



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**Facultad de Derecho**

Trabajo de  
Fin de Grado

**El cártel de camiones  
y las restricciones a la  
competencia**

**Autor: Javier Sevilla Fernández**

**Tutora: María Rocío Quintáns Eiras**

**Simultaneidad de Grado en Derecho y Grado en  
Administración y Dirección de Empresas  
Año 2018**

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	3
ANTECEDENTES DE HECHO.....	4
INTRODUCCIÓN.....	6
<b>PARTE I. CONSIDERACIONES GENERALES DEL DERECHO ANTITRUST.....</b>	<b>8</b>
1. CONTEXTO HISTÓRICO. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	8
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	10
3. MARCO REGULATORIO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	11
3.1. <i>Dualidad normativa en materia de Derecho de la Competencia.</i> .....	11
3.2. <i>Criterio para determinar la aplicación de una u otra normativa.</i> .....	12
<b>PARTE II. TRANSPORTE PESADO Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.....</b>	<b>14</b>
1. CONDUCTAS COLUSORIAS EN EL DERECHO DE LA UE.....	14
2. ACUERDOS EMPRESARIALES PROHIBIDOS EN EL DERECHO ANTITRUST.....	18
2.1. <i>Acuerdos horizontales.</i> .....	18
2.2. <i>Acuerdos verticales.</i> .....	21
3. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS ILÍCITOS ANTITRUST.....	23
3.1. <i>Incumplimiento de las normas antitrust: la prueba.</i> .....	24
3.2. <i>Producción del daño y existencia de un nexo causal.</i> .....	26
3.3. <i>Derecho a ser indemnizado. Cuantificación de los daños y alcance de la indemnización.</i> .....	27
4. CAUCES PROCESALES PARA EJERCITAR LAS ACCIONES.....	29
1.1. <i>Denuncia en la vía administrativa.</i> .....	30
1.2. <i>Vía jurisdiccional y “private enforcement” en materia antitrust.</i> .....	33
<b>PARTE III. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES.....</b>	<b>36</b>
1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	36
2. DELITO DE FALSEAMIENTO DE CUENTAS.....	38
3. DELITOS DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.....	40
4. CONCURSO DE DELITOS.....	42
<b>PARTE IV. CONTRATOS ATÍPICOS: EL CONTRATO DE <i>LEASE BACK</i>.....</b>	<b>43</b>
1. APLICACIÓN DE LA LEY DE REPRESIÓN DE LA USURA AL CONTRATO.....	43
2. ÓRGANO COMPETENTE PARA EL CONOCIMIENTO DEL ASUNTO Y POSIBLES ACCIONES.....	46
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>47</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>49</b>
<b>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>50</b>

# ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<b>Art</b>	Artículo
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CdC</b>	Código de Comercio
<b>CDF</b>	Carta de Derechos Fundamentales
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CNMC</b>	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
<b>CP</b>	Código Penal
<b>DC</b>	Derecho de la Competencia
<b>DH</b>	Directrices Horizontales
<b>DV</b>	Directrices Verticales
<b>LDC</b>	Ley de Defensa de la Competencia
<b>MPR</b>	Mantenimiento del Precio de Reventa
<b>PE</b>	Parlamento Europeo
<b>RAC</b>	Red de Autoridades de Competencia
<b>RAE</b>	Real Academia Española
<b>RDC</b>	Reglamento de Defensa de la Competencia
<b>REC</b>	Reglamento de Exención por Categorías
<b>Ss</b>	Sentencias
<b>STGUE</b>	Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea
<b>STJUE</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TFUE</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>TUE</b>	Tratado de la Unión Europea
<b>UE</b>	Unión Europea

# ANTECEDENTES 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 la mismas comenzó a cambiar. Durante al menos 6 horas las puertas de la sala de reuniones del hotel donde se venían hospedando desde que empezaron a visitar La Herrería permanecían cerradas en una reunión, donde, además de los tres administradores citados, participaban otros administradores de empresas componentes de los distintos grupos empresariales.

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

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

Durante las reuniones, la dinámica era la siguiente. En cada una de las reuniones los distintos fabricantes ponían a disposición de los demás un configurador que permitía al resto conocer, de manera detallada, cual 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, cual 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, TRANSLOGIC 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 TRANSLOGIC, 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.

# INTRODUCCIÓN

La redacción y presentación del caso, al que se dará solución a lo largo de las siguientes páginas, no es una cuestión trivial; por el contrario, el hecho de que en los hechos planteados, se vinculen el Derecho de la Competencia y el sector dedicado a la venta de transportes pesados, fue el fruto final de la búsqueda por aunar, bajo un mismo proyecto, diversos objetivos.

En primer lugar, y a la vista de las múltiples ramas existentes dentro del Derecho Mercantil, se apostó por asociar la problemática con alguna de ellas, cuya presencia goce de notable relevancia en el día a día de todo agente económico. En este sentido, hace ya casi un siglo, el trigésimo primer presidente de los EE.UU., Herbert C. Hoover, enunció que “la competencia no es sólo la base de la protección del consumidor, sino que es además el incentivo para el progreso”. La defensa de dicha competencia es, pues, el objetivo último y primordial de las normativas antitrust, haciendo posible que toda persona, ya sea como consumidor final, como productor o como intermediario, tome sus decisiones diarias en mercados que operen bajo el paraguas de la máxima libertad. Fue ésta la razón que determinó su elección como base para sentar la casuística propuesta.

El segundo objetivo que se pretendía alcanzar a la hora de presentar este caso, pasaba por plantear la resolución de un problema de la máxima actualidad. A estos efectos, la reciente Decisión de la Comisión Europea<sup>1</sup>, por la cual se sanciona a los mayores fabricantes de camiones de la UE, nos puso en la pista de un caso actual cuya solución final aún no está exenta de conflicto. Y es que, si bien los fundamentos jurídicos que avalan la sanción ya han sido expuestos por la Comisión, queda aún pendiente de resolver la etapa final, en la que los perjudicados buscarán ser indemnizados por los daños concretos sufridos. Así, aspectos como el nexo causal o la cuantificación del perjuicio concreto ocasionado, a los cuales se dedican varios apartados de este trabajo, son aspectos clave a los que los consumidores deberán enfrentarse en sede judicial.

En último lugar, con el objetivo de abarcar más de una disciplina, se plantearon dos cuestiones complementarias relacionadas con la empresa pero desde diferentes puntos de vista. Por un lado, se optó por incluir en los hechos algún tipo de conducta llevada a cabo por un administrador de la sociedad, susceptible de generar consecuencias jurídico penales. Por otro, se introdujeron una serie de cuestiones relativas a los contratos de *lease back* que, fuera del contrato común de préstamo, suponen una fuente alternativa de financiación para las empresas.

Por su parte, la resolución del caso, teniendo en cuenta las cuestiones analizadas y las disciplinas abarcadas, se ha estructurado en base a cuatro partes o bloques relativas, cada una de ellas, a un ámbito del Derecho concreto.

Así, el primero de los apartados, el cual engloba una serie de consideraciones generales necesarias para poder comprender correctamente la resolución de los siguientes apartados, se inicia con el estudio de la evolución histórica y del bien jurídico protegido por la normativa antitrust, para analizar posteriormente tanto la existencia de

---

<sup>1</sup> Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, *Asunto Trucks*.

un marco regulatorio doble en este ámbito, comunitario y nacional, como el criterio que determinará la aplicación de una u otra normativa.

El segundo de los apartados, se sumerge en las cuestiones relacionadas con el Derecho de la Competencia necesarias para dar solución a las cuestiones planteadas en el caso. Para ello, dicho apartado segundo se subdivide en tres materias. Por un lado, se exponen las diferentes conductas prohibidas por las normativas antitrust, tanto comunitarias como nacionales, analizando los elementos típicos que las componen y las consecuencias jurídicas que llevan aparejadas. Por otro lado, se tratan aquellas cuestiones relativas a la responsabilidad civil, tales como los requisitos para demostrar la existencia de un daño concreto causado por la infracción cometida, o los diversos métodos aplicables para cuantificar dicho perjuicio. Por último, se analizan los cauces procesales a través de los que el perjudicado puede ejercitar sus acciones, exponiendo las competencias que han sido otorgadas a cada vía, así como las bondades y desventajas características de cada una de ellas.

El tercer apartado, se adentra en el análisis de los diferentes tipos penales vinculados con la figura de los administradores en el ejercicio de sus facultades. Así, previo estudio de una serie de cuestiones generales relacionadas con la prescripción y la prohibición de aplicación retroactiva en el ámbito penal, se procede a analizar, respecto del caso concreto, cada uno de los elementos típicos del delito de falseamiento de cuentas, la posibilidad de aplicación de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida, valorando el posible efecto que pudiera tener la reforma operada en el año 2015, y el tipo de concurso que operaría entre dichos tipos penales.

Por su parte, el apartado cuarto, se dedica al contrato de *lease back* y a la posible aplicación a éste de las disposiciones contenidas en la Ley de Represión de la Usura destacando, además, las posibilidades de actuación de la demandante y las normas de competencia objetiva y territorial aplicables.

En adición a estos apartados, y con el objetivo de facilitar la comprensión final del conjunto de ideas expuestas, se han perfilado una serie de conclusiones que, bloque por bloque, exponen los razonamientos jurídicos básicos aplicados a la hora de resolver la problemática concreta propuesta.

## PARTE I. CONSIDERACIONES GENERALES DEL DERECHO ANTITRUST.

### 1. Contexto histórico. Origen y evolución del Derecho de la Competencia.

Los orígenes de las primeras regulaciones en materia de defensa de la competencia deben de ser buscados en la otra orilla del Atlántico, concretamente, dentro de la normativa desarrollada al efecto en Estado Unidos a finales del siglo XIX.

En este sentido, la aplicación de políticas defensivas de la competencia, por parte de los órganos gubernamentales en territorio estadounidense inició su andadura con la aprobación, por parte del Congreso de los Estados Unidos en 1887, de la *Interstate Commerce Act*, considerada como la primera ley antitrust norteamericana. Con dicho texto normativo se creaba la primera agencia federal – la *Interstate Commerce Commission* –, dotada de los poderes necesarios para investigar abusos por parte de los agentes del mercado. El objetivo radicaba en la regulación de las conductas de los mismos, eliminando comportamientos monopolísticos y de dominancia en los mercados.

Los motivos que desencadenaron dicho movimiento redundaban en las prácticas abusivas que llevaban a cabo las compañías de trenes en la época pues, en virtud del control que ejercían sobre su propio mercado, eran capaces de modificar y establecer las tarifas a su propia discreción. Así, la ICA sentaba las bases para mantener una competencia efectiva en el mercado, imponiendo a las citadas compañías diversas obligaciones. Entre ellas, la exigencia de que las tarifas fijadas fuesen justas y razonables, la obligación de hacer públicos los precios y, por último, la prohibición de aplicar políticas de precios que discriminasen a los pequeños productores, principalmente a los granjeros del oeste y sur del país. Desafortunadamente, las limitaciones a las que estaba sometida dicha comisión, que sólo podía perseguir conductas de este tipo que cruzasen las fronteras entre dos o más estados, provocaron que su efectividad fuese cuanto menos reducida, consiguiendo llevar ante los tribunales solamente dieciséis casos entre los años 1887 y 1906.

A pesar de lo previamente expuesto, tal vez el mayor exponente y principal referencia en cuanto a los inicios del antitrust se remonta al año 1890, con la promulgación de la *Sherman Antitrust Act*.

*“La originaria cultura liberal e individualista norteamericana, proclive al desarrollo del potencial personal a partir del principio de igualdad de oportunidades y reacia a cualquier forma de concentración de poder, sirvió de base para el establecimiento de esta norma que, en su sección primera, declaraba ilegales y sancionaba, so pena de multa y prisión, las conspiraciones, contratos o acuerdos, en forma de trust o de cualquier otro modo, que restrinjan el libre mercado o el comercio entre los distintos Estados o con naciones extranjeras”<sup>2</sup>.*

---

<sup>2</sup> FONSECA FURTADO, R., *Cárteles de núcleo duro y Derecho Penal. ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?*, B de F, Montevideo, 2017, pp. 36 y 37

Mientras que los objetivos de dicha norma han sido debatidos a lo largo de la historia, yendo desde la maximización del bienestar hasta garantizar la equidad en los mercados, pasando por la defensa de los intereses de los grupos de presión formados, en aquellas época, por los comerciantes y extranjeros; “*el espíritu de la misma es claro, estando muy estrechamente vinculada a la creencia de que los monopolios son incompatibles con la tradición democrática de los Estados Unidos*”<sup>3</sup>.

Cabe reseñar que, si bien la normativa vio la luz hace ya más de un siglo, el principio fundamental de la misma, basado en la prohibición de fijar precios entre competidores, se ha asentado con gran intensidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EEUU. Aunque ciertamente se han establecido aclaraciones y precisiones como la *rule of reason*, que exige que los acuerdos restrictivos fuesen carentes de toda razonabilidad para considerarlos fuera de los límites de la legalidad, dicho principio ha encontrado muy pocas excepciones a lo largo de la historia del país.

En Europa, formada por naciones mucho más antiguas que las americanas, no fue hasta pasados setenta años desde la promulgación de la *Sherman Act*, con la suscripción del Tratado de Roma de 1957, cuando se gestó una regulación común en materia de ordenación del mercado y la economía.

Así, el principio básico que inspiró dicho tratado no fue otro más que el principio de la libre competencia. Sin embargo, los objetivos, una vez integradas y confundidas las economías nacionales en un mercado común eran, cuanto menos, ambiciosos. Y es que, en esencia, los países firmantes – Francia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Italia y Alemania – trataban de conseguir y favorecer los procesos de fusión y concentración que permitiesen alcanzar niveles competitivos en la economía global, pero siempre con una limitación, evitar conductas colusorias o prácticas abusivas en los mercados que falseasen la libre competencia.

En línea con el contexto integrador europeo, y realizando un análisis comparativo de ambos modelos de defensa de la competencia – americano y europeo – se puede apreciar como la óptica con la que ambos sistemas regulatorios conciben el poder de las empresas es virtualmente distinto. Así, mientras que EE.UU. adoptó desde un principio una postura radicalmente contraria y represora de cualquier tipo de posición de dominio en el mercado deriva de concentraciones de poder, Europa solamente reprimió aquellas conductas de abuso de poder. En la medida en que uno de los objetivos fundamentales de la Unión Europea era alcanzar un nivel de fortaleza suficiente como para competir con las grandes compañías extranjeras, la concentración era inevitable y, por tanto, no podía ser castigada en forma alguna.

En la actualidad, fundamentalmente a lo largo de la última década, el Derecho de la Competencia en Europa ha ido desarrollándose paulatinamente, adaptándose a la realidad económica y a las necesidades de los mercados. Así, tal y como se mostrará al lector en apartados posteriores, la aplicación de las normas comunitarias ha iniciado una etapa descentralizadora, pasando de la aplicación pública – llevada a cabo por los principales órganos administrativos – Comisión Europea y autoridades nacionales de la competencia – a una aplicación privada, realizada por los órganos jurisdiccionales a raíz de la interposición de acciones judiciales por parte de los agentes privados.

---

<sup>3</sup> DIEZ ESTELLA, *La discriminación de precios en el derecho de la competencia*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p.75

## 2. Bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia.

Esbozados unos primeros trazos de lo que han sido los inicios y la evolución del Derecho de la Competencia procede, con el objetivo de mostrar al lector el porqué de dicha regulación, adentrarse en el análisis de cuál es el bien jurídico protegido por este tipo de normativa y cuáles son las prácticas llevadas a cabo por los agentes económicos que pueden producir un daño en el mismo.

A simple vista la cuestión parece no esconder enjundia alguna pues, tal y como se depende del propio nombre – Derecho de la Competencia – el objetivo del mismo será proteger la competencia en los mercados. Asimismo, si se recurre a la acepción que del término “competencia” realiza la Real Academia Española, el propio Diccionario nos daría la solución al señalar que la competencia es la *“situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio”*.

Sin embargo, el concepto de competencia, en términos económicos, va más allá de esa mera situación de rivalidad. La propia Teoría Económica ha venido explicando la importancia de la misma a partir de los efectos que genera. En este sentido, ya a finales del S.XVIII, Adam Smith establecía que *“el monopolio es un gran enemigo de la buena gestión, la cual no puede extenderse sino es mediante la competencia libre y generalizada que obliga a cada uno a recurrir a ella a fin de defender sus propios intereses”*. Muchos otros después de Smith procedieron al estudio de los mercados en competencia perfecta, mostrando sus efectos en la economía desde puntos de vista matemáticos y analíticos.

En este sentido, se considera que las ventajas principales de un mercado donde existe competencia efectiva o, en otras palabras, donde de verdad se genera un ambiente de rivalidad entre operadores económicos radican en:

- El establecimiento de los precios más bajos posibles a la vista de otro tipo de modelos de competencia, como los oligopolísticos o los monopolios.
- El estímulo constante de la innovación en relación con los procesos productivos.
- Una asignación eficiente de los recursos disponibles.
- Una mejora en la calidad del producto o servicio ofertado en el mercado.

De esta manera, podríamos señalar que el objetivo último o fundamental de la regulación sobre competencia es establecer las pautas o normas básicas que deben de imperar en los mercados para que se produzca, o se mantenga, una rivalidad efectiva. Así, el Derecho de la Competencia protege un bien jurídico diferente al de otras regulaciones – como aquellas relacionadas con la competencia desleal – pues, en definitiva, no trata de proteger a los competidores en particular, sino la competencia y la estructura del mercado en general.

Es por ello que, a lo largo de la historia, las normas sobre competencia han sido discutidas y rechazadas por aquellos sectores de la economía dominados por el liberalismo económico, fieles defensores de la autorregulación del mercado y del *“laissez faire, laissez passer”*, así como detractores radicales de movimientos o tendencias intervencionistas por parte del Estado en la economía.

### 3. Marco regulatorio del Derecho de la Competencia.

#### 3.1. Dualidad normativa en materia de Derecho de la Competencia.

Antes de adentrarnos en la regulación concreta que ha sido promulgada hasta la fecha en el seno de la UE en materia de defensa de la competencia, es requisito imprescindible hacer referencia a los cuatro documentos que sirven de pilar para la misma, así como a la efectiva aplicación que tienen en los Estados.

A saber, los pilares de la UE se asientan sobre el Tratado de la Unión Europea<sup>4</sup> – en adelante, TUE –, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>5</sup> – en adelante, TFUE –, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica– Tratado EURATOM – y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>6</sup> – CDF –. Cabe destacar, pues, que todo lo contenido en ellos es de obligatorio cumplimiento en los Estados miembros, formando parte de los derechos fundamentales de todo ciudadano de la UE el poder invocarlos ante cualquier tribunal.

En este sentido, las bases del mercado común emanan de la propia CDF y del TUE en la medida en que ambas establecen los principios y caracteres básicos que deben de imperar en él. Mientras que la CDF, en su art. 16<sup>7</sup>, establece la libertad de empresa como una de las libertades fundamentales englobadas dentro del Título II; el TUE, al establecer las características básicas del mercado común, hace referencia ya a la necesidad de formar éste bajo los principios de la competitividad<sup>8</sup>.

A su vez, el TFUE en su art. 3.1 apartado b) establece la competencia exclusiva de la UE en “el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior”. En el mismo sentido se manifiesta el Protocolo núm. 27 sobre mercado interior y competencia.

Sin embargo, para poder encontrar las primeras disposiciones tendentes a regular y sancionar de manera concreta las prácticas perjudiciales para el mercado y, por tanto, orientadas objetivamente a proteger y garantizar la competencia del mismo, es necesario acudir al TFUE. Y es que, en esencia, y no sin haber ido sufriendo múltiples modificaciones normativas, así como cambios de denominación, el TFUE es heredero del originario Tratado de Roma de 1957 que, como bien se ha señalado en párrafos precedentes, sentaba ya las bases de la primera regulación antitrust europea.

De esta manera, los arts. 101 y 102 del TFUE, iniciadores del Capítulo I del Título VII, postulado bajo el rótulo “Normas sobre competencia”, vienen a regular, en tono negativo o prohibitivo, todas aquellas conductas gravemente perjudiciales para el mercado. A saber, el art. 101 prohíbe todas aquellas prácticas concertadas y acuerdos entre empresas que falseen la competencia, es decir, las denominadas prácticas colusorias. Mientras, el art. 102 TFUE hace referencia a aquellas prácticas abusivas que

---

<sup>4</sup> DOUE núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.

<sup>5</sup> DOUE núm. 326, de 26 de septiembre de 2012.

<sup>6</sup> DOUE núm. 303, de 14 de diciembre de 2007.

<sup>7</sup> **ART. 16 CDF:** Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

<sup>8</sup> **ART. 3.3 TUE:** La Unión establecerá un mercado interior. [...] en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social [...].

deriven del ejercicio, por parte de las empresas, de una posición de dominancia en su mercado de referencia.

En adición a la regulación comunitaria, los diversos Estados han ido promulgando normas que caminan en la misma trayectoria. En el caso español, la propia Constitución Española<sup>9</sup> - en adelante, CE -, en su art. 28, reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado; completándose el precepto al señalar que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

En relación con la redacción del precepto constitucional, el Estado español ha promulgado una normativa acorde a la protección del mercado y de la competencia materializada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>10</sup> - en adelante, LDC -. Dicha normativa nacional, en línea con la regulación comunitaria, regula en sus arts. 1 y 2 las prácticas colusorias y los abusos a través de posición de dominio. Todo ello con el objetivo de disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado.

Podemos concluir, pues, que en el marco del Derecho de la Competencia en Europa existe una doble dimensión regulatoria. Por un lado, la dimensión comunitaria, formada por todas las normas emanadas de la UE - aquí se engloban no sólo aquellas con eficacia directa, como los reglamentos, sino también otras que requieren de transposición (v.gr. directivas) -. Por otro, las legislaciones nacionales de cada uno de los Estados miembros de la Unión tendentes a regular y tipificar las conductas prohibidas dentro de sus fronteras.

### **3.2. Criterio para determinar la aplicación de una u otra normativa.**

A la vista de lo anterior, para la resolución y eliminación de una determinada conducta vulneradora de la competencia será necesario resolver una cuestión previa: qué regulación es aplicable a cada caso concreto. En este sentido, la situación de dualidad normativa conllevará la necesidad de establecer parámetros o criterios que determinen la aplicación o no de cada regulación.

Para poder determinar cuál es el criterio diferenciador, es necesario analizar la redacción que en ambas normativas se da a los preceptos. Así, los artículos 101 y 102 del TFUE hacen referencia a acuerdos o prácticas abusivas que “*puedan afectar al comercio entre los Estados miembros*”. Mientras, los primeros artículos de la LDC, si bien redactados en términos similares, acuden a la expresión “competencia en todo o en parte del mercado nacional”.

De esta forma, parece que el criterio utilizado para determinar la normativa aplicable en aquellos casos en los que existan conductas lesivas de la competencia será, pues, el de la afectación del mercado o comercio entre Estados miembros de la UE. En este mismo sentido se ha venido manifestando la jurisprudencia comunitaria a lo largo

---

<sup>9</sup> BOE núm. 311, de 20 de diciembre de 1978.

<sup>10</sup> BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

del tiempo. Un ejemplo, entre otros<sup>11</sup>, lo encontramos en la Sentencia del TJUE relativa al Asunto Zoja<sup>12</sup> de 6 de marzo de 1964 cuando, en su considerando trigésimo primero, señala que “*esta expresión [afectación del comercio entre Estados miembros] pretende delimitar la esfera de aplicación de las normas comunitarias en relación con las legislaciones nacionales*”. Determinado el criterio, es requisito imprescindible ahondar en el significado o alcance del elemento “afectación del comercio”.

En lo que se refiere al término “afectación”, a pesar de tratarse de una cuestión discutida en sus inicios, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ambas han llegado a la conclusión de que el mismo conlleva la alteración de las condiciones en que se desarrolla el mercado entre los Estados miembros, provocando dificultades o perjuicios en el funcionamiento del mercado común. Así ha sido afirmado por la jurisprudencia al establecer que, “*será objeto de la normativa comunitaria toda aquella conducta cuyo efecto estribe en la imposición de dificultades a la integración de los mercados nacionales*”<sup>13</sup>.

Además, para que una conducta recaiga dentro de las prácticas vetadas por las normas antitrust comunitarias, sus efectos sobre el comercio deben de ser de una entidad tal, que produzcan distorsiones apreciables sobre los flujos de intercambio comerciales. Aspecto que no se manifestaría, por ejemplo, en aquellos casos en los que las operaciones de los agentes intervinientes fuesen de escaso volumen.

Por su parte, la expresión “comercio” podría entenderse en el sentido más tradicional como mero intercambio de bienes. Sin embargo, a la vista de la diversidad de sentencias dictadas hasta el momento<sup>14</sup>, podemos inferir que el término debe ser interpretado en un sentido más laxo, englobando todo tipo de actividad económica en todas sus fases. En esencia, abarcaría tanto la distribución de bienes, como la producción de los mismos o, incluso, la prestación de servicios.

Podemos concluir, pues, que para que una conducta pueda ser denunciada bajo el paraguas del Derecho Comunitario es preciso que se den los siguientes requisitos en cuanto a la afectación del comercio:

- a) Que exista una alteración de las condiciones del comercio.
- b) Que la afectación de ese comercio pueda, previsiblemente, producir efectos negativos en los flujos de intercambios.
- c) Que se trate de cualquier tipo de actividad económica.
- d) Que el ámbito del comercio sea intracomunitario, es decir, que exceda de las fronteras de un Estado miembro.

En esencia, “*las normas comunitarias sobre competencia son aplicables cuando se falsea la competencia en el mercado común. Éste es el presupuesto material de aplicación del Derecho comunitario de competencia, que se desprende del tenor literal del art. 101 TFUE.*”<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Vid. SsTJUE de 13 de julio de 1966, *Asunto Grundig/Costen* y de 16 de julio de 1981, *Asunto Salonia*.

<sup>12</sup> STJUE de 6 de marzo de 1974, *Asunto Zoja* (EU/1973/6).

<sup>13</sup> STJUE de 12 de diciembre de 1967, *Asunto Brasserie de Haecht*

<sup>14</sup> Vid. SsTJUE 21 de enero de 2016, *Asunto Etura* y de 10 de abril de 2014, *Asunto Siemens*

<sup>15</sup> CALVO CARAVACA, A.L, CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho europeo de la competencia*, Colex, Madrid, 2000, p.173

## PARTE II. TRANSPORTE PESADO Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.

### 1. Conductas colusorias en el Derecho de la UE.

Si bien mencionado anteriormente, con la finalidad de entender hasta donde se extienden las prohibiciones en materia de acuerdos entre empresas, se torna necesario realizar un análisis más exhaustivo del art. 101 TFUE – y de su homólogo en la LDC –. Así, el citado precepto, antiguo artículo 81 TCE, establece la nulidad de pleno derecho de una serie de actuaciones por parte de los agentes económicos (*“acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas”*) cuyo efecto se proyecte sobre el comercio entre los distintos Estado miembros de la UE y que vayan dirigidos a alcanzar alguno de los efectos en él tasados (*“impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”*). A estos efectos, el citado precepto ejemplifica algunas de las conductas vetadas, como podría ser el caso de la fijación de precios o el reparto de cuotas de mercado. Por último, cabe señalar que dicha norma establece un régimen de inaplicación de esa prohibición y su efecto de nulidad a aquellas conductas que, si bien cumplen los requisitos expuestos previamente, a su vez *“contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico”*.

Por su parte, el art. 1.1 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado<sup>16</sup>, establece que *“los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.”*

Conectando la redacción de ambos preceptos, podemos concluir que estarán siempre prohibidas todas las decisiones, acuerdos o prácticas concertadas entre empresas si, cumpliendo las características descritas en el apartado primero del art. 101, la conducta no está amparada, a su vez, por el apartado tercero del citado precepto. Además, a la vista del Reglamento 1/2003, dicha normativa será de aplicación automática sin necesidad de un pronunciamiento previo por las autoridades de competencia, sin perjuicio de que éstas se reserven el poder para efectuar comprobaciones acerca de la acertada aplicación de la norma.

Vista la prohibición contenida en la normativa comunitaria, conviene hacer referencia aquí a las disposiciones contenidas en la LDC, con el objetivo de mostrar al lector la estrecha similitud entre ambas normativas anunciada en apartados previos. En este sentido, la prohibición relativa a los acuerdos entre empresas aparece recogida en el art. 1 LDC, cuya redacción únicamente incorpora una serie de conductas prohibidas que no son reflejadas en la regulación comunitaria. Así, a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, este precepto incluye las *“recomendaciones colectivas”* y *“las prácticas conscientemente paralelas”*. En cuanto a los efectos previstos por la normativa nacional tampoco difieren, pues se sanciona con la nulidad de pleno derecho de los acuerdos convenidos, estableciéndose a su vez un régimen de inaplicación de la

---

<sup>16</sup> DOUE núm. 1, de 4 de enero de 2003.

normativa en aquellos casos que, como en su análogo comunitario, generen efectos positivos en el mercado (*“mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico”*).

Una vez determinadas las prácticas prohibidas, tal y como sucede con los tipos penales, es necesario examinar cuáles son los elementos determinantes de la prohibición en vista a declarar la ilegalidad o no de una conducta concreta. A continuación, se procederá al análisis de los diferentes elementos que caracterizan a las conductas descritas en el art. 101 TFUE y que, en síntesis, hacen referencia a los receptores de la prohibición, a los diferentes modelos de conductas sancionadas y a los efectos de las mismas en el mercado.

En lo que se refiere a los **destinatarios de la norma**, de la redacción del precepto, se extrae que dichas prohibiciones son aplicables a todas las *“empresas”* y *“asociaciones de empresas”*. Ahora bien, el concepto de empresa ha de ser interpretado a la luz de lo dispuesto por la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, el TJUE ha precisado que *“en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*<sup>17</sup>, así como que *“en derecho de la competencia, el término empresa designa a una unidad económica en relación con el objeto del acuerdo en cuestión con independencia de que legalmente dicha unidad económica consista en varias personas, físicas o jurídicas”*<sup>18</sup>

Las notas que se pueden extraer de dicho concepto se resumen a continuación. En primer lugar, se dispone la necesidad de que la entidad lleve a cabo una actividad económica entendiendo, como tal, cualquier actividad de producción o distribución de bienes y servicios en el mercado, quedando excluido del mismo el consumo privado. En segundo lugar, es vital la existencia de una persona a la que imputar las consecuencias jurídicas de la conducta realizada. A estos efectos, aspectos como la forma jurídica o el tipo de financiación son irrelevantes. Así, puede tratarse tanto de una persona física o jurídica, como de un operador público o privado. Por último, se exige la independencia del operador en el ejercicio de la actividad económica en cuestión. Las implicaciones prácticas de esta última nota característica radican en que aquellas entidades que formen grupo de empresas, respecto de los acuerdos adoptados en el seno del mismo, no estarán sometidas a las restricciones impuestas por la normativa de defensa de la competencia. En este sentido, *“forman parte del mismo grupo empresarial respecto de la normativa de competencia todas las sociedades dependientes sometidas al control de una misma sociedad dominante, en la terminología del artículo 42 del Código de Comercio”*<sup>19</sup>.

En lo que respecta a las **conductas sancionadas**, la normativa antitrust hace referencia a las conductas colusorias como objeto de la prohibición. En este sentido, y acudiendo a la acepción dada por la RAE al término *“colusión”*, podemos identificar el mismo como cualquier *“pacto ilícito en daño de tercero”*. Si bien el objeto son estos pactos, con independencia de cómo se produzca la puesta en acuerdo entre empresas, la normativa comunitaria diferencia tres tipos de concertación – los acuerdos, las

---

<sup>17</sup> STJUE de 19 de abril de 1991, *Asunto Hofner y Elerser* (C-41/1990)

<sup>18</sup> STJUE de 12 de julio de 1984, *Asunto Hydrotherm* (C-170/83)

<sup>19</sup> Armengol, O., *La responsabilidad de las sociedades matrices por las conductas anticompetitivas de sus filiales* en Newsletter Pérez Llorca, Madrid, 2012, pp. 1 y 2.

decisiones y las prácticas concertadas – que, con diferencias sutiles, abarcan formas distintas.

Los **acuerdos** son susceptibles de ser definidos como todo tipo de concursos de voluntad entre concretas empresas, cualquiera que sea la forma en que se manifiesten y el modo en que se hayan producido. Para que un acuerdo pueda quedar sometido al campo de actuación de la legislación de defensa de la competencia, es necesario que se den dos condiciones básicas. A saber:

- a) Que haya consentimiento entre todas las partes involucradas en el acuerdo. A estos efectos, y a la vista de lo dispuesto por las autoridades comunitarias en defensa de la competencia, *“la forma en que dicho consentimiento sea manifestado por las partes resulta indiferente, pudiendo ser tácita o expresamente”*<sup>20</sup>.
- b) Que – y al hilo de la nota de independencia inherente al concepto de empresa – todas las partes intervinientes sean independientes o autónomas respecto a las demás en lo que se refiere a la toma de decisiones.

En lo que respecta la segunda modalidad de conducta, las **decisiones**, pueden ser conceptuadas como todas aquellas declaraciones de voluntad emanadas de los órganos de uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas y dirigidas a los miembros de las mismas. Así, la principal diferencia respecto de los acuerdos radica en el esquema de sujetos que adoptan el acuerdo. Mientras que en los acuerdos son las propias empresas las que convienen en llevar a cabo una determinada práctica respecto del mercado de referencia; en las decisiones son los órganos – legal o estatutariamente configurados – los que acuerdan la práctica concreta, vinculando a las empresas que forman parte de dicha unión.

Por último, las **prácticas concertadas** conformarían, respecto de las conductas colusorias y dada la indefinición de las mismas, una especie de cajón de sastre. Así, y tal como ha definido el Tribunal General del Unión Europea, *“constituye una práctica concertada prohibida toda toma de contacto directa o indirecta entre operadores económicos que pueda revelar a un competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o se propone adoptar en el mercado, cuando esta toma contacto tenga por efecto u objeto abocar a condiciones de competencia que no se correspondería con las condiciones normales del mercado. [...] Bastaría con que, mediante su declaración de intenciones, el operador económico haya eliminado o reducido sustancialmente la incertidumbre sobre el comportamiento que cabe esperar de él en el mercado.”*<sup>21</sup>

En cuanto al tercero de los elementos componentes de las prácticas colusoras, debe de atenderse a la **finalidad o consecuencias** del mismo. De la redacción del artículo 101 del TFUE se extrae que los acuerdos, prácticas concertadas o decisiones han de tener por *“objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia”*.

En este sentido, son dos los extremos a analizar para poder definir, con mayor o menor precisión, cuál es el alcance o significado concreto de los términos impedir, restringir o falsear, así como para discernir la expresión objeto de la de efecto – dada la

---

<sup>20</sup> Decisión de la Comisión Europea de 18 de diciembre de 1987, *Asunto Konica*.

<sup>21</sup> STPI de 15 de marzo de 2000, *Asunto Cementeras*.

diferencia anunciada por el propio texto normativo al recurrir a la conjunción disyuntiva “o” –.

Respecto de las **acciones impedir, restringir o falsear**, las diferencias principales son las siguientes. Mientras que el verbo impedir implica una eliminación total de la competencia en el mercado o entre las partes del acuerdo; restringir supone una acción de menor entidad, en la que la sigue existiendo competencia en el mercado, pero se ha neutralizado una de las variables que la conforman. Por su parte, el término falsear actuaría como una categoría que acoge al resto de acciones lesivas de la competencia que no puedan ser encuadradas dentro de las otras dos.

A modo ejemplificativo, un acuerdo impeditivo de la competencia lo encontraríamos en aquellos casos en los que dos o más empresas convengan un reparto de cuotas del mercado, de tal forma que se anule – en toda forma – cualquier acción tendente, por cualquiera de ellas, a atraer parte de la clientela del resto de agentes. Mientras, las prácticas restrictivas serían aquellas en las que las empresas pactasen términos acerca de cualquiera de las variables de competencia (v.gr. precio, estándares de calidad o introducciones tecnológicas).

Por otro lado, la diferencia entre las **expresiones objeto y efecto** radica en el contenido del acuerdo en cuestión tomado por las empresas. Así, en aquellos casos en los que del contenido del propio convenio suscrito por los operadores del mercado se pueda extraer el ánimo de producir o causar cualquiera de las acciones definidas anteriormente, se hablará de un acuerdo, práctica o decisión *con objeto*. Mientras, si los términos de dicho acuerdo no son tales, pero la consecuencia a efectos prácticos en el mercado en cuestión son la limitación, restricción o falseamiento, se hablará entonces *de efecto*. Dicha distinción es vital, pues quedan prohibidos – de esta manera – no sólo los acuerdos que expresamente estén orientados a afectar a la competencia, sino, además, aquellos que, no pactados en dichos términos, produzcan tal efecto.

Por último, cabe señalar que el efecto en la competencia no tiene por qué llegar a ser real o efectivo en el mercado. Así, serán sancionables tanto los acuerdos que efectivamente tengan consecuencias en el mercado como aquellos que, no llegando a producirlos, sean susceptibles de producir dicho efecto. En otras palabras, se abarcan tanto los efectos reales como los potenciales.

En adición a todo lo anterior, existe un último elemento a tener en consideración en toda ocasión en la que se produzca una conducta colusoria: la **significatividad** de dicha conducta en su efecto de restricción de la competencia. Dicho elemento tiene una trascendencia vital, puesto que toda aquella práctica cuyo efecto sea insignificante, inapreciable o de escaso efecto, supondrá que falte un elemento básico de la prohibición y que, por tanto, el mismo no pueda ser sancionado.

Si bien se trata de una nota no incorporada de manera expresa por la redacción del art. 101 TFUE, la normativa comunitaria, a través de las interpretaciones jurisprudenciales, ha venido consagrando desde los inicios de su aplicación la denominada “regla de *minimis*”, la cual excluye de la prohibición todos aquellos acuerdos, prácticas o decisiones que, si bien producen un efecto lesivo de la competencia, su magnitud es insignificante o inapreciable en el conjunto total del mercado.

La justificación que avala su aplicación estriba en el ya expuesto intento de la UE por crear un mercado común con capacidad de competencia a nivel global. Para conseguir dicho objetivo era completamente necesario que las empresas pequeñas y medianas cooperasen y conviniesen en acuerdos que aumentasen su competitividad y mejorasen sus posiciones en los mercados de referencia. De esta manera, la aplicación indiscriminada de la prohibición del art. 101 a cualquier tipo de acuerdos, con efectos apreciables o no en el mercado, supondría – a efectos prácticos – un obstáculo a la consecución de un mercado común.

Así las cosas, desde un inicio el Derecho Comunitario tuvo que fijar o determinar una serie de criterios que permitiesen enmarcar una práctica dentro de los parámetros de la significatividad o, por el contrario, excluirla por sus bajos efectos sobre la competencia. Pues bien, al igual que sucede en otros ámbitos normativos, la realidad de los mercados y sus estructuras operativas son elementos vivos que, más tarde o más temprano, exigen del regulador un constante desarrollo con el objetivo de conseguir una aplicación efectiva.

En este sentido, la regla de *minimis*, en su aplicación práctica, se ha servido a lo largo del tiempo de diversos criterios que han ido mutando a través de las distintas Comunicaciones emanadas de la Comisión Europea. Así, en un principio, mediante la Comunicación de 26 de diciembre sobre acuerdos de menor importancia y algunas posteriores<sup>22</sup>, la Comisión atendía al volumen de negocios y a la cuota de mercado conjunta como criterios principales. En la actualidad, y tras la publicación de la Comunicación de la Comisión de 30 de agosto de 2014, se fija como criterio básico la cuota de mercado conjunta, diferenciando entre acuerdos horizontales – 10% de cuota de mercado – y acuerdos verticales – 15% de cuota de mercado –. Además, las últimas interpretaciones establecen la prohibición de las restricciones que lo son por su objeto, en todo caso, así como aquellas que se establezcan de manera reglamentaria en las exclusiones por categorías.

## **2. Acuerdos empresariales prohibidos en el Derecho antitrust.**

### **2.1. Acuerdos horizontales.**

Entrando a valorar las prácticas llevadas a cabo por los operadores económicos del caso concreto que nos ocupa, es de vital importancia seguir una metodología específica que, tras el análisis de las diversas variables en juego, así como de los elementos del tipo, nos permitan obtener una calificación jurídica de la conducta con el objetivo de, posteriormente, contemplar las consecuencias jurídicas del mismo.

En este sentido, los pasos a ejecutar – manteniendo la línea de los apartados precedentes – suponen, en primer lugar, determinar la normativa aplicable al caso para, a continuación, encauzar la conducta dentro de uno de los tipos contenidos en la norma y analizar, uno por uno, los elementos constitutivos del mismo.

Por un lado, tal y como se señala en el caso concreto, si bien las empresas MAN España (en adelante, MAN), Daimler España (en adelante, Daimler) y FIAT Chrysler

---

<sup>22</sup> Comunicaciones de 3 de septiembre de 1986 y de 9 de diciembre de 1997

España (en adelante FIAT) tienen todas ellas domicilio social ubicado en España, se establece que su campo de actuación, en el que ofertan sus productos y ejecutan sus ventas, se extiende a la totalidad del mercado europeo de camiones rígidos y cabezas tractoras.

Por otro lado, de lo dispuesto en apartados precedentes – concretamente, en el apartado 1.3.2 – para que una conducta puede ser sancionada por el Derecho comunitario, resulta necesario que se cumplan los siguientes extremos:

- a) Que exista una alteración de las condiciones del comercio.
- b) Que la afectación de ese comercio pueda, previsiblemente, producir efectos negativos en los flujos de intercambios.
- c) Que se trate de cualquier tipo de actividad económica.
- d) Que el ámbito del comercio sea intracomunitario, es decir, que exceda de las fronteras de un Estado miembro.

Respecto de la **alteración de las condiciones del comercio**, así como los efectos negativos derivados de la misma, parece factible señalar que cualquier acuerdo en el que un grupo de empresas comparten información crítica y determinante acerca de la fijación de precios, con el objetivo último de eliminar cualquier tipo de incertidumbre acerca de esta variable competitiva, supone una alteración negativa de las condiciones del comercio. Y es que, en la medida en que los fabricantes fijan precios, la competencia queda, cuanto menos, reducida drásticamente, lo cual implica que los flujos de intercambio se desarrollen de manera distinta a una situación ordinaria de competencia efectiva.

Por su parte, los extremos referidos a la **actividad desarrollada**, así como al **campo de actuación**, también parecen ser cumplidos, teniendo en cuenta que se trata de una actividad de producción y distribución de bienes – cabezas tractoras y camiones rígidos – plenamente acogida dentro del concepto de actividad económica. Y que, además, se desarrolla dentro de todo el mercado europeo, entendiéndose como tal aquel que excede de las fronteras españolas y que abarca la totalidad del mercado intracomunitario.

En consonancia con el cumplimiento de dichas condiciones, se puede concluir que la normativa aplicable al caso, bajo la cual debería de ser examinado, no puede reducirse a la propia del Estado español. Siendo necesario, por el contrario, contemplarla bajo la óptica de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

Una vez determinado el marco normativo aplicable, el siguiente extremo supone definir el tipo de conducta dentro del cual es subsumible la práctica llevada a cabo por los fabricantes MAN, Daimler y FIAT. En este sentido, tal y como recordará el lector, dejando al margen las conductas relacionadas con las ayudas públicas las cuales no han sido objeto de este análisis, son tres los posibles escenarios. O bien se trata de una conducta subsumible dentro del artículo 101 del TFUE relativo a las prácticas colusorias; o se califica como una práctica abusiva derivada de la posición de dominancia de las descritas en el artículo 102 del TFUE; o, en última instancia, de no encajar dentro de cualquiera de ambos tipos y de sus correspondientes variantes, se trataría de una conducta no regulada negativamente por la normativa comunitaria y que, en consecuencia, no sería sancionable.

A la vista de los hechos descritos, se podría señalar que la práctica llevada a cabo por los tres fabricantes se corresponde con una infracción única y continuada del art. 101 TFUE, en su forma de acuerdos, cuyo efecto se materializa en una restricción de la competencia.

Las razones que avalan lo anterior radican en que, en lo que se refiere a la modalidad concreta del art. 101, los acuerdos suscritos no se pueden identificar con una resolución emanada de un órgano común a los tres fabricantes, como podría ser el caso de una asociación de productores de camiones, por lo que no pueden ser calificados como decisiones. Por otro lado, no siendo en este caso tan clara la diferencia, el hecho de que los fabricantes se reuniesen y pusiesen en común de manera directa y plena los configuradores con el objetivo de fijar los precios brutos, parece ir más allá de una simple revelación de las estrategias de precios entre competidores a través de conductas en el mercado. En este caso, el contenido de los acuerdos, así como su objetivo, eran plenamente premeditados, guardando coherencia con el concepto de acuerdo definido en líneas precedentes.

En lo que se refiere a si se trata de un acuerdo *por objeto* o *con efecto*, se hace indispensable acudir a las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal<sup>23</sup> de la Comisión Europea que en su apartado 74 establece que *“los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto a tenor del artículo 101, apartado 1”*.

De esta manera, parece patente el hecho de que nos encontramos ante un acuerdo restrictivo por su objeto, de tal forma que, tal y como recogen las citadas Directrices<sup>24</sup>, no sería necesario analizar los efectos reales o potenciales de dicho acuerdo en el mercado.

Por último, cabe señalar que el apartado 74 continúa su redacción estableciendo que *“los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades. Los intercambios de información que constituyen cárteles no sólo infringen el artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que incumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo”*.

De esta última precisión, que no solamente da una calificación a este tipo de prácticas, es importante centrarse en su referencia al apartado 3 del art. 101. Y es que, en esencia, cualquier conducta que demuestre cumplir las notas del apartado 1 deberá de ser analizada posteriormente a la luz del apartado 3, en la medida en que podría tratarse de una conducta finalmente permitida por éste. Sin profundizar demasiado en la cuestión, y en el mismo sentido que las Directrices, parece evidente que los acuerdos de fijación de precios no cumplen, de manera general con la premisa de *“mejorar la*

---

<sup>23</sup> DOUE núm. 11, de 14 de enero de 2001.

<sup>24</sup> Apartado 24 de las DH – *“[...] Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado”*

*producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico”.*

Para finalizar con la calificación jurídica de la práctica colusoria en cuestión, es necesario proceder al estudio conjunto de los elementos del tipo en relación con los hechos probados.

En primer lugar, las partes del acuerdo se definen como sociedades cuyo objeto radica en la producción y distribución de camiones. Por su parte, en ningún momento se dice en el texto que dichas empresas pertenezcan o hayan pertenecido a un mismo grupo empresarial o estén controladas de alguna forma por una parte vinculada. Así, podemos concluir que encajan perfectamente con el destinatario de la norma definido como una entidad independiente realizadora de una actividad económica.

En segundo lugar, la materialización de una conducta colusoria ha quedado plenamente argumentada, no sólo por el análisis del precepto en cuestión en relación con el caso concreto, sino por la rotundidad con la que se manifiesta la Comisión Europea en las Directrices Horizontales respecto de este tipo de prácticas.

En tercer, y último lugar, queda pendiente el análisis de la ya conocida significatividad y la regla de *minimis*. En este sentido, y tratándose de un acuerdo horizontal – entre competidores – el mismo está sujeto a los límites impuestos en la Comunicación 2014/C 291/01, de 30 de agosto de 2014, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación *de minimis*)<sup>25</sup>. A estos efectos, para que un acuerdo horizontal quede amparado bajo la regla de *minimis*, es necesario que la cuota de mercado conjunta de las empresas que forman parte del acuerdo no superen el 10%, requisito que queda claramente incumplido en el caso concreto al acaparar los tres fabricantes, de manera conjunta, una cuota cercana al 80% del mercado europeo.

## **2.2. Acuerdos verticales.**

En materia de acuerdos verticales, es necesario acudir a lo dispuesto en el Reglamento (UE) N° 330/2010 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 concertadas<sup>26</sup> - en adelante, Reglamento de Exención por Categorías – así como en las Directrices 2010/C 130/01 de la Comisión Europea de 19 de mayo de 2010, relativas a las restricciones verticales<sup>27</sup> – en adelante, Directrices Verticales -.

El citado Reglamento define los acuerdos verticales, en su art. 1.1, como aquellos *“acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”.*

---

<sup>25</sup> DOUE núm. 291, de 30 de agosto de 2014.

<sup>26</sup> DOUE núm. 102, de 23 de abril de 2010.

<sup>27</sup> DOUE núm. 130, de 19 de mayo de 2010.

Volviendo al caso concreto, en la medida en que nos hallamos ante acuerdos firmados entre tres fabricantes – productores de los camiones en cuestión – y sus respectivos distribuidores – encargados de la comercialización al consumidor final de dichos bienes –, cuyo objeto es la fijación de las condiciones de precios en que éstos pueden colocar el producto final en el mercado, podemos calificar los mismos de verticales.

Además, dicho Reglamento prevé o califica como especialmente graves algunas conductas. De entre ellas, y a la primera que hace referencia el texto normativo, es al mantenimiento de precio de reventa – en adelante, MPR – el cual supone *“la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes”*.

Por su parte, las Directrices Verticales profundizan en el contenido y alcance de dicha prohibición. De manera breve, la Comisión Europea distingue dos modalidades de ejecución de este tipo de conductas<sup>28</sup>. De inicio, hace referencia a la consecución del MPR mediante medios directos, ejemplificándolo a través de aquellos casos en los que se produce el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que debe ajustarse el comprador. Sin embargo, la Comisión señala otra modalidad: aquella en la que se consigue dicho objetivo a través de medios indirectos. Como ejemplos de esta última modalidad, la autoridad europea señala aquellos acuerdos en los que se fija el margen de distribución, se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecido o, incluso, en los que se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores.

En relación con estos acuerdos, cabe señalar que la práctica de recomendar un precio de reventa a un revendedor, o de exigirle que respete un precio máximo de reventa, está cubierta por el Reglamento de Exención por Categorías cuando la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no excede del umbral del 30 %, siempre que no suponga un precio de venta mínimo o fijo a resultados de la presión o de los incentivos ofrecidos por cualquiera de las partes.

Por último, no se puede olvidar el hecho de que las empresas pueden zafarse de la aplicación de esta prohibición en aquellos casos en los que, además de demostrar el cumplimiento de los requisitos del apartado 3 del art. 101, son capaces justificar la obtención de eficiencias en el mercado consecuencia del convenio suscrito entre ellas.

En el caso concreto que nos ocupa, fabricantes y proveedores convienen en aceptar los precios brutos previamente fijados entre productores, a cambio de una remuneración variable anual que les permitiese mantener más o menos indemne su margen. En la praxis, dichos acuerdos trasladan el efecto del acuerdo horizontal a los consumidores finales, generando una situación en la que, dado que el precio de reventa ha sido fijado, se elimina o distorsiona enormemente la competencia entre los propios distribuidores, operando el consumidor final en un mercado sin casi alternativas vía precio en la adquisición de los vehículos necesarios para sus flotas.

---

<sup>28</sup> Apartado 48 de las Directrices Verticales.

Así, a la luz de la normativa analizada en los párrafos precedentes, parece correcto señalar que los acuerdos celebrados entre productores y comercializadores suponen una vulneración del art. 101 TFUE en su aplicación respecto a los acuerdos verticales; no sólo a través de la utilización de medios directos, pues fijan el precio de reventa, sino también a través de medios indirectos, en la medida en que se eliminaba el derecho de los distribuidores a poder realizar descuentos u ofertas al consumidor minorista. Todo ello sin que los mismos denotasen una mejora en la eficiencia del mercado que les permitiese librarse de la aplicación de la prohibición.

### **3. Responsabilidad civil derivada de los ilícitos antitrust.**

A efectos de analizar las consecuencias jurídicas derivadas de los ilícitos antitrust, es necesario calificar el tipo de responsabilidad que se deriva del incumplimiento de estas normas. En la praxis, la calificación jurídica de dicha responsabilidad no ha sido unánime dentro de la doctrina puesto que, mientras que un sector doctrinal apoyaba la existencia de una responsabilidad contractual en aquellos casos en los que existe un vínculo contractual entre los agentes implicados – como pudiera ser un contrato de compraventa –; otro sector de la doctrina señala que, exista o no tal vínculo entre las partes, se trata siempre de una responsabilidad extracontractual.

En la actualidad, ha sido esta última tesis la que ha adquirido más importancia. Y es que, aún en aquellos casos en los que el comportamiento restrictivo se enmarque dentro de una relación comercial en la que efectivamente exista un incumplimiento de alguna de las obligaciones recogidas en el contrato, la razón de ser de la indemnización no radica en tal hecho. Así, el fundamento último de dicha pretensión deriva del incumplimiento del principio fundamental de las normas de defensa de la competencia: el mantenimiento de un nivel de competencia efectivo en el mercado.

La calificación de dicha responsabilidad como extracontractual implica que todo aquel sujeto que reclame su derecho a ser indemnizado deba probar los siguientes extremos<sup>29</sup>:

- a) *El efectivo incumplimiento de la normas de defensa de la competencia.*
- b) *La producción de un daño injusto.*
- c) *El nexo causal entre el incumplimiento y dicho daño.*
- d) *Un título de imputación de dicho daño.*
- e) *La cantidad a la que ascienden dichos daños.*

A continuación, se procederá a estudiar el alcance de cada uno de esos extremos y las implicaciones que éstos tienen en el caso concreto que nos ocupa, destacando las obligaciones que suponen para TRANSLOGIC.

---

<sup>29</sup> ORTIZ BAQUERO, I.S., *La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2011, pp. 176 a 204.

### 3.1. Incumplimiento de las normas antitrust: la prueba.

Respecto del primero de los extremos, la normativa comunitaria<sup>30</sup> establece que “*en todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 101 o del artículo 102 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue.*”

En relación con la carga de la prueba, su complejidad dependerá del tipo de procedimiento por el que opte el sujeto. En este sentido, son tres las posibilidades. Por un lado, cabría que el sujeto reclamase su derecho a indemnización en el seno de un procedimiento administrativo ya iniciado, como podría ser el caso en el que ya existe un pronunciamiento de la Comisión en relación con la conducta que da origen a la responsabilidad, es lo que se conoce como *follow on action*. Por otro, se abre la posibilidad ante el sujeto, en aquellos casos en los que no exista un pronunciamiento administrativo previo, de recurrir al juez nacional directamente (*stand alone actions*). Por último, existe la posibilidad intermedia, en la que el sujeto inicie un procedimiento ante la autoridad de competencia, como podría ser la Comisión, para, una vez obtenido un pronunciamiento, instar ante el juez nacional su derecho a indemnización.

En el caso de las *stand alone actions*, tal y como podrá inferir el lector, la carga de la prueba supone un reto mayor. En la medida en que no existe un procedimiento anterior y un pronunciamiento previo de un órgano administrativo, el perjudicado debe de probar que, efectivamente, se ha producido dicha conducta ilícita.

Guardando coherencia con este hecho, 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 Europea<sup>31</sup> establece en sus arts. 5 y 6 una serie de derechos y obligaciones en materia de exhibición de pruebas en relación con la conducta ilícita. El contenido de dicho documento tiene una doble vertiente. Por un lado, establece el derecho de la demandante a la exhibición de las pruebas que obren en poder del demandado (art. 5.1); por otro, se limita dicha exhibición a lo que sea proporcionado, señalando que “*a la hora de determinar si la exhibición solicitada por una parte es proporcionada, los órganos jurisdiccionales nacionales tomarán en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados.*” En este sentido, entrarán en consideración aspectos como la justificación en base a hechos y pruebas disponibles, el coste de exhibición de dichas pruebas o la existencia de información confidencial.

Respecto de la Directiva de Daños, cabe señalar que su contenido no es de obligatorio cumplimiento si no existe una norma de transposición del mismo al ordenamiento jurídico interno. A estos efectos, con fecha de 26 de mayo de 2017 se aprobó, mediante Real Decreto-ley, la modificación de la LDC y otras leyes<sup>32</sup> con el objetivo de incorporar el contenido de la citada directiva a ordenamiento español. En este sentido, las previsiones contenidas en dicho Real Decreto Ley tienen idéntico

---

<sup>30</sup> Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia recogidas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

<sup>31</sup> DOUE núm. 349, de 5 de diciembre de 2014.

<sup>32</sup> v.gr. Ley Enjuiciamiento Civil

sentido a las reflejadas en la Directiva de Daños, a la que se ha hecho y se hará mención a lo largo de este trabajo.

En relación con el citado Real Decreto-ley, hay que poner en relación el contenido de su DT 1ª con las fechas y hechos del caso que nos ocupa puesto que, a la vista de lo dispuesto en la norma, el contenido de la Directiva de Daños traspuesto al ordenamiento español no tendrá efecto retroactivo. De esta manera, y teniendo en cuenta la literatura del caso, cabrían dos opciones. Por un lado, se podría considerar que el hecho de que en 2014 existiese una diferencia de precios implica que el cártel ya no tenía vigencia en ese momento, conllevando la inaplicación de la normativa traspuesta. Sin embargo, podría considerarse que ese hecho no es determinante para anunciar el cese del cártel, puesto que la diferencia de precios podría venir motivada por otras razones. Así, una explicación razonable podría ser, por ejemplo, que el fabricante con el que TRANSLOGIC firmó el contrato abandonó el cártel, pero éste siguió su andadura o que, el hecho de que en 2014 no hubiese diferencia de precios podría ser algo puntual. Para la resolución de este caso, se ha adoptado esta segunda hipótesis por dos razones. En primer lugar, porque a la hora de describir las reuniones celebradas entre los fabricantes en el caso no se dice que, en forma alguna, dicha práctica hubiese finalizado. En segundo lugar, porque un único contrato de leasing suscrito en el ejercicio 2014 no parece ofrecer una fuente comparativa de tal entidad como para poder afirmar la desaparición del cártel a día de hoy.

Teniendo en cuenta lo expuesto en líneas precedentes, se ha considerado que la normativa recogida en la Directiva de Daños y su norma de trasposición son de aplicación en la medida que, cualquier acción de TRANSLOGIC contra los fabricantes tendrá lugar dentro del año 2018, siguiendo operativo el cártel y estando ya vigentes las citadas modificaciones normativas.

Respecto del caso concreto, podemos concluir que TRANSLOGIC tendría dos opciones para poder probar que, efectivamente, los fabricantes de camiones con quienes ha suscrito los contratos han vulnerado las normas de defensa de la competencia. La primera opción de TRANSLOGIC pasaría por recurrir directamente al juez nacional y reclamar la indemnización del daño ocasionado mediante la exhibición de las pruebas necesarias que, a la vista de la Directiva de Daños, deberían de ser expuestas por los fabricantes. Todo ello en la medida en que TRANSLOGIC justificase, a través del análisis realizado de los distintos contratos de leasing suscritos a lo largo del tiempo, que es altamente probable que se esconda una práctica colusoria.

La segunda opción, que también exigiría probar este último extremo, radicaría en que TRANSLOGIC pusiese en conocimiento de la Comisión Europea los hechos para, una vez ésta resolviese, acogerse a su resolución con el objeto de reclamar la indemnización ante el juez nacional.

Sin perjuicio de haber analizado de manera sucinta dichas opciones, en apartados posteriores del trabajo se analizarán más detalladamente los procedimientos ante las autoridades de competencia, así como la aplicación privada del Derecho de la Competencia.

### 3.2. Producción del daño y existencia de un nexo causal.

En la medida en que el perjudicado reclame una indemnización es necesario que la misma se derive de un perjuicio, menoscabo o daño efectivo a su patrimonio. Dicho daño *“debe de ser directo, cierto y antijurídico”*<sup>33</sup>.

En este sentido, cabe señalar que el daño derivado de un ilícito en el marco del Derecho de la Competencia, consecuencia directa del propio bien jurídico protegido por éste, tiene una doble vertiente: pública y privada.

La vertiente pública hace referencia a la causación de un perjuicio en el normal desarrollo y funcionamiento del mercado. Mientras, la vertiente privada se manifiesta en la producción de un daño concreto en el patrimonio de uno o varios agentes. La consecuencia jurídica de ambos es distinta puesto que, mientras que el daño público es objeto de una sanción o multa, la consecuencia jurídica del daño privado estriba en el resarcimiento de la responsabilidad civil por daños y perjuicios.

A su vez, es requisito imprescindible que dicho daño sea consecuencia directa de la conducta o práctica colusoria llevada a cabo por el/los sujetos demandados. Este elemento no es una exigencia única de la regulación comunitaria, sino que, por el contrario, es común a la regulación en materia de responsabilidad civil existente a nivel nacional.

El Código Civil<sup>34</sup>, en su art. 1902, establece que *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. Así, parece patente el hecho de que debe existir entre dicha acción u omisión y el daño producido un nexo, de tal forma que el último sea consecuencia de los primeros. En este sentido se ha manifestado también la jurisprudencia<sup>35</sup>, al señalar que para proceder a su valoración se exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, *“valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso, lo que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, haciendo imposible la prueba de la exclusividad de la culpa de la víctima”*.

Respecto del caso concreto, TRANSLOGIC tendría que probar que, como consecuencia de los diferentes convenios suscritos entre los fabricantes, el patrimonio de la sociedad se ha visto afectado de manera negativa. Ello, entre otros aspectos, implica demostrar que, de no haber existido un pacto de precios, el precio medio de los competidores habría sido más bajo o que el nivel de competencia habría sido mayor, generando un incentivo para competir en precios, con la consiguiente reducción o eliminación total del sobre coste asumido por la empresa a la hora de renovar su flota.

---

<sup>33</sup> ORTIZ BAQUERO, I.S., *La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de la normas de libre competencia*, op. cit., p.193

<sup>34</sup> Gaceta de 25 de julio de 1889

<sup>35</sup> STS, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2010 (RJ\2010\308)

### 3.3. Derecho a ser indemnizado. Cuantificación de los daños y alcance de la indemnización.

En lo que se refiere al derecho a ser indemnizado, son tres los puntos a tratar. Por un lado, el concreto derecho a la indemnización y el alcance de la misma. Por otro, la cuantificación de los daños que permitan conocer la extensión de la responsabilidad civil respecto del caso concreto. En último lugar, la determinación de la responsabilidad de los fabricantes, así como el plazo para la reclamación de la misma.

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones, cabe señalar que la responsabilidad del infractor no se extendería únicamente a la pérdida real y efectiva que haya generado la conducta en cuestión – daño emergente –, sino también a la ganancia que potencialmente podría haber obtenido de no haber existido la misma – lucro cesante –. En esta misma dirección han apuntado tanto la Directiva de Daños, cuando señala que *“cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por tal infracción puede solicitar resarcimiento por el daño emergente (damnum emergens), el lucro cesante (pérdida de beneficios o lucrum cessans), más los intereses”*, como el propio TJUE al disponer que *“en virtud del principio de efectividad y del derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses.”*<sup>36</sup>

No obstante, y en relación con la segunda cuestión a tratar, la determinación de esa indemnización implica una labor previa orientada al cálculo o cuantificación de los daños, algo que, en la práctica, entraña problemas de relativa complejidad. En este sentido, cabe destacar que no se ha dispuesto dentro de la normativa comunitaria ningún tipo de metodología que permita su aplicación a todo caso, en toda condición.

Cabe hacer referencia en este punto a la “Practical Guide on quantifying harms in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the TFEU” publicada en el año 2013 por la Comisión Europea. Dicho documento, si bien no deja de ser una mera guía práctica, establece una serie de métodos a ser utilizados en los diferentes supuestos de infracción de las normas de competencia. En su tercera parte, la guía hace referencia a diversas metodologías ligadas al cálculo del sobreprecio causado por los cárteles. Por su parte, la doctrina recoge tres tipos de metodologías que se concretan en el método *“before and after”*, el método *“yardstick approach”* y en el método *“cost based approach”*.

El método *“before and after”* busca, en síntesis, determinar cuáles serían las condiciones en el hipotético escenario en el que no existiese ninguna conducta colusoria mediante la comparación de dos escenarios, el anterior y el posterior a la ejecución de dicha práctica. Tras un análisis de la variación experimentada por el parámetro de estudio a lo largo de esos dos escenarios, se puede inferir cuál habría sido el escenario de no haberse dado colusión alguna.

El objetivo de los otros métodos es, igualmente, el de determinar las características de ese escenario hipotético en el que no ha habido colusión, residiendo la diferencia en

---

<sup>36</sup> Apartado 95 de la STJUE, de 13 de julio de 2006, *Asunto Manfredi*.

su procedimiento. Mientras que el “*yardstick approach*” lo hace mediante el análisis de otro sector o mercado, de iguales condiciones, no sometido a colusión; la metodología “*cost based approach*” calcula el coste del producto aplicándole un margen razonable, con el objetivo de calcular un precio de mercado en ausencia de prácticas restrictivas.

Si bien estos tres métodos son válidamente aceptados, las condiciones de cada caso concreto pueden requerir la aplicación de otra serie de criterios a través de otras fórmulas. Así, y teniendo en cuenta que no existe una lista cerrada, será labor del tribunal la evaluación y aceptación del mismo.

Cabe señalar que la Guía práctica de la Comisión establece, no de manera determinante sino meramente informativa u orientativa, que los sobreprecios derivados de la concertación de precios rondan, en término medio, márgenes del 20%.

Respecto de la última cuestión, relacionada con la determinación del tipo de responsabilidad a la que están sujetos los fabricantes y el plazo para ejercitar la acción, es de aplicación lo dispuesto en la Directiva de Daños – así como en el Real Decreto-ley 9/2017 –. En lo tocante al tipo de responsabilidad, ambas establecen la responsabilidad solidaria de todas aquellas empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas que, de manera conjunta, hubiesen infringido las normas de competencia. Así, el derecho del perjudicado a dirigir su acción de resarcimiento no se limitará a la empresas de las que efectivamente ha adquirido los camiones, sino que se extenderá a toda aquellas empresa que haya participado en dicha práctica colusoria de manera conjunta.

Por su parte, el plazo fijado para la reclamación fue ampliado por la Directiva de Daños, respecto de la regulación anterior, elevando el mismo hasta los 5 años a contar desde el momento en que hubiese finalizado la infracción y el perjudicado tenga o haya podido tener conocimiento de las siguientes circunstancias: la conducta y su consideración como infracción, el perjuicio ocasionado y la identidad del infractor.

Reconduciendo la explicación al caso de estudio, la empresa TRANSLOGIC tendría derecho a ser indemnizada tanto por el daño emergente como por el lucro cesante, de haber existido éste. En este sentido, y recurriendo nuevamente a la Guía práctica, el contenido de ambos conceptos, en el caso de los cárteles, se podría sintetizar de la siguiente manera. Mientras que el daño emergente deriva del propio sobreprecio, en este caso aquel convenido por los fabricantes en las reuniones; el lucro cesante vendría determinado por el denominado “efecto volumen” basado en la reducción del volumen de ventas como consecuencia directa del incremento de precios.

En este sentido, parece lógico afirmar que TRANSLOGIC ha sufrido un daño emergente, en la medida en que se ha visto afectada por un sobrecoste a la hora de firmar los múltiples contratos de leasing para la renovación de su flota. Sin embargo, la existencia de un lucro cesante indemnizable es cuanto menos discutible, ya que ello pasaría por demostrar una reducción en el nivel de ventas (en el caso de TRANSLOGIC de los servicios de transporte prestados) como consecuencia del incremento en el precio de los camiones, un aspecto difícilmente demostrable.

Así, respecto de la cuantificación del daño o, en otras palabras, la cuantía cargada en exceso, TRANSLOGIC tendría que hacer uso de cualquiera de los métodos

reflejados anteriormente, o a otros considerados igualmente válidos, para determinar el daño concreto producido.

A la vista de los hechos descritos, TRANSLOGIC podría recurrir, por ejemplo, a la comparativa entre los contratos firmados con los proveedores entre los años 1993 y 1997, período previo al inicio de las prácticas colusorias por parte de MAN, Daimler y FIAT, con los suscritos en momentos posteriores, concluyendo – tal y como se desprende de la redacción del caso – la invariabilidad de precios entre fabricantes a partir de 1997 que, de ninguna manera, existía en momentos previos.

Otra opción pasaría por estudiar un mercado de venta de camiones geográficamente diferente, pero de características análogas al europeo en lo que se refiere a variables clave (v.gr. precios, niveles de competencia, volúmenes de ventas). Una vez analizado, TRANSLOGIC tendría que determinar el coste de fabricación del producto así como el margen aplicado por los fabricantes al mismo, realizar una comparación con la situación en Europa e inferir el sobrecoste aplicado al comprador.

En lo que respecta a la práctica común, no sólo en casos relacionados con la reclamación en el seno del Derecho de la Competencia sino en cualquier ámbito de la responsabilidad civil, ésta pasa por la obtención del análisis u opinión de un experto. Lo cual, a efectos prácticos, derivaría en la contratación de los servicios de un profesional independiente, capaz de emitir un informe pericial que evalúe los efectos de manera concreta, llevando a cabo cálculos y estimaciones más fiables e imparciales a la hora de la evaluación judicial.

En adición, TRANSLOGIC estaría dentro de plazo para poder llevar a cabo la reclamación a través de las vías que se analizarán en apartados posteriores, puesto que los requisitos anteriormente expuestos se producen en el momento en el que Cayetana asume el control de la compañía y revisa los contratos en el año 2015, otorgando esto un margen temporal hasta el año 2020. Por otro lado, el perjuicio ocasionado por los diversos contratos suscritos no tendrá por qué ser reclamado contra el fabricante interviniente en los mismos, pudiendo ejercitar la acción tanto contra MAN como contra Daimler, así como contra FIAT en caso de que ésta resultase ser también interviniente en el cártel tras la resolución del procedimiento.

#### **4. Cauces procesales para ejercitar las acciones.**

El objetivo de este último apartado, en lo que se refiere a los aspectos del caso vinculados con el Derecho de la Competencia, no es otro más allá que el de determinar cuáles podrían ser los cauces a seguir por la empresa TRANSLOGIC, S.L. para, en primer lugar, denunciar la práctica de concertación de precios seguida por los infractores y, en segundo lugar, ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento extracontractual.

En este sentido, es necesario iniciar la explicación señalando que son dos las posibles vías a seguir por la mercantil. Por un lado, TRANSLOGIC podría acudir directamente al juez nacional con el objetivo de ver satisfecho su derecho a ser indemnizada. Por otro lado, la sociedad mercantil podría acudir, en un primer momento, a la denuncia ante un órgano administrativo, ya sea a nivel nacional o a nivel

comunitario, que resuelva sobre la existencia de la práctica de concertación de precios para, más tarde, acudir la jurisdicción nacional competente para ver indemnizado el daño ocasionado.

La existencia de estas dos posibilidades no es un tema trivial en materia de Derecho de la Competencia. Y es que, el poder ejercitar el derecho ante un juez nacional, tal y como se analizará a continuación, es resultado de la aplicación privada del Derecho de la Competencia. Definida por la doctrina como “*private enforcement*”, esta posibilidad fue construida a partir de la jurisprudencia comunitaria, e incentivada en los últimos tiempos con el objetivo de defender no solo los intereses públicos, sino también la protección en las relaciones entre particulares.

Aunque de principio ambas vías puedan parecer igualmente efectivas, ambas guardan diferencias sustanciales respecto de la otra. De esta forma, tanto acudir a la vía jurisdiccional como a la vía administrativa, desde un inicio, esconde ventajas e inconvenientes, que deberán de ser evaluados por la parte actora a la vista de las características concretas del caso.

A continuación se revisarán, de manera separada, cada una de las dos vías anteriormente expuestas, analizando cuál es el procedimiento a seguir por la compañía mercantil, qué ventajas le aporta a la parte actora y qué desventajas pueden surgir a lo largo del procedimiento.

### **1.1. Denuncia en la vía administrativa.**

Tal y como se ha señalado, la primera opción de la sociedad mercantil en su intento por poner de manifiesto la práctica llevada a cabo por los fabricantes y ver declarada su ilegalidad pasaría por iniciar un procedimiento ante el órgano administrativo competente por razón de la materia.

Así, el primer paso a llevar a cabo será la determinación de los órganos competentes en materia de defensa de la competencia, los asuntos concretos de los que puede conocer cada uno y el procedimiento a llevar a cabo ante cada uno de ellos para, en segundo lugar, evaluar las ventajas o desventajas que dicha opción podría suponer para la parte actora.

En la medida en que nos encontramos ante una violación de la prohibición recogida en el art. 101 TFUE, cuyos efectos golpean efectivamente sobre el mercado intracomunitario – aspecto analizado en apartados previos –, el órgano administrativo que podría conocer de dicho asunto no sería solo el nacional español, en cuyo caso sería la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia, sino también aquel competente a nivel comunitario, en este caso, la Comisión Europea. Analicemos, pues, cada uno de esos órganos, los procedimientos de denuncia y las competencias asignadas a cada uno de ellos.

En lo referente a la CNMC, dicho órgano administrativo nació en España con el objetivo de unificar los diferentes entes administrativos que, a medida que determinados sectores como el ferroviario, el de la energía eléctrica o el de las telecomunicaciones iniciaban su liberalización, se iban creando para controlar y asegurar un funcionamiento

competitivo de los mismos. Así, en el año 2013 se creó la CNMC con el objetivo primordial de “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”. Así, una de las funciones asignadas a dicho órganos es la de aplicar la normativa nacional y comunitaria en materia de defensa de la competencia.

Al efecto de cumplir con la citada función, la CNMC tiene asignada la competencia de investigar e imponer sanciones en aquellos casos en los que exista una conducta o práctica anticompetitiva, ya sea una conducta restrictiva, un control de concentraciones o un caso relacionado con ayudas públicas.

Pues bien, en relación con esa función investigadora, y a los efectos de la resolución del caso que nos ocupa, la misma puede ser iniciada de dos maneras: de oficio o a través denuncia de un particular. Si bien la primera de las opciones es completamente válida, excluirémos su estudio puesto que, a la vista del caso, en la medida en que la práctica de fijación de precios parece haber pasado desapercibida para cualquier organismo, tendrá que ser TRANSLOGIC la que inicie el procedimiento.

En lo que se refiere a la iniciación del procedimiento a través de denuncia, la propia CNMC ha dispuesto un trámite a través del cual se puede efectuar la denuncia de manera telemática. A tal efecto, el propio organismo establece que dicho procedimiento de denuncia no sólo versa sobre las conductas prohibidas por los tres primeros preceptos de la LDC, sino que se extiende también a la vulneración de los arts. 101 y 102 TFUE, si bien la denuncia de cualquiera de los preceptos comunitarios requiere la acreditación de los efectos intracomunitarios. Asimismo, el procedimiento de denuncia requiere la afectación del interés público.

El trámite dispuesto consiste, básicamente, en la identificación del denunciante, haciendo llegar a la CNMC el objeto de la denuncia, así como la documentación requerida para que ésta pueda evaluar la posible existencia de dicha práctica e iniciar las investigaciones pertinentes con el objetivo de sancionar las mismas.

El contenido de la denuncia ha sido detallado reglamentariamente en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, a través del que fue aprobado el Reglamento de Defensa de la Competencia<sup>37</sup>. Analizando brevemente el mismo, la misma ha de hacer referencia a los siguientes extremos:

- Identificación y descripción de la empresa o empresas denunciadas así como de las empresas denunciadas.
- Descripción de las prácticas desarrolladas que vulneran la competencia, determinación del precepto o preceptos legales infringidos, así como la afectación de dicha conducta al mercado y a la competencia.
- Definición del mercado abarcado por la conducta: ámbito geográfico, composición de la oferta y de la demanda, reparto del mercado en cuotas, etc.
- Motivación de la existencia de un interés legítimo.

---

<sup>37</sup> BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008.

- Aportación de pruebas de dicha conducta (v.gr. documentos ligados a dichas prácticas o estadísticas).

Una vez remitida la denuncia a la CNMC, la misma evaluará las pruebas aportadas por la parte actora y, en su caso, emprenderá las acciones de investigación necesarias para determinar el alcance (geográfico, espacial y económico) de la conducta denunciada, con el objetivo de bloquear la misma y proceder a la imposición de sanciones.

Por su parte, a nivel comunitario el órgano competente en materia de defensa de la competencia es la Comisión Europea. El expediente sancionador comunitario, al igual que sucede en el caso nacional, puede ser iniciado de oficio o a instancia de parte. No obstante, la normativa de la UE recoge como posible forma de iniciación del procedimiento, además de la denuncia por un interesado, la solicitud de inmunidad.

Si bien la figura de la inmunidad no encaja de manera correcta en el caso concreto que nos ocupa, sí parece adecuado hacer una breve referencia a la misma, pues no deja de ser la principal forma de iniciación de los procedimientos de defensa de la competencia ante la Comisión en la actualidad, en relación con conductas vulneradoras del art. 101 TFUE. Así, la Comisión ha dispuesto en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11)<sup>38</sup>, para el caso de los cárteles, la posibilidad de obtener una dispensa en el pago de la multa, que de otro modo se le hubiera impuesto, a toda empresa que revele su participación en un presunto cártel que afecte al mercado intracomunitario. A estos efectos, la empresa que solicita clemencia debe de ser la primera en facilitar la información necesaria acerca de la existencia de dicho cártel. En adición, no sólo sirve con comunicar dicha existencia, sino que deben de aportarse documentación y pruebas suficientes que permitan a la Comisión efectuar una inspección oportunamente orientada al descubrimiento del presunto cártel o determinar la existencia de una infracción al artículo 81 del Tratado CE en relación con dicha conducta.

El sentido de dicha inmunidad, en relación con el pago de la multa estriba en lo valiosa que, para el descubrimiento y sanción de un cártel, es la información suministrada por uno de los partícipes del mismo. Y es que, de otra forma, la operativa de los cárteles adopta tal hermetismo que supone un reto de elevada complejidad llegar a descubrir, a través de una investigación propia, la existencia de tal conducta. Así, *“la Comisión considera que la cooperación de una empresa involucrada posee un valor intrínseco y que ello justifica la concesión de una dispensa del pago (o reducción del importe, en su caso) de la correspondiente multa siempre que se cumplan ciertos requisitos”*<sup>39</sup>.

Por su parte, el procedimiento de iniciación a través de denuncia, enunciado en el Reglamento 1/2003, se desarrolla en la Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado, en el cual se señala que *“toda persona física o jurídica que acredite un interés legítimo podrá presentar*

---

<sup>38</sup> DOUE núm. 298, de 8 de diciembre de 2006.

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ VICIÉN, C., YAGÜE PIQUERO, S., *Procedimientos administrativos en materia de infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Cuatrecasas, recuperado el 16 de mayo de 2018.

*una denuncia solicitando a la Comisión que constate la existencia de una infracción de los artículos 81 y 82 del Tratado CE y exija que se ponga fin a tal infracción*". A estos efectos, el concepto de interés legítimo no es definido dentro de la normativa, si bien parece que dicho interés no puede extenderse, únicamente, a la terceras partes interesadas.

El procedimiento a seguir por el denunciante – en el caso que nos ocupa, la empresa TRANSLOGIC –, es similar al definido para la CNMC en líneas previas. Dicha denuncia debe de hacerse a través del formulario C, cuyos requisitos aparecen definidos en el artículo 5 del Reglamento (CE) núm. 773/2004. El contenido del mismo exige, en síntesis, la remisión de información relativa a la denuncia planteada. En otras palabras, los denunciantes han de remitir copias de los documentos justificativos que obren en su poder y que sea razonable que puedan obtener o, en su caso, informar a la Comisión acerca de las fuentes frente a las cuales podría ejercitar su competencia para obtener la misma.

A pesar de existir estas dos posibilidades, entre la CNMC y la Comisión Europea – en la medida en que forman parte de la Red Europea de Competencia – se han establecido, en la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03)<sup>40</sup>, una serie de normas de reparto de asuntos. Así, en las mismas se dispone que, mientras que *“una única autoridad puede estar en buena situación para tramitar los acuerdos o prácticas que afectan de forma apreciable a la competencia principalmente en su territorio”*; la *“Comisión está particularmente bien situada cuando uno o varios acuerdos o prácticas, incluidas las redes de acuerdos o prácticas similares, tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales)”*.

## **1.2. Vía jurisdiccional y “private enforcement” en materia antitrust.**

Antes de iniciar el análisis de la vía jurisdiccional como cauce para materializar las posibles acciones de TRANSLOGIC contra los fabricantes, es necesario, aunque sea de manera breve, referirnos a la aplicación privada del Derecho de la Competencia y a sus implicaciones a nivel práctico.

En sus inicios, la aplicación del Derecho de la Competencia – tanto a nivel comunitario como a nivel nacional – estaba marcado por la protección del interés general o público. En este sentido, los órganos administrativos se instauraban como los órganos concedores de dichos asuntos y, por ende, como los aplicadores de las concretas normas en la materia, con el objetivo de garantizar el correcto funcionamiento de los mercados, asegurando un comportamiento competitivo de los mismos.

Este sistema inicialmente propuesto, tanto por la normativa comunitaria como por la nacional, reservaba el conocimiento de estos asuntos a los órganos administrativos, instaurando como principal bien jurídico protegido por las normas el interés público. Así, a nivel práctico, los órganos jurisdiccionales quedan relegados a una aplicación

---

<sup>40</sup> DOUE núm. 101, de 27 de abril de 2004.

secundaria, subordinada a un previo pronunciamiento administrativo y orientada a la mera declaración de los efectos civiles derivados de la conducta anticompetitiva. A saber, la declaración de nulidad de los acuerdos entre los infractores y la determinación de la responsabilidad civil derivada de los mismos.

En este sentido, dicho sistema planteaba, como requisito imprescindible para poder ver resarcido el daño generado, la previa resolución de un procedimiento administrativo. A efectos prácticos, dada la naturaleza de los procedimientos ante las autoridades de competencia, esta exigencia condicionaba el resarcimiento de la responsabilidad civil al hecho de que, anteriormente, se hubiese desarrollado de manera satisfactoria un expediente administrativo.

Como alternativa a este sistema, con el paso del tiempo y a partir de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales, se ha ido creando un sistema en el que los jueces, si bien con distintas competencias respecto de los órganos administrativos, se han adquirido un papel principal no condicionado a una previa resolución administrativa.

Este sistema alternativo, denominado por la doctrina internacional como “*private enforcement in competition law*” o aplicación privada del Derecho de la competencia, nació de la mano de la jurisprudencia comunitaria. En un primer momento, al reconocer el efecto directo de los artículos 101 y 102 TFUE en las relaciones entre particulares, las sentencias comunitarias vinieron a resaltar la doble protección de las normas de libre competencia. Por un lado, velar por el interés público; por otro, proteger las relaciones entre los particulares y asegurar los derechos de los mismos. Posteriormente, sentencias comunitarias se orientaron al reconocimiento de los jueces nacionales como aplicadores directos de los citados preceptos del Tratado.

Como muestras de esas manifestaciones judiciales, cabe citar lo expuesto en la Sentencia del caso *Courage*<sup>41</sup> la cual, en su apartado 23, dispone que “*los artículos 85, apartado 1, del Tratado y 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE) pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares y que dichos artículos crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar*”. O, posteriormente, la sentencia *Automec*<sup>42</sup> en la que se reconocía la capacidad de aplicación por parte de los jueces nacional de las normas de libre competencia comunitarias.

Como consecuencia de esta serie de pronunciamientos jurisprudenciales, se reconoció sin duda alguna, a través del Reglamento 1/2003<sup>43</sup>, la competencia de los órganos jurisdiccionales para la aplicación de las normativa de la UE, de tal forma que se acababa con el monopolio administrativo inicialmente implantado en dicha materia.

A la vista de lo previamente expuesto, entrando a valorar las posibilidades que se abren ante TRANSLOGIC para ver satisfechas sus pretensiones, es necesario resaltar que existen dos opciones diferentes que serán analizadas a continuación.

La primera de las posibilidades está vinculada con ese derecho del perjudicado de acudir a la vía jurisdiccional en primera instancia. A efectos prácticos, el ejercicio de

---

<sup>41</sup> STJCE de 16 de julio de 1999, *Asunto Courage*.

<sup>42</sup> Sentencia TPI de 18 de septiembre de 1992, *Asunto Automec*.

<sup>43</sup> **Art. 6** – Los órganos jurisdiccionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado.

esta opción por TRANSLOGIC conllevaría que la totalidad del procedimiento se llevase a cabo en vía jurisdiccional. En este sentido, el hecho de que la sociedad mercantil se presentase ante el juez nacional, sin haber denunciado antes en vía administrativa, tiene ciertas consecuencias o limitaciones derivadas de las competencias de dicha vía. Así, si bien los jueces nacionales pueden aplicar la legislación comunitaria de manera directa declarando la ilegalidad de una conducta antitrust, los efectos que se derivan de dicha declaración difieren de los que podrían generar una manifestación de la CNMC de la Comisión Europea. Y es que, en materia de competencia, los jueces nacionales son encargados de dos aspectos. Por un lado, son los únicos que pueden declarar la nulidad absoluta de los acuerdos. Por otro, son los únicos que pueden determinar la extensión de la responsabilidad civil del ilícito.

La segunda de las posibilidades requiere, a diferencia de la primera, la existencia de un procedimiento administrativo previo en el que se haya determinado el quebrantamiento de las normas antitrust. Así, ante el reconocimiento de una autoridad en materia de competencia, el perjudicado puede acudir al juez nacional con el objetivo de ver resarcido el daño generado por la práctica en cuestión y demandar la nulidad absoluta del acuerdo.

Aunque a primera vista esta última opción pueda parecer idéntica a la expuesta en el párrafo anterior, la diferencia es importante. Mientras que en la primera de las opciones el perjudicado habrá de demostrar ante el juez nacional el efectivo ilícito en materia de competencia, así como un daño derivado del mismo, con las dificultades inherentes a ese proceso, tal y como se ha señalado en apartados previos; en el segundo caso, el pronunciamiento de la autoridad administrativa, toda vez que ya ha llevado a cabo una investigación y ha determinado el quebrantamiento de las leyes de competencia así como la extensión de la conducta, el perjudicado acude ante el juez con un título que, de por sí, le habilita para reclamar la satisfacción de su derecho a ser indemnizado. Así, la extensión y cuantificación del daño serán las claves dentro de un procedimiento de este tipo.

En conclusión, y reconduciendo la anterior explicación al caso de TRANSLOGIC, la empresa podrá optar por dos opciones. Por un lado, TRANSLOGIC podría acudir directamente al juez nacional competente en dicha materia. En este caso, son dos las cuestiones a evaluar. En primer lugar, respecto de las pretensiones de la parte actora, éstas solamente podrían ir encaminadas a solicitar la indemnización correspondiente derivada del daño causado por el sobreprecio aplicado en los diferentes contratos de leasing, y a la declaración de nulidad absoluta del acuerdo entre los distintos fabricantes participantes del cártel. En segundo lugar, es básico determinar qué órgano jurisdiccional sería competente. A estos efectos, y a la vista del contenido del art. 86 ter LOPJ<sup>44</sup>, serán los Juzgados de lo Mercantil los que conozcan del asunto, por tratarse de una reclamación de responsabilidad civil extracontractual en el marco de un ilícito de las normas de competencia contenidas en el art. 101 TFUE.

---

<sup>44</sup> **Art. 86 ter apartado 2 letra a) LOPJ** - *“Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: f) De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 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.”*

Por otro lado, TRANSLOGIC podría iniciar un procedimiento ante la CNMC o ante la Comisión Europea, de tal forma que, tras el pronunciamiento de ésta acerca de la ilegalidad de los acuerdos tomados por los fabricantes, únicamente tuviese que acudir ante la jurisdicción nacional para ver satisfecho el daño ocasionado. Cabe precisar que, si bien la denuncia se puede presentar ante cualquiera de ellas, a la vista de lo precisado en líneas anteriores acerca del reparto de asuntos, el órgano competente, en la medida en que se trata de la totalidad del mercado europeo, sería la Comisión Europea.

Vistas estas posibilidades, cabe aclarar al lector que, con indiferencia de la opción elegida por la parte actora la parte relativa a la jurisdicción nacional es insalvable en la medida en que se busque la satisfacción del daño ocasionado. Y es que, como tal, los procedimientos ante las autoridades de competencia pueden ir encaminadas a la imposición de sanciones, a la declaración de infracción de las diferentes normativas – nacionales o comunitarias –, a la adopción de medidas cautelares o, incluso, a la imposición de obligaciones a las empresas infractoras, además de poder declarar la inaplicación de la normativa al caso o conceder inmunidad; sin embargo, la obligación al pago de la cuantía necesaria para reparar los daños ocasionados se enmarca como competencia exclusiva de los órganos judiciales. Dicho aspecto es el que determina el carácter insalvable de la parte judicial toda vez que se quiera ser indemnizado.

### **PARTE III. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES.**

#### **1. Consideraciones previas.**

La primera de las cuestiones a resolver, previa calificación jurídica – en términos penales – de una determinada conducta, es aquella relacionada con la aplicación temporal de las normas penales.

En este sentido, el primer precepto al que se debe de hacer referencia es al art. 25 CE, cuya redacción viene a definir el denominado “principio de irretroactividad de las leyes penales”, ya enunciado por el texto constitucional en su art. 9.3. Dicho principio, en síntesis, supone la inaplicación de una norma penal a un determinada conducta cuya ejecución tuvo lugar antes de la promulgación de la misma. En otras palabras, la irretroactividad en materia penal protege al sujeto de ser sancionado, a posteriori, por una conducta activa u omisiva realizada con anterioridad a la existencia de una determinada norma sancionadora. En el mismo sentido se manifiesta el art. 2 CP, al establecer que *“no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración.”*

El fundamento último de dicho principio es garantista y es que, en esencia, la única forma de que un ciudadano actúe dentro del marco de la Ley, sólo puede ser si éste conoce con antelación el marco jurídico dentro del que opera, evaluando si su conducta es susceptible de generar responsabilidad penal o no.

Por su parte, el art. 7 CP, establece el ámbito de aplicación temporal de la normativa penal. Así, la literalidad del mismo sigue la línea fijada constitucionalmente a

la hora de establecer que los delitos se entienden cometidos en el momento en el que el sujeto lleva a cabo la conducta, ya sea en términos de acción o de omisión.

No obstante, el principio enunciado anteriormente encuentra una excepción en aquellos casos en los que la ley penal promulgada con posterioridad a la comisión del delito, ofrece un trato más favorable para el reo que la vigente en dicho momento (art. 2.3 CP). En este sentido, *“precisamente porque la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista, resulta constitucionalmente legítima la retroactividad de las normas penales favorables, es decir, las Leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad de la misma”*<sup>45</sup>.

En definitiva, la aplicación de una determinada norma a una conducta específica, con ánimo sancionador, requerirá un análisis comparativo de las normativas vigentes en dos momentos distintos, aquel en el que se haya ejecutado la conducta y aquel en el que se pretenda juzgar la misma. Si de dicha evaluación se concluye el carácter favorable de ésta última, se podrá quebrantar el principio de irretroactividad y determinar las consecuencias jurídicas a la luz de ésta. Por el contrario, un carácter desfavorable conllevará su inaplicabilidad.

Un segundo factor a tener en cuenta a la hora de determinar las consecuencias jurídicas de un ilícito es el de la prescripción. Y es que, tal y como sucede en otras ramas, la acción penal está sujeta a unos plazos de prescripción que, de ser sobrepasados, implicarían la no perseguibilidad, al haberse extinguido la responsabilidad criminal por efecto del tiempo.

En materia penal, los plazos de prescripción aparecen recogidos dentro del CP, concretamente, en su art. 131.1, fijándose los límites temporales:

*“A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.*

*A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.*

*A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez.*

*A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año.”*

En este sentido, la sanción de una determinada conducta requerirá la no prescripción de ésta. Ello exige, una vez determinada la norma aplicable al caso concreto, y a la vista de la pena impuesta por la misma, calcular el plazo de prescripción y evaluar el estado de la conducta.

Respecto de la conducta llevada a cabo por Fernando S, las conclusiones respecto de dichos extremos son las siguientes. En lo referente a la prescripción, los tipos penales potencialmente aplicables al caso (falseamiento de cuentas sociales, administración desleal y apropiación indebida) son, todos ellos, delitos definidos como menos graves, penados con prisión de uno a tres años. En este sentido, y teniendo en cuenta que todos

---

<sup>45</sup> ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho Penal y Constitución*, en AAVV, *Curso de Derecho Penal. Parte general*. (DEMETRIO CRESPO, E., RODRIGUEZ YAGÜE, C., Coord.), Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016., pp. 132 a 134.

ellos tienen la misma pena, a los efectos de aplicar lo previsto en el art. 131.4 CP para el concurso de infracciones el plazo de prescripción, en el caso concreto, sería de cinco años a contar desde la comisión del mismo. En este caso, la institución de la prescripción no entraría en juego, pues, hasta el año 2019.

Por otro lado, en lo que se refiere a la aplicación retroactiva de una disposición más favorable para el reo, es necesario señalar la existencia de una reforma del CP en el año 2015, la cual introdujo modificaciones en la redacción de los tipos de administración desleal y de apropiación indebida – no así del falseamiento de cuentas, cuya redacción y pena permaneció inalterado –, lo que podría llevar a una aplicación más favorable de la ley posterior a la comisión del delito. El estudio de este aspecto en relación con dichos tipos penales se abordará en su momento a la hora de examinar los mismos y su aplicabilidad al caso.

## 2. Delito de falseamiento de cuentas.

El delito de falseamiento de documentos societarios aparece recogido en el art. 290 CP, subsumido dentro de la familia de los delitos societarios, a los que dicho texto normativo dedica el capítulo XIII del título XIII. En este sentido, la literalidad del precepto establece que *“los administradores, de hecho, o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.”*

En líneas siguientes, se procederá a realizar un análisis pormenorizado de los elementos del tipo para, a continuación, evaluar el cumplimiento de los mismos respecto de la conducta llevada a cabo por Fernando S., con el fin de determinar la naturaleza delictiva o no de la misma. Así, los elementos a analizar son los siguientes: sujetos activos, sujetos pasivos, acción típica, bien jurídico protegido y objeto material del tipo.

El **bien jurídico protegido**, si bien ha sido un aspecto discutido por la doctrina, se trata tanto del tráfico mercantil, como de los intereses económicos de los sujetos pasivos e, incluso, de la funcionalidad de los documentos en el tráfico jurídico.

En lo que se refiere a los **sujetos activos**, cabe señalar que se trata de un delito especial propio, en la medida que, a la hora de definir la acción típica, el art. 290 CP establece como sujetos idóneos a los *“administradores, de hecho, o de derecho, de una sociedad constituida o en formación”*. En este sentido, solamente pueden ser sancionados por la conducta descrita en el tipo aquellas personas que tengan la condición de administrador de una sociedad, ya sea por un título legal, a la vista de la normativa extrapenal, o por una situación de hecho (en su sentido más amplio). Por su parte, *“los sujetos pasivos son tanto la sociedad, como sus socios o los terceros que*

*mantengan algún tipo de relación, jurídica o económica, con la sociedad (v.gr. trabajadores o acreedores)*”<sup>46</sup>

Respecto del **objeto material** sobre el que debe de recaer la acción, el citado precepto no establece una relación exhaustiva, señalando únicamente que debe de tratarse de las cuentas anuales, u otros documentos, cuya finalidad sea la de reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. Así, la jurisprudencia viene señalando que se trata, por tanto, de un *numerus apertus* en el que, no solamente se engloban las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria del ejercicio), “*sino todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado*”.<sup>47</sup>

Por último, y en lo que se refiere a la **acción típica**, cabe señalar los siguientes extremos. Por un lado, la conducta típica definida se basa en “falsear” entendiendo como tal, a la vista de la jurisprudencia<sup>48</sup>, las acciones consistentes en mentir, en alterar o en no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador, puesto que ésta es la forma de frustrar el derecho de los destinatarios de la información social a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. A estos efectos, ocultar o suprimir datos se considera una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Por otro lado, se requiere que dicha acción se realice de forma idónea para ocasionar “un perjuicio económico”. En relación con esta segunda nota, se pueden distinguir dos subtipos: “*uno de mera actividad cuando el perjuicio no llega a producirse (contenido en el párrafo 1º), y otro de resultado, cuando se ha producido (contenido en el párrafo 2º)*”.<sup>49</sup>

Vistos los elementos del tipo, entrando a valorar el caso concreto que nos ocupa, la condición impuesta por el art. 290 CP, en relación con el sujeto activo, parece ser cumplida en la medida en que, al tiempo de la comisión, Fernando S. poseía el cargo de administrador de derecho de la sociedad. Por su parte, los sujetos pasivos perjudicados en el caso concreto son, tanto la sociedad mercantil, como los propios socios y terceros vinculados con la misma.

En lo que se refiere a la conducta llevada a cabo, así como al objeto material, respecto del caso que nos atañe, la falsificación, si bien recae sobre la contabilidad interna de la empresa, que es aquella que se ve modificada por el administrador, es de ésta de donde obtienen la información el resto de estados financieros presentados y registrados por la empresa. Concretamente, la operación llevada a cabo por Fernando, consistente en la baja de la partida de inmovilizado contra una cuenta de gasto (cuenta 672, Pérdidas procedentes de inversiones inmobiliarias) tiene repercusión tanto en el balance (al eliminar una partida del activo) como en la cuenta de pérdidas y ganancias

---

<sup>46</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: delitos societarios.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 493

<sup>47</sup> STS, Sala de lo Penal, de 7 de noviembre de 2011 (RJ\2003\7661)

<sup>48</sup> STS, Sala de lo Penal, de 13 de julio de 2010 (RJ\2010\7340)

<sup>49</sup> STS, Sala de lo Penal, de 14 de diciembre de 2015 (RJ\2015\5820)

(al introducir un gasto en la contabilidad de ese ejercicio) y en la memoria (en la medida en que se reflejará un movimiento cuya justificación es ficticia).

En este sentido, es cierto que esos efectos son lo que efectivamente se desprenden de una operación de deterioro de un elemento de estas características, sin embargo, la conducta típica de “falsear” exigida por el precepto radica, en este caso, en la alteración de las partidas contables con el objeto de encubrir, tras la apariencia de una pérdida irreversible, una transmisión del activo a otra entidad, sin que mediase precio alguno de compraventa.

Para finalizar, respecto del requisito exigido por el tipo relativo a la idoneidad para la “causación de un perjuicio”, la conducta llevada a cabo por Fernando no sólo es idónea, sino que llega a producir, de manera efectiva, un perjuicio o menoscabo en el patrimonio de la sociedad FIAT. Dicho perjuicio se materializa en la desaparición de un elemento patrimonial del activo de la sociedad sin contraprestación alguna, generando una pérdida millonaria – concretamente, cuatro millones de euros – en las cuentas del ejercicio en cuestión. En definitiva, como consecuencia de la acción del administrador, se produce un menoscabo en el patrimonio que no tiene razón de ser, pues el elemento en cuestión no sufre deterioro alguno.

A la vista de lo expuesto, Fernando S. debería de ser condenado como autor de un delito societario del art. 290 CP en su modalidad agravada, dada la causación final de un perjuicio real al patrimonio social. Así, las penas que deberían de ser impuestas serían las de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses que, teniendo en cuenta lo dispuesto para el subtipo agravado, deberían de ser impuestas en su mitad superior.

### **3. Delitos de apropiación indebida y de administración desleal.**

Respecto de los delitos de apropiación indebida y de administración desleal, es necesario, en primer lugar, proceder al deslinde de ambas figuras pues, a la vista de la jurisprudencia y de la diferente casuística, ambas figuras pueden ser aplicadas a situaciones prácticamente idénticas. A continuación se procederá a analizar cada uno de los tipos y a ofrecer al lector un criterio diferenciador de ambas figuras.

En este sentido, la redacción del art. 252 CP, tipificaba bajo la denominación de apropiación indebida aquella conducta dirigida a la *“apropiación o distracción, en perjuicio de otro, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros”*.

Por su parte, el art. 295 castigaba bajo el delito de administración desleal a *“los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren”*

Se torna imprescindible señalar que la inclusión de este último tipo fue posterior a la del art. 252 CP, y vino a poner fin a una situación en la que algunas de las conductas llevadas a cabo en el ámbito societario, se veían despenalizadas por no poder ser acogidas bajo la conducta de apropiación indebida, al no cumplir con el elemento típico básico de dicha conducta: el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie de la cosa recibida. Así, y siguiendo a MARTÍNEZ- BUJÁN, *“conductas como la del autopréstamo o la prestación de garantías con bienes de la sociedad para el afianzamiento de deudas personales de los administradores quedaban fuera del radio de acción del art. 252 CP”*.

Con la inclusión de dicho precepto, se puso de manifiesto la necesidad de establecer un criterio diferenciador entre ambos. Si bien la jurisprudencia adoptó en un principio posturas diferentes a la que venía enunciando previamente la doctrina, la postura mayoritariamente asumida en la actualidad, es la que utiliza como criterio diferenciador el carácter definitivo o no de la apropiación.

Así, la administración desleal vino a crear un tipo penalizador de aquellas conductas que, si bien comportan la ejecución de actos dominicales ilícitos por quienes reciben la cosa en administración, la naturaleza de las mismas conlleva que no se produzca un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver la misma. La diferencia fundamental radica, pues, en el carácter definitivo o temporal de la apropiación. De esta forma, cabe afirmar que *“el ámbito del delito del art. 295 CP terminaba allí donde empezaba el del art. 252 CP”*<sup>50</sup>.

Tal y como se ha señalado previamente, el TS ha venido a reafirmar esta tesis al disponer, entre otras<sup>51</sup> en su sentencia 9/2009 de 26 de enero que *“cuando el administrador, prevaleciendo como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente distinta de la administración desleal.”*

A la vista del caso que nos ocupa, parece patente el hecho de que la apropiación, llevada a cabo por Fernando S., del terreno propiedad de la sociedad administrada, carece de las notas propias de la temporalidad, pudiendo ser calificada de una apropiación definitiva, constitutiva de un delito de apropiación indebida del art. 252 CP.

No obstante lo anterior, y tal y como se ha anunciado previamente, tras la reforma del CP operada en el año 2015 se produjo una modificación en la redacción de ambos tipos penales lo que, a los efectos que aquí interesan, tiene gran relevancia en la medida en que el art. 252 CP sería inaplicable al caso concreto pudiendo llegar a quedar despenalizada la conducta. En este sentido, los grandes cambios operados por la reforma son los siguientes. En primer lugar, la exclusión de la redacción del art. 253 – nueva apropiación indebida – de la mención a “otros activos patrimoniales”, conllevando la inaplicabilidad del precepto al caso concreto, al no poder englobar dentro del resto de categorías - dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble – el bien objeto de disposición: un bien inmueble consistente en un terreno. En segundo

---

<sup>50</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 19.

<sup>51</sup> SsTS, Sala de lo Penal, 517/2013, 206/2014 y 1181/2009

lugar, se ubica el delito de administración desleal fuera de los delitos societarios, ampliando el campo de acción de éste, al dejar de ser un delito especial propio, reservado únicamente a aquellos con la condición de *“administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación”*.

Las nuevas redacciones obligan a realizar una tarea de análisis de los nuevos tipos, con el objetivo de determinar si la aplicación de los mismos supondría un beneficio para el reo, en cuyo caso habría de optarse por dicha opción. Dicho análisis pasa por estudiar tanto la nuevas redacciones como las penas aparejadas. Así, en la medida en que el nuevo art. 253 deja de ser aplicable al caso concreto, es necesario determinar si, en su defecto, cabría encajar la conducta dentro de la nueva redacción del delito de administración desleal y si éste, en relación con la apropiación indebida aplicable antes de la reforma conlleva beneficio alguno para el reo.

Pues bien, dada la nueva redacción del art. 252 CP, el cual penaliza *“a los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”* parece razonable concluir que la conducta realizada por Fernando S. es subsumible dentro de dicho tipo puesto que, a la vista de la nueva redacción del precepto, éste se configura como *“un delito de resultado de lesión, el cual exige la causación o producción de un perjuicio patrimonial”*<sup>52</sup> siendo exactamente éste el resultado provocado por el movimiento contable descrito en los hechos: el menoscabo del patrimonio societario. Por su parte, la pena prevista para dicha conducta ha sido fijada por el legislador en prisión de seis meses a tres años, es decir, la misma prevista para la apropiación indebida previa reforma, pues ambas se remiten a la pena fijada para el delito de estafa.

Así las cosas, puede concluirse que si bien la reforma impide la aplicación del delito de apropiación indebida al caso, el delito de administración desleal, ya aplicable antes de la reforma, lo sigue siendo. De esta manera, en vista de que las penas previstas son idénticas, se ha optado por subsumir la conducta dentro del delito de apropiación indebida, dispuesto en el art. 252 CP antes de la reforma operada en 2015.

#### **4. Concurso de delitos.**

Para finalizar, es necesario analizar cuál es la relación entre ambos delitos para poder resolver acerca de cuál será la pena aplicable a los mismos. En este sentido, las posibilidades aplicables a casos como este han sido discutidas, optando la jurisprudencia, dentro de las alternativas reconocidas en nuestra legislación (concurso real, medial, ideal o de leyes), por diversas soluciones dependiendo de la naturaleza de la infracción.

Así, se ha dispuesto que cabría perfectamente el concurso medial entre ambos delitos en aquellos casos en los que no existe un perjuicio patrimonial, es decir, en los que no se concreta la figura agravada del art. 290.2 CP. Por otro lado, el TS también ha

---

<sup>52</sup> VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, Aranzadi, Pamplona, 2016., pp. 363 a 366.

calificado de concurso real de delitos aquel caso en el que el perjuicio provocado por la conducta del art. 290.2 CP no coincide con el detrimento patrimonial causado al perjudicado.

Sin embargo, de entre todas esas manifestaciones jurisprudenciales, la más adecuada al caso concreto que nos ocupa parece ser la dispuesta por el TS, en sentencia de 11 de marzo de 2009<sup>53</sup>, en la que se opta por un concurso de leyes, a resolver por la regla 4ª del art. 8 del CP. Dicha opción es aplicable a aquellos casos en los que, tal y como sucede en el caso descrito, el perjuicio ocasionado y el detrimento patrimonial ocasionado son coincidentes.

De esta manera, la solución concreta pasaría por aplicar la citada regla de la alternatividad, la cual obliga, en caso de hechos constitutivos de dos delitos de los contenidos en el CP – y en vista de la inaplicabilidad del resto de criterios dispuestos en dicha norma (subsidiariedad, especialidad y absorción) – “a elegir el precepto que castigue más gravemente la conducta”.<sup>54</sup> el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor. A estos efectos, no deberá de estarse a la pena en abstracto, sino que deberán de evaluarse las penas concretas en relación con las circunstancias específicas del caso, poniendo en relación las diferentes alternativas y castigando, a la vista de todas ellas, según aquella que sea más grave.

## **PARTE IV. CONTRATOS ATÍPICOS: EL CONTRATO DE *LEASE BACK*.**

### **1. Aplicación de la Ley de Represión de la Usura al contrato.**

En la medida en que la pretensión de TRANSLOGIC se fundamenta en la petición de resolución del contrato, por considerar éste nulo conforme a lo dispuesto en la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura<sup>55</sup> – en adelante, LRU –, será necesario, con el objetivo de fundamentar la posible nulidad o no del mismo, proceder al análisis, por un lado, de las prohibiciones recogidas en la LRU y, por otro, del ámbito objetivo de la mismas. Una vez dispuestos esos extremos, habrá que evaluar si el *lease back*, objeto de contrato entre TRANSLOGIC y SEUDBANK, cumple los requisitos para que le sea de aplicación dicha normativa.

Respecto del primero de los extremos, aquel referido al **ámbito objetivo de la LRU**, cabe señalar que será de aplicación a los contratos de préstamo. Así, como ejemplos, encontramos la referencia a la nulidad del contrato de préstamo recogida en su art. 1 y a las figuras de prestatario y prestamista contenidas en los arts. 3 y 5, respectivamente. Sin embargo, hay que avanzar hasta su art. 9 para determinar el objeto de la misma y es que, dicho precepto establece que la aplicación de dicha normativa será extensible a toda operación “sustancialmente equivalente a un préstamo de

---

<sup>53</sup> STS, Sala de lo Penal, de 11 de marzo de 2009 (RJ\2009\4822)

<sup>54</sup> GARCÍA RIVAS, N., *Derecho Penal y Constitución*, en *op.cit.* AAVV, *Curso de Derecho Penal. Parte general.* (DEMETRIO CRESPO, E., RODRIGUEZ YAGÜE, C., Coord.), Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016., pp. 132 a 134.

<sup>55</sup> Gaceta de 24 de julio de 1908

*dinero*”, independientemente de las características formales del préstamo o de las garantías ofrecidas en el mismo.

En segundo lugar, entrando a analizar de manera sintética las disposiciones de la LRU, éstas vienen a establecer la nulidad los contratos de préstamo en el que, o bien se establezca “*un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso*” o que pueda ser calificado de leonino por la aceptación del mismo derivada de la situación angustiosa, de la inexperiencia o de las facultades mentales limitadas del prestatario.

Entrando a analizar el contrato suscrito entre la parte actora y la entidad financiera SEUDBANK, y de la unión de los extremos definidos en líneas precedentes, se puede concluir que los requisitos a cumplir por éste, para ser nulo de acuerdo con la LRU, son, en primer lugar, tener una naturaleza análoga a la de un préstamo y, en segundo lugar, incurrir en alguna de las circunstancias que impliquen su nulidad (interés desproporcionado o condición leonina).

En este sentido, a pesar de haber sido una cuestión discutida por la jurisprudencia, la línea argumental predominante en la misma pasa por considerar el contrato de préstamo como semejante al de un arrendamiento financiero que, si bien atípico, se trata de un contrato de características diferentes al de préstamo. A estos efectos, la jurisprudencia<sup>56</sup> ha establecido una serie de requisitos que, de ser cumplidos, permitirían encuadrar un contrato dentro del marco de los arrendamientos financieros o, en caso de incumplimiento, definirlo como un contrato de fiducia.

Si bien la jurisprudencia hace mención al contrato de arrendamiento financiero, el contrato de *lease back* se trata de una modalidad específica de éste, cuya característica básica es que, en él, “*sólo intervienen el financiado y la entidad de leasing, siendo el propio financiado por la entidad de leasing quien compra el bien para sí para luego venderlo a la entidad de leasing quien, a su vez, se lo cederá a éste en régimen de arrendamiento financiero*”<sup>57</sup>.

A saber, para que el contrato firmado por TRANSLOGIC tuviese la consideración de contrato de arrendamiento financiero, deberían de cumplirse los requisitos cuyo cumplimiento o incumplimiento se analizarán a continuación. A saber:

- a) La empresa prestadora del servicio tendría que tener por objeto habitual la concertación de este tipo de contratos, poseyendo las debidas autorizaciones al efecto. Respecto de este extremo, a la vista de los datos proporcionados por el caso, no parece haber duda alguna acerca de su cumplimiento, en la medida en que la sociedad SEUDBANK hasta se encuentra inscrita en el Registro de Sociedades de Arrendamiento Financiero.
- b) La persona, física o jurídica, que contrate el servicio deberá de dedicarse a las actividades mercantiles que comprendan el contrato. A estos efectos, si bien la sociedad TRANSLOGIC no tiene por objeto la compraventa de naves industriales, el objeto del contrato sí es un activo afecto a la actividad económica de ésta.

---

<sup>56</sup> STS, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2002 (RJ\2006\409)

<sup>57</sup> ALONSO ESPINOSA, F.J., *Derecho mercantil de contratos*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 187.

- c) El bien objeto de contrato debe de ser susceptible de ser utilizado en la realización de actividades agrícolas, industriales, profesionales o de servicios. Este requisito queda cumplido al señalarse en el caso que la nave industrial era “utilizada hasta dicho momento para la actividad económica”.
- d) Debe de haberse transmitido la propiedad del bien a través de una compraventa, de manera previa a la celebración del contrato de arrendamiento financiero, hecho que en el caso de autos queda debidamente cumplido al celebrarse dos contratos simultáneos, de compra de la nave industrial por parte de la entidad arrendadora y de arrendamiento de la misma a TRANSLOGIC.
- e) Del contenido del contrato debe de desprenderse la voluntad de facilitar la continuación del arrendatario financiero en el uso del bien, en condiciones favorables jurídica y mercantilmente, con el objeto de obtener la liquidez necesaria para el ejercicio de su actividad. En este sentido, en la medida en que el contrato de *lease back*, celebrado entre ambas entidades, iba destinado a la obtención de la liquidez suficiente, por parte de TRANSLOGIC, para la continuación de su actividad ordinaria, este quinto requisito parece ser cumplido.
- f) La duración del contrato debe de ser acorde con la naturaleza del mismo. En este sentido, la jurisprudencia ha venido admitiendo la comparativa del mismo con las previsiones que en dicha materia se contemplan desde el punto de vista fiscal. Así, el art. 106 LIS dispone, que los contratos de arrendamiento financiero tendrán una duración “de 10 años cuando tengan por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales”. De la comparativa con la duración establecida en el contrato de *lease back*, fijada en 120 meses (10 años), es preciso concluir que el mismo se encontraría dentro de los parámetros temporales correctos.
- g) Debe de existir un equilibrio entre el precio de compraventa y el precio fijado por las partes en la suscripción del arrendamiento financiero. En relación con este requisito los hechos descritos no aportan la información suficiente para poder proceder a su evaluación.
- h) Además, dicha condición de equilibrio se exige también para las prestaciones establecidas en el contrato en función de la amortización del bien y de la carga financiera. Esto supone que, por ejemplo, los tipos de interés aplicados al mismo sean similares a los aplicados, de manera ordinaria a los contratos del mismo tipo. Así, en el caso concreto solo se habla de los intereses de demora establecidos que se fijan en un 2% mensual el cual, sin disponer de más datos, no parece ser desproporcionado.
- i) Por último, debe de haberse establecido una opción de compra final a ejercitar por el arrendatario, por un precio equivalente al residual. Si bien en el caso no se especifica dicha circunstancia, de la calificación del mismo como “*lease back*” parece que dicha condición sería inherente al mismo.

Del cumplimiento de los requisitos anteriores, con mayor o menor efectividad, se puede concluir que el contrato de retro suscrito entre ambas empresas no puede ser asimilable a un contrato de préstamo, de tal forma que quedaría fuera del ámbito objetivo establecido en el art. 9 LRU. Así, la petición de TRANSLOGIC, en la que se solicitaba la declaración de nulidad del contrato por ser contrario a lo dispuesto en la LRU, no debería de prosperar en este caso, a la vista de los datos disponibles y de la tesis jurisprudencial analizada.

## 2. Órgano competente para el conocimiento del asunto y posibles acciones.

En lo que se refiere a la competencia, es necesario acudir a la LOPJ para determinar quien goza de competencia objetiva y territorial para conocer del asunto en cuestión. A estos efectos, dada la condición de empresarios de las dos partes intervinientes en el negocio jurídico, podría pensarse que la competencia le correspondería a los Juzgados de lo Mercantil. Sin embargo, a la vista de lo dispuesto en el art. 86 ter LOPJ, la materia sobre la que se discute (basada en la nulidad de un contrato de *lease back*) no aparece comprendida dentro del ámbito de actuación de dichos órganos jurisdiccionales.

De este modo, será tanto en el art. 85.1 LOPJ como en el art. 45.1 LEC, donde encontremos la solución a la problemática del caso. Y es que, a la vista de la legislación vigente, en la medida en que una competencia no esté expresamente atribuida por ley a otro órgano, los Juzgados de Primera Instancia ostentarán una suerte de *vis* atractiva que les hace competentes para conocer de dichos asuntos. De este modo, la acción de nulidad deberá de ser ejercitada ante un Juzgado de Primera instancia.

Por su parte, la normas sobre competencia territorial en el ámbito civil aparecen desarrolladas bajo la Sección segunda del Capítulo II del Título II de la LEC. En este sentido, dichas normas regulan la competencia territorial de dos formas diferentes. Mientras que por un lado definen un fuero general para las personas físicas y para las personas jurídicas, en apartados posteriores (art. 52 LEC) se fijan unas normas sobre competencia concreta en relación con aquellas causas en las que se traten objetos concretos (v.gr. cuestiones relativas al derecho al honor o en materia de propiedad horizontal). En adición a esto, es imprescindible señalar que se trata de normas de carácter dispositivo, pudiendo haberse sometido las partes, tácita o expresamente, a los tribunales de otra circunscripción.

Respecto del caso concreto, en la medida en que nada se dice acerca de la existencia de una cláusula mediante la cual las partes se hubiesen sometido a una circunscripción territorial diferente de la prevista legalmente, y teniendo en cuenta que la propia LEC no establece una norma especial en materia de competencia territorial en aquellos casos en los que se solicite la nulidad de un contrato de *lease back*, habrá que acudir al fuero general de las personas jurídicas previsto en el art. 51 LEC. Dicho precepto establece que *“salvo que la Ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio. También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.”*

Respondiendo a la cuestión concreta, en este caso TRANSLOGIC debería de plantear la demanda ante el Juzgado de lo Mercantil del lugar donde SEUDBANK tenga ubicado su domicilio social. Alternativamente, y sólo en caso de que el contrato fuese celebrado en A Coruña y SEUBANK tuviese en dicha ciudad un establecimiento permanente – v. gr. una oficina o sucursal – o un representante autorizado para celebrar este tipo de negocios jurídicos, TRANSLOGIC podría presentar la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de A Coruña.

En relación con la última de las cuestiones a la que se refiere el caso que nos ocupa, vinculada a las posibilidades de actuación de SEUDBANK, la citada mercantil tendría dos opciones al ampro de lo dispuesto en el art. 1124 CC; o bien exigir el cumplimiento del contrato por parte de la sociedad TRANSLOGIC o, por el contrario, solicitar la resolución del mismo, basándose en el incumplimiento de la parte contraria.

Pues bien, a la vista de la descripción de los hechos, queda probado que, en su día, SEUDBANK ya instó juicio ejecutivo en el que solicitó el pago de la deuda por parte del arrendatario, no habiéndose probado que la demandante hubiese conseguido el pago de la misma o hubiese devenido imposible el cumplimiento de la misma, toda vez que en los hechos no se hace referencia a ninguna acción orientada al cobro de los adeudos, una vez recaída la sentencia favorable del día 20 de diciembre de 2017. Así, a la vista de la jurisprudencia sentada en esta materia, no cabría el ejercicio de una acción de resolución del contrato, en la medida en que no se demuestre que, habiéndose solicitado en primer lugar el cumplimiento y obteniendo una sentencia favorable, se ha intentado el cobro hasta tal punto que se considera imposible la obtención del mismo.

## CONCLUSIONES

### Relativas al Derecho de la Competencia

- I. Respecto de los acuerdos entre fabricantes, del análisis de la normativa se ha determinado que dicha conducta es constitutiva de una infracción única y continuada del art. 101 TFUE en su modalidad de acuerdos que, por objeto, persiguen la restricción de la competencia en el mercado de venta de camiones. A estos efectos, el contenido de dichos acuerdos supone que sean calificados como cárteles, eliminándose la exigencia relativa al análisis de sus efectos reales o potenciales.
- II. Los acuerdos celebrados entre productores y comercializadores suponen una vulneración del art. 101 TFUE en su aplicación respecto a los acuerdos verticales; no sólo a través de la utilización de medios directos, pues suponen un mantenimiento del precio de reventa, sino también a través de medios indirectos, en la medida en que se eliminaba el derecho de los distribuidores a poder realizar descuentos u ofertas al consumidor minorista.
- III. Los acuerdos suscritos no disfrutarían de ninguna de las vías de exención. Ni cumplen con los requisitos exigidos por el apartado 3 del art. 101 TFUE por no generar externalidades positivas en el mercado; ni tampoco les sería de aplicación la “*regla de minimis*” por superar innegablemente el límite máximo del 10% de cuota de mercado conjunta en el caso de los acuerdos horizontales y el 15% en el caso de los verticales.
- IV. La responsabilidad civil derivada de las conductas se califica de responsabilidad extracontractual que, respecto del caso de TRANSLOGIC, queda acreditada puesto que, entre otros factores, de no existir dichos pactos hubiese disfrutado de precios más contenidos a la hora de renovar su flota. Quedaría pendiente la cuantificación de los mismos a partir de una de los métodos posibles.
- V. Los cauces procesales a través de los que podría ejercitar acciones TRANSLOGIC son dos: la vía administrativa y la vía judicial. Esta última es

la que se califica como “*private enforcement*” y es el único cauce posible para obtener la indemnización por daños y perjuicios.

### **Relativas a la responsabilidad penal del administrador**

- I. La conducta llevada a cabo por Fernando S. cumple con todos elementos del tipo penal descrito en el art. 290 CP, constitutivo de un delito de falseamiento de cuentas.
- II. Por su parte, la reforma operada en 2015, si bien cambia los tipos penales, no establece un trato favorable respecto de la normativa anterior. Así, la conducta debe de ser calificada, además, como un delito de apropiación indebida del art. 252 CP.
- III. El concurso de delitos existente entre ambos, según la línea jurisprudencial seguida, ha sido calificado como un concurso de normas a resolver según la regla 4ª del art. 8 CP (pena más grave).

### **Relativas al contrato de *lease back***

- I. Según los criterios fijados por el TS en casación, el contrato de *lease back* celebrado entre TRANSLOGIC y SEUDBANK no sería asimilable a un contrato de préstamo y, en consecuencia, no cabría la determinación de la nulidad del mismo a través de la aplicación de la LRU.
- II. Del examen de las normas de competencia, se ha determinado que el órgano competente para el conocimiento del asunto es el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el domicilio social de la sociedad demandada.
- III. Por aplicación del art. 1124 CC, SEUDBANK, habiendo solicitado ya el cumplimiento del contrato y habiendo recaído sentencia firme, no podría solicitar la resolución del mismo.

# BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ESPINOSA, F.J., *Derecho mercantil de contratos*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 187.

ARMENGOL, O., *La responsabilidad de las sociedades matrices por las conductas anticompetitivas de sus filiales* en Newsletter Pérez Llorca, Madrid, 2012, pp. 1 y 2.

ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho Penal y Constitución*, en AAVV, *Curso de Derecho Penal. Parte general*. (DEMETRIO CRESPO, E., RODRIGUEZ YAGÜE, C., Coord.), Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016., pp. 132 a 134.

BENEYTO, J.M., MAILLO J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2017 – pp. 33-100, 235-327, 393- 411, 794-804.

CALVO CARAVACA, A.L, CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho europeo de la competencia*, Colex, Madrid, 2000, p.173

CAMPUZANO, A.B., CALDERÓN C., *El derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2015.- pp. 20 a 22.

CASTILLO DE LA TORRE, F., GIPPINI FOURNIER, E., *Evidence, proof and judicial review in EU competition law*, Edgar Elgar Publishing, Cheltenham, 2017.

DIEZ ESTELLA, *La discriminación de precios en el derecho de la competencia*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p.75.

FERNÁNDEZ VICIÉN, C., YAGÜE PIQUERO, S., *Procedimientos administrativos en materia de infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Cuatrecasas, recuperado el 16 de mayo de 2018.

FONSECA FURTADO, R., *Cárteles de núcleo duro y Derecho penal. ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?*, B de F, Montevideo, 2017 – pp. 35-57.

GARCÍA RIVAS, N., *Derecho Penal y Constitución*, en *op.cit.* AAVV, *Curso de Derecho Penal. Parte general*. (DEMETRIO CRESPO, E., RODRIGUEZ YAGÜE, C., Coord.), Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016., pp. 132 a 134.

GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, M., *La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil*, Uría&Menéndez, 2006. (Actualidad jurídica, pp. 47-64).

JONES, A., SUFRIN, B., *EU Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

LAUNA ORIOL, C., *Delitos societarios. El delito de la administración desleal*, 2017 - Recuperado de la página oficial de la Fiscalía General del Estado el 10 de mayo de 2018.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: delitos societarios.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 493.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 19.

ORTIZ BAQUERO, I.S., *La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2011., pp. 38-51; 64-144; 176-204.

ORTIZ BAQUERO, I.S., *La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia*, Revista eMercatoria, Volumen 8, Número 2, 2009.

VERA RIVERA, M.C., *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*, Aranzadi, Pamplona, 2016., pp. 363 a 366.

# APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

## ▪ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- STJUE de 6 de marzo de 1974, *Asunto Zoja* (EU/1973/6).
- STJUE de 13 de julio de 1966, *Asunto Grundig*. (EU/1966/56)
- STJUE de 16 de julio de 1980, *Asunto Salonia/Poidomani*. (EU/1980/126)
- STJUE de 12 de diciembre de 1967, *Asunto Brasserie de Haecht*. (EU/1967/72)
- STJUE de 21 de enero de 2016, *Asunto Etura* (EU/2016/35).
- STJUE de 10 de abril de 2014, *Asunto Siemens*. (EU/2014/341)
- STJUE de 9 de abril de 1991, *Asunto Hofner*. (EU/1991/161)
- STJUE de 19 de abril de 1991, *Asunto Hydrotherm*. (EU/1991/271)
- STJUE de 13 de julio de 2006, *Asunto Manfredi*. (EU/2006/461)

## ▪ Sentencias del Tribunal Supremo:

- STS, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2010 (RJ\2010\308)
- STS, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2006 (RJ\2006\409)
- STS, Sala de lo Penal, de 3 de diciembre de 2015 (RJ\2015\760)
- STS, Sala de lo Penal, de 26 de enero de 2009 (RJ\2009\810)
- STS, Sala de lo Penal, de 7 de junio de 2013 (RJ\2013\6428)
- STS, Sala de lo Penal, de 3 de marzo de 2014 (RJ\2014\206)
- STS, Sala de lo Penal, de 18 de noviembre de 2010 (RJ\2010\704)
- STS, Sala de lo Penal, de 17 de junio de 2013 (RJ\2013\6428)
- STS, Sala de lo Penal, de 3 de marzo de 2014 (RJ\2014\2104)
- STS, Sala de lo Penal, de 18 de noviembre de 2009 (RJ\2010\704)