de la Ley en donde se sanciona con la nulidad de pleno derecho a “aquel contrato de préstamo que se ha pactado con un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”. Será la doctrina y la jurisprudencia la que vaya a acotar el significado y el alcance de tal precepto.

Existen dos tipos de préstamos a los que le puede ser de aplicación la Ley de Usura: préstamos civiles y préstamos mercantiles. Nos situamos en estos últimos por versar nuestro caso en un arrendamiento financiero. Fue una Sentencia del Tribunal Supremo la que apreció el carácter extensivo de la aplicación de la ley:

En particular si el contrato de préstamo o similar reviste carácter mercantil o, más singularmente, si el capital se destina a operaciones industriales de problemático resultado, no es posible interpretar esta doctrina en términos tan absolutos que queden siempre al margen de la usura las operaciones mercantiles o industriales, porque ni la letra de la ley lo admite, ni el espíritu que la informa lo consiente, ni la jurisprudencia lo autoriza en términos tan radicales, sino que, aun en esa esfera, cercena la libertad de contratación, y no obstante reconocer mayor

¹⁰⁹ Dice el artículo “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia”.

¹¹⁰ GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, J. “Contratos de financiación y Contratos Bancarios” en AAVV. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (dir) *Contratos Mercantiles Volumen I*. Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2007, pp. 893- 910.

¹¹¹ BOE núm. 206, de 24 de julio de 1908, en adelante Ley de Usura.

¹¹² BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, en adelante Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹¹³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

tolerancia en operaciones presididas por la idea de lucro y, sobre todo, por razón del riesgo de pérdida o de recuperación del dinero prestado, no ha perdido de vista la ilicitud del interés notoriamente desmedido¹¹⁴.

En el artículo 9 de la Ley de Usura, se expone que “esta ley se aplicará 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 tanto el contrato de arrendamiento financiero cae dentro de la aplicación de la citada Ley. Es la jurisprudencia la que aclara que existen tres tipos de préstamos usurarios: “aquéllos en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; aquéllos en que se consignen condiciones que resulten lesivas o en que todas las ventajas establecidas lo sean en favor del acreedor; y aquéllos en que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada¹¹⁵”. Si el contrato objeto de la controversia cumple una de las características expuestas, bastará para declararlo nulo.

La exposición seguirá dos vías fundamentalmente: La primera de ellas hará referencia a la nulidad del contrato debido a la concurrencia de un interés de demora superior al normal del dinero. La segunda, el carácter leonino del contrato en vistas de la aceptación por parte de la sociedad debido a lo angustioso de la situación¹¹⁶.

A) Interés superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso

Tanto en la Ley de Usura como en la doctrina y jurisprudencia se aprecian las cualidades del título del apartado de forma conjunta y como si fuese una sola. Lo dificultoso será establecer cuál sería un interés normal en el momento en que se prestó el consentimiento y si además no está justificado. Será el enjuiciador el que determine en el supuesto de hecho concreto, qué se entiende por interés superior al del dinero. En el caso que nos atañe, la aplicación o no de la Ley de Usura se discutirá en torno a la cláusula penal de intereses moratorios del préstamo.

El Código Civil en su artículo 1108 reconoce la existencia de los intereses de demora. Presentan una naturaleza jurídica diferente a los intereses remuneratorios. Es una cuestión discutida por la doctrina y jurisprudencia la de asimilar el posible carácter usurario de los primeros a los segundos. Tanto para fundamentar la defensa de la sociedad TRANSLOGIC, como para la contestación de SEUDBANK, encontraremos Sentencias que avalarán ambas posturas.

Al ser una Ley promulgada en el año 1908, la teoría jurisprudencial y doctrinal es amplia y abarca todo el siglo. Históricamente, los argumentos esgrimidos no reconocían a los intereses moratorios como susceptibles de ser usurarios. El Tribunal ha reconocido en notables ocasiones:

Corresponde señalar que un importante sector de la doctrina científica sostiene que, debido a la distinta naturaleza de los intereses retributivos y los moratorios, a estos

¹¹⁴ STS de 13 de febrero 1941, (RJ 1941\147).

¹¹⁵ STS de 11 de febrero 1989, (RJ 1989\829); SAP de 25 enero 1994, (AC 1994\740).

¹¹⁶ ÍÑIGO FUSTER, A. “Nulidad y Usura. La nulidad del préstamo usurario a la luz de la Ley de Represión de la Usura”. *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num.16/2003 parte Comentario*. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor 2003, pp. 7-13.

últimos no se les debe aplicar la Ley de Represión de la Usura, pues cuando se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable, y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora¹¹⁷.

Más tarde en el tiempo, la doctrina del Tribunal empieza a mutar con la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2002 cuando el mismo Tribunal reconoce que, “aunque ha de advertirse que por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código Civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, que se refiere en el art. 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza”¹¹⁸.

Observamos que las posturas tanto de la empresa deudora como de la entidad acreedora, son defendibles. Para llegar a una solución coherente, se tendrá que ver si en verdad existe usura en nuestro caso práctico. Son varios los criterios jurisprudenciales empleados para la determinación del interés normal del dinero. Uno de ellos será comparar el interés controvertido al interés legal del dinero. Este se establece cada año en los Presupuestos Generales del Estado. Habrá que acudir a los Presupuestos del año en el que se hubiera formalizado la voluntad de contratar. Como el mismo se otorga en el año 2015, el interés legal del dinero estaba estipulado en un 3,50%, siendo del interés de demora 4,375%¹¹⁹. En nuestro caso, se pacta un interés mensual del 2%. Si lo convertimos en anual, nos da como resultado un 27% anual¹²⁰. Es bastante superior al interés legal de demora para el año 2015. Otro criterio es el de observar “el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad contractual existente en esta materia para supuestos como el presente, habida cuenta de que los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes”¹²¹. Se puede acudir en este caso a estadísticas y medias que publica el Banco de España sobre los tipos que aplican efectivamente las entidades financieras.

B) Contrato leonino

La segunda de las vías de actuación vendrá por la consideración leonina del préstamo al ser pactado de forma que el acreedor goce de una posición más ventajosa y que además el contrato haya sido aceptado por el prestatario debido a lo angustioso de la situación, por la inexperiencia del acreedor o por lo limitado de sus facultades mentales. Existe jurisprudencia que presume que cuando un contrato es leonino, el deudor lo va a

¹¹⁷ Véanse, STS de 2 de octubre de 2001, (RJ 2001/7141); STS de 4 de junio 2009, (RJ 2009/4747); STS de 26 de octubre de 2011, (RJ 2012/1126).

¹¹⁸ STS de 7 de mayo de 2002, (RJ 2002\4045). También la STS de 2 de diciembre de 2014, (RJ 2014\6872) reconoce el carácter de usurarios a los intereses moratorios.

¹¹⁹ Véase la cláusula trigésima segunda de las Disposiciones Adicionales de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

¹²⁰ $[(1+0.02)^{(360/30)}]-1=0.2682$.

¹²¹ STS de 2 de octubre de 2001, (RJ 2001/7141).

aceptar como en nuestro caso, por lo angustioso de la situación¹²². Otro sector explica que una cosa es un préstamo leonino y otra cosa distinta es la concurrencia de las situaciones angustia, etc.¹²³ Si nos situamos en este último caso, un préstamo que se haya pactado bajo esas condiciones no es susceptible de perseguibilidad por la Ley de Represión de la Usura. Se ocupará por ejemplo la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación¹²⁴, así como con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹²⁵.

Lo que se discute es si la condición que rodea al deudor en el momento de la aceptación se vincula a las condiciones objetivas del contrato como son el interés elevado y el carácter leonino. Lo que queda claro en nuestro caso, es que la situación es angustiosa. Así lo considera el Tribunal Supremo cuando expone que “supone una agobiante necesidad o cuando menos, un apremio grave de orden económico que fuerza a quien lo sufre a aceptar el préstamo en condiciones manifiestamente perjudiciales”. Se confronta entonces con la situación económica del deudor. Se puede citar al Tribunal Supremo que considera angustiosa situación cuando para hacer frente a las deudas se acude a entidades financieras con el propósito de no perder el patrimonio y medio de vida de los prestatarios¹²⁶. En el caso a enjuiciar, la empresa estaba pasando por una situación delicada y de hecho, la primera operación con la entidad financiera lo fue para pagar las deudas.

A modo de conclusión para esta parte diremos que existen tres tipos de préstamos que la Ley de Represión de la Usura reconoce en su artículo primero: a) los de interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; b) los leoninos, cuando hubiere motivo para estimar que habían sido aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; c) los que supongan mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Que por tanto no es necesario que concurren todos los requisitos contenidos en dicho artículo para que el contrato sea considerado como nulo. Por último, que si lo anterior se estima, las consecuencias serán que el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida.

2. Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de Protección a los Consumidores

A raíz de la línea jurisprudencial que considera que según las circunstancias que envuelven al sujeto a la hora de la formación de la voluntad se podría estar ante un contrato susceptible de amparo legal, se comentará brevemente los cuerpos normativos destacados.

La empresa podría instar la nulidad del contrato de leasing por otra vía, la de la LCGC. En esta se regulan aquellos contratos tipo, o contratos masa, cuyo contenido ya

¹²² STS de 9 de enero de 1990, (RJ 1990\8): “es necesario, para declarar su nulidad, no sólo un beneficio exagerado del acreedor en perjuicio del deudor, sino que para lograrlo el prestamista se haya prevalido de las angustias del necesitado o de lo limitado de sus facultades”.

¹²³ STS de 2 de octubre de 2001, (RJ 2001/7141); STS de 23 de febrero de 2006, (RJ 2006\5792).

¹²⁴ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998, en adelante LCGC.

¹²⁵ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, en adelante TRLGDCU.

¹²⁶ STS de 12 de diciembre de 1994, (RJ 1994\10591).

está predeterminado y que se repite en una serie de convenios iguales. La voluntad de una de las partes pasa a ser secundaria debido a la imposibilidad de negociación de las estipulaciones del contrato. Son los denominados contratos de adhesión. Con este fenómeno se permite agilizar el tráfico mercantil en sectores con una alta densidad de contratación. El aspecto negativo es la superioridad que ostenta una de las partes, la redactora. Lo que se busca tanto con la LCGC como con el TRLGDCU es igualar posiciones y equilibrar los intereses de los intervinientes. Por aplicación de este último reglamento, cuando el contrato se suceda entre un consumidor y un empresario, se puede instar la ineficacia de aquellas cláusulas que aun sin ser contrarias a normas imperativas, sean consideradas como abusivas.

Analizando la LCGC encontramos en el artículo primero las características que tiene que cumplir una cláusula para ser considerada como condición general: que esta tenga finalidad de incorporación a una pluralidad de contratos y que la inclusión de la misma debe ser imputable a una de las partes (el predisponente). Para que estas cláusulas sean vinculantes tendrán que superar dos controles, el control de incorporación y el control de legalidad. El primero de ellos implica la aceptación expresa del adherente, una vez haya sido informado de la existencia de dicho clausulado. Además tendrán que estar claramente redactadas. Por otro lado, el control de legalidad se refiere a que aquellas cláusulas que sean contrarias a la LCGC o a las normas imperativas podrán ser declaradas nulas de pleno derecho. Si el adherente es un consumidor el control de legalidad será más riguroso. En este caso, las cláusulas que sean abusivas¹²⁷ también serán declaradas nulas¹²⁸.

Para saber si estamos ante la presencia de un consumidor, lo procedente será advertir los criterios empleados por los tribunales y por el TRLGDCU. En este cuerpo normativo, el artículo 3 afirma que las personas jurídicas también son consumidores, siempre que actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. En nuestro caso esto no sucede ya que TRANSOGIC otorga préstamo de arrendamiento financiero en el círculo de sus competencias. Así se considera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero del 2017 que no reconoce la cualidad legal de consumidora a una sociedad limitada que busca financiación y que por consecuencia, actúa dentro de sus competencias mercantiles¹²⁹.

Aun con todo, el Tribunal admite que el control de incorporación “de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no”¹³⁰. En la Exposición de Motivos de la LCGC se indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: “Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios”.

¹²⁷ Se considerarán abusivas aquellas estipulaciones que no han sido negociadas individualmente y que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1 del TRLGDCU).

¹²⁸ GADEA, E. GAMINDE, E. REGO, A. “Tema 14. Contratos de Financiación”, cit. pp. 71-77.

¹²⁹ STS de 30 de enero de 2017, (RJ 2017\371); STS de 3 junio de 2016, (RJ 2016\2306).

¹³⁰ STS de 9 de mayo de 2013, (RJ 2013\3088).

VII. CONCLUSIONES

PRIMERA. – La existencia de una línea muy fina que separa una conducta contraria a la competencia y una conducta coherente con el buen funcionamiento del Mercado. En determinados casos, los sujetos falseadores de la competencia no son conscientes de la gran repercusión que, por ejemplo, tiene un intercambio de información entre compañías de diferentes grupos empresariales. Este sería inocuo si no afectase negativamente a parámetros como el precio, la calidad, la producción o la innovación. De hecho, tan fina es dicha línea, que en la Ley existen dispensas de la prohibición, aunque el acuerdo restrinja la competencia. Por ejemplo, cuando se genere una mejora en la eficiencia o cuando los consumidores puedan participar de las ventajas que trae el acuerdo. Parece un poco contradictorio que, cumpliéndose los elementos del tipo, determinadas conductas afecten positivamente al mercado.

SEGUNDA. – Se afirma la existencia de un cártel ya que los fabricantes y sociedades afines competidoras han establecido un precio común de venta de los camiones. Se coordinaban los esfuerzos entre las tres empresas para reducir la incertidumbre en el mercado y salir todas ellas beneficiadas. El descubrimiento de un cártel es una tarea dificultosa que necesita de una gran inversión en tiempo y recursos. Al ser dichos acuerdos secretos, los indicios y la observancia comparada del mercado serán claves. Con todo, los programas de clemencia y las presunciones en materia de cárteles ayudan a desmantelar estas organizaciones. Nos dimos cuenta de lo sencillo que es llegar a formar un cártel y lo complejo que es descubrirlo.

TERCERA. – La doctrina del paraguas implica que aquellos particulares que se hayan visto perjudicados por la actuación de una empresa que es ajena al cártel pero que se ha visto afectada por este, encuentren amparo en las normas de defensa de la competencia. La responsabilidad de las cartelistas por tanto se expande. Esto puede ser beneficioso como una política antifraude de la competencia por su tendencia disuasoria. Si una empresa es consciente de que puede tener que llegar a indemnizar a particulares con los que es posible que no vaya a tener contacto alguno. Será un daño colateral e imprevisible, pues no dependerá de la actora. Es una doctrina que puede hacer que una empresa responda por un daño extracontractual que ella no ha ocasionado. La justificación de la relación de causalidad e incluso la imputación en el caso, se podría entrar en una equiparación peligrosa y algo forzada.

CUARTA. – Sin el respaldo de una resolución de una entidad nacional o europea con competencia en la materia, las acciones privadas que buscan la indemnización de los daños derivados del cártel tienen complicado pronóstico (*stand alone*). Esas resoluciones tienen naturaleza administrativa y sancionadora. Son procedimientos de carácter público porque se tutela un interés general. Por otra banda, el propio afectado que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, pueden instar ante los tribunales de lo mercantil, una acción reparadora en base al daño que el fenómeno anticompetitivo les ha causado. Esta tiene naturaleza privada porque tutela un interés particular.

Existe un punto en que los dos procedimientos se tocan y es la resolución de la autoridad competente. El instar el procedimiento privado trae causa del primer procedimiento debido a las facilidades probatorias y presunciones facilitadoras que se recogen en la ley y en la jurisprudencia. Uno de los calificativos del cártel es que los acuerdos sean secretos. Además, la falta de datos y la negación del acceso a pruebas si el cártel está siendo investigado por un órgano administrativo hacen que consideremos inviable que una acción *stand alone* prospere. Por otro lado, el juez no podrá establecer sanción alguna a la empresa infractora porque eso corresponde a la vía administrativa. Observamos la compleja interacción entre el Derecho Público y el Derecho Privado aplicables a una conducta anticompetitiva.

QUINTA. – Los órganos administrativos muestran un carácter intrusivo y regulador, pero existen para preservar un orden o una estabilidad, que habilite a cualquier operador a tener seguridad en el tráfico económico. Esto trae causa del carácter vinculante de las resoluciones de estos órganos. Es necesario que así sea ya que son los garantes de los artículos 101 y 102 del TFUE y de sus correlativos nacionales. Para poder llevar a cabo la tarea encomendada tendrán que tomar decisiones individuales, desarrollar y ejecutar la política anticompetitiva, etc. Digamos que se mezcla un poco de intervencionismo administrativo para garantizar la libertad económica.

SEXTA. – Finalmente cabe decir que el presente caso práctico, salvando las distancias, ha ocurrido en la realidad y que es la Comisión Europea la encargada de dictar las resoluciones relativas a las empresas falseadoras de la competencia (DAF, Daimler, IVECO, MAN y Volvo/Renault). De hecho, la investigación se inició por la denuncia de una de las cartelistas que buscaba con ese acto acogerse a los programas de clemencia y tener acceso a las rebajas de las multas económicas. Lo complejo será establecer el daño concreto que se le ha causado a los particulares y las consecuentes indemnizaciones.

SÉPTIMA. – La dificultad de establecer el momento temporal de comisión del delito. En el Código Penal destaca la teoría de la acción para determinar a qué Ley es de aplicación al supuesto de hecho. En el año 2015 tuvo lugar una reforma sustancial de dicho Código que hace que en el caso que nos atañe, tengamos que debatir sobre las dos redacciones. Por este motivo y en el derecho en general, es capital determinar qué ley es aplicable. De hecho, en el círculo de los delitos societarios se ha visto en varias sentencias que uno de los argumentos esgrimidos es que en el momento de la acción los hechos determinantes no estaban tipificados. Esto ha sido así porque la administración desleal es de reciente creación, concretamente del año 1995 y las conductas susceptibles de subsumirse en el precepto quedarían impunes si se hubiesen cometido antes de la entrada en vigor de este.

OCTAVA. – Puede ocurrir que una conducta se pueda calificar en diferentes tipos delictivos y por tanto se tendrá que ahondar más en el estudio del comportamiento del sujeto activo. Lo primero será atender a los hechos punibles. Seguidamente se tendrán que calificar. Este es el punto controvertido porque un mismo comportamiento, como bien ha pasado en el caso, se puede subsumir en más de una calificación. La descripción abstracta del comportamiento que hace el legislador tendrá que ser adaptada al caso concreto, pero

sin salirse del principio de legalidad, tan relevante en derecho penal. Tratando los principios, el de garantía y el de seguridad jurídica también tendrán que conjugarse con el anteriormente comentado. Lo que se busca es que los individuos tengan claro qué comportamientos son sancionables y que solamente ellos serán objeto de una pena. En el presente caso, el tipo objetivo y el tipo subjetivo, como bien se ha expuesto en el apartado correspondiente, serán interpretables y darán como resultado doctrinas diferentes y también calificaciones diferentes. Llegamos a la conclusión de que el sujeto activo comete el delito de apropiación indebida recogido en la anterior redacción del Código Civil.

NOVENA – El estudio de una ley, como lo fue en el presente caso con la Ley de Azcárate, ha servido para observar la evolución de las convicciones en según en qué momento de la historia nos situemos. Al ser un cuerpo normativo del año 1908 podemos concluir sin mucho esfuerzo que puede que esté un poco desfasada. Si acudimos a la misma, numerosos artículos han sido derogados. A nuestro entender, es una Ley breve y concisa que ha de ponerse también en común con otras para lograr una protección integral de prácticas usurarias. Conectándolo con el caso y abstrayéndolo un poco a la realidad, la práctica bancaria de estos días ha mutado sustancialmente. Aunque resulta una garantía y un referente, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la Ley de Defensa de los Consumidores acaban de perfilar esta necesaria garantía. Con todo, al resolver el caso hemos caído en la cuenta de que las personas jurídicas no gozan del blindaje necesario al no ser consideradas como consumidores. Personalmente y tal como ampara el TJUE, debería observarse la superioridad de las entidades bancarias como parte redactora, al considerar a una entidad como consumidora. Por ejemplo, en la contratación del arrendamiento financiero del caso, probablemente Cayetana hubiera firmado el mismo contrato en sede de la empresa, como a título individual.

DÉCIMA. – Para terminar con un aporte personal, decir que lo más llamativo en el Derecho en general, es que existen numerosas opiniones acerca de un precepto. Leer y contrastar opiniones enriquece, además de observar las técnicas de persuasión y de argumentación. La ampliación o limitación de un concepto contenido en una ley también es tarea que tanto la doctrina como la jurisprudencia lleva a cabo. Es resultado de una ponderación de derechos y de principios que desemboca en una opinión fundada. Agradecer los votos particulares, que más allá de la limitación de la responsabilidad, hace que quede patente que no todo un tribunal tenga que estar de acuerdo y que se puedan plasmar las discrepancias y motivos. Finalizar destacando la singularidad de cada caso y de las cosas estáticas en derecho no existen.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SOTO, R. “Derecho de la Competencia I”, en AA. VV *Lecciones de Derecho Mercantil Volumen I*. A. Menendez, A. Rojo (dirs). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2017, p. 300
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. “Protección de la libre competencia”, *Apuntes de Derecho Mercantil, Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y propiedad industrial*. Ed. Thomson Reuters. Cizur Menor 2013, p. 295.
- CAMACHO ROSALES, F. “Apropiación Indevida vs Administración Desleal”, (Trabajo de fin de Grado). Octavio García Pérez (dir). 2013, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla.
- FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios. Conforme al C.P. de 1995*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1996, p. 570.
- FAURA ENRIQUEZ, P VALDÉS BURGUI, A. “Intercambios ilícitos de información entre competidores: límites y conexión con los cárteles y la clemencia”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº32, marzo 2013, p 10.
- FERNANDO GASCÓN, I. “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm.1 vol.9, Madrid 2017, pp. 6-8.
- GADEA, E. GAMINDE, E. REGO, A. “Tema 14. Contratos de Financiación”, *Derecho de la Contratación Mercantil*. Ed. Dykinson. Madrid 2016, pp. 292-294.
- GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, J. “Contratos de financiación y Contratos Bancarios”, en AAVV. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (dir) *Contratos Mercantiles Volumen I*. Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2007, pp. 893- 910.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. “La compleja interacción entre el Derecho Comunitario y el Derecho nacional en la aplicación pública del Derecho de la Competencia: A propósito de los programas de clemencia.”. *Revista Española de Derecho Europeo*, nº59, 2016, p. 6.
- ÍÑIGO FUSTER, A. “Nulidad y Usura. La nulidad del préstamo usurario a la luz de la Ley de Represión de la Usura”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num.16/2003 parte Comentario*. Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor 2003, pp. 7-13.
- JUDEL PRIETO, A. PIÑOL RODRÍGUEZ, J. “Tema 2”, en AAVV. *Manual de Derecho Penal parte general tomo I*. C. Suárez-Mira Rodríguez (dir). Ed. Thomson Reuters. Cizur Menor 2017, pp.108.
- LAUNA ORIOL, C. “Falsedad Documental Societaria. Art. 209 del Código Penal”, *Delitos societarios. El delito de la administración desleal*, nº11 y 12, mayo 2017, p. 23.

- LUZÓN PEÑA, D. ROSO CAÑADILLAS, R. “La administración desleal societaria en el derecho penal español”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm.3, Barcelona 2010, pp. 5-26.
- MARTINEZ BUJÁN-PÉREZ, C. “Lección Cuarta, Delitos Societarios (Capítulo XIII del Título XIII: arts. 290 a 297)”, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2011, p. 353.
- MARTINEZ BUJÁN-PÉREZ, C. “Pasado Presente y Futuro de los delitos de Administración Desleal y Apropiación Indebida”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p.7-9.
- OLMEDO PERALTA, E. “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (*umbrella pricing*): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del derecho de la competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº15, julio 2014, p. 7.
- PASTOR MUÑOZ, N. “Tema 11 Delitos contra el patrimonio II”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal parte especial*. J. M. Silva Sánchez (dir). Ed. Atelier. Barcelona 2015, pp. 268-271.
- REMÓN PEÑALVER, E. *Administración Desleal y Apropiación Indebida tras la Reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo*. 2017.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro derecho interno”, en AA.VV. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. M. José Morillas, P. Pirales Viscasillas y L. José Porfirio Carpio (dirs.) Ed. Universidad Carlos III de Madrid. Getafe 2015, p. 10.
- SANCHEZ, CALERO, F. “Regulación de la competencia” en AA. VV *Principios de derecho mercantil Tomo I*, J. Sánchez-Calero Guilarte (rev). Ed. Thomson-Reuters. Cizur Menor 2014, p. 97.

IX. NORMATIVA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE núm. 83 de 30 de marzo de 2010.

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 Texto pertinente a efectos del EEE, DOUE núm.349 de 5 de diciembre de 2014.

Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, DOUE núm.1 de 4 de enero de 2003.

Reglamento (CE) nº1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, DOCE núm. 203, de 1 de agosto de 2002.

Reglamento (UE) nº330/2010, de 20 de abril de 2010, de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DOUE núm.102 de 23 de abril de 2010.

Reglamento (UE) nº461/2010, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. DOUE núm. 129, de 28 de mayo de 2010.

Reglamento (UE) nº1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE núm. 351 de 20 de diciembre de 2012.

Decisión de la Comisión de 3 de mayo de 2006 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y con el artículo 53 del Acuerdo EEE, DOUE núm. 353 de 13 de diciembre de 2006.

Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (2004/C/101/08), DOUE núm. 101 de 27 de abril de 2004.

Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, BOE núm. 206, de 24 de julio de 1908.

- Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, BOE núm. 90, de 15 de abril de 1994.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, BOE núm. 89 de 14 de abril de 1998.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 2 de julio de 2007.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.
- Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014.
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, BOE núm. 289, de 16 octubre de 1885.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.
- Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.

X. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- TJUE

STJCE de 13 de febrero de 1969, (as. 14/68).

STJUE caso del cártel holandés del cemento de octubre de 1972, (EU:C:1985:284).

STJUE caso Binon, de 25 de marzo de 1985, (EU:C:1985:284).

STJUE de 20 de septiembre de 2001, (ECLI:EU:C:2001:465).

STJUE de 13 de julio de 2006, (ECLI:EU:C:2006:461).

STJUE 13 de julio de 2006, (ECLI:EU:C:2006:461).

STJUE de 30 de enero de 2014, (ECLI:EU:C:2014:1317).

STJUE de 21 de mayo de 2015, (ECLI:EU:C:2015:335).

- TS

STS de 13 de febrero 1941, (RJ 1941\147).

STS de 11 de febrero 1989, (RJ 1989\829).

STS de 9 de enero de 1990, (RJ 1990\8).

STS de 12 de diciembre de 1994, (RJ 1994\10591).

STS de 26 de febrero de 1998, (RJ 1998\1196).

STS de 2 de octubre de 2001, (RJ 2001\7141).

STS de 7 mayo de 2002, (RJ 2002\4045).

STS de 17 de junio de 2002, (RJ 2002\5223).

STS de 29 de julio de 2002, (RJ 2002\6357).

STS de 11 de julio de 2005, (RJ 2005\5418).

STS de 23 de febrero de 2006, (RJ 2006\5792).

STS de 14 de julio de 2006, (RJ 2006\6088).

STS de 17 de mayo de 2007, (RJ 2007\3542).

STS de 24 de junio de 2008, (RJ 2008\4085).

STS de 12 de mayo de 2009, (RJ 2009\4863).

STS de 4 de junio 2009, (RJ 2009\4747).

STS de 15 de marzo de 2011, (RJ 2011\3321).

STS de 26 de octubre de 2011, (RJ 2012\1126).

STS de 9 de mayo de 2013, (RJ 2013\3088).

STS de 7 de noviembre de 2013, (RJ 2014\487).

STS de 2 de diciembre de 2014, (RJ 2014\6872).

STS de 3 de junio de 2016, (RJ 2016\2306).

STS de 30 de enero de 2017, (RJ 2017\371).

- **AP**

SAP de Cádiz de 25 de enero 1994, (AC 1994\740).

XI. APÉNDICE DE RESOLUCIONES

CNC resolución de 12 de noviembre de 2009, (Expte. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal).

CNC resolución de 28 de julio de 2010, (Expte. S/0091/02 Vinos Finos de Jerez).

CNC resolución de 27 de mayo de 2011, (Expte. S/0128/09 Fabricantes de Envases Hojalata).

CNMC resolución de 28 de abril de 2016, (Expte. S/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET).

CNMC resolución de 28 de julio de 2016, (Expte. SAMAD/09/2014 Concesionarios NISSAN).

CNMC. “Actuaciones competencia - Año 2017”.