



UNIVERSIDADE
DA CORUÑA

FACULTADE DE DEREITO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

EL CARTEL DE CAMIONES Y LAS
RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA

Autora: Beatriz Elvira Vasco Fernández

Tutora: Dra. María del Rocio Quintáns Eiras

Programa de simultaneidad del Grado en Derecho y el
Grado en Administración y Dirección de Empresas

CURSO 2017-2018

ÍNDICE

ÍNDICE	1
ABREVIATURAS.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
BLOQUE I. Actuaciones contrarias al Derecho de la Competencia.....	4
I. Introducción: normativa y efecto sobre el comercio en los Estados Miembros....	4
II. Conductas ilícitas del Derecho de la Competencia.....	7
1. Conductas colusorias. Fijación de precios.....	7
1.1 Artículo 101 TFUE.....	7
1.2 Artículo 1 LDC.....	10
2. Restricciones horizontales y verticales.....	11
2.1 Restricciones horizontales. Intercambio de información estratégica.....	11
2.2 Restricciones verticales.....	12
3. Abuso de posición dominante.....	15
3.1 Artículos 102 TFUE y 2 LDC.....	15
3.2 Principio <i>non bis in idem</i>	17
III. Procedimiento.....	17
1. Aspectos generales.....	17
2. Aplicación pública.....	18
2.1 Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.....	18
2.2 Comisión Europea.....	19
2.3 Reparto de asuntos.....	21
2.4 Clemencia.....	22
3. Aplicación privada.....	23
3.1 Nulidad.....	23
3.2 Reclamación de daños y perjuicios por ilícitos <i>antitrust</i>	24
a) Aspectos procesales.....	27
b) Soluciones extrajudiciales de controversias.....	28
BLOQUE II. Responsabilidad de los administradores.....	29
I. Responsabilidad penal.....	29
1. Legislación aplicable y competencia.....	29
2. Delito de falseamiento contable: análisis del tipo.....	29
3. Delito de apropiación indebida.....	31
3.1 Delimitación respecto al delito de administración desleal.....	31
3.2 Análisis del tipo.....	32
4. Cambio de regulación con la LO 1/2015 y análisis de retroactividad.....	34
5. Análisis sancionador y concursal.....	35
II. Responsabilidad civil.....	36
1. Deberes de los administradores en la LSC. Diligencia y lealtad.....	36
2. Acciones derivadas de la infracción de los deberes.....	39

BLOQUE III. Arrendamiento financiero.....	41
I. Concepto y descripción del contrato de <i>lease-back</i>	41
II. Aplicación de la Ley de Usura al contrato de <i>lease-back</i>	41
III. Obligaciones y resolución del contrato.....	44
CONCLUSIONES.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	48
LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS SIN CARÁCTER NORMATIVO.....	49
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL Y RESOLUCIONES.....	50

ABREVIATURAS

ANC	Autoridad Nacional de Competencia
AP	Audiencia Provincial
Art/Arts	Artículo/Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA/CCAA	Comunidad Autónoma/Comunidades Autónomas
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
DA	Disposición Adicional
DT	Disposición Transitoria
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed	Editorial
Expte	Expediente
LDC	Ley de Defensa de la Competencia.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRU	Ley de Represión de la Usura
REC	Red Europea de Competencia
RD	Real Decreto
RDC	Reglamento de Defensa de la Competencia
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPICE	Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN:

La elaboración del presente trabajo tiene como objetivo analizar el alcance del Derecho de la Competencia y de las consecuencias que llevan aparejadas las conductas *antitrust*. Se trata de una materia de suma importancia para el desarrollo económico de la Unión Europea y constituye uno de los ejes sobre los que gira la economía de mercado. Es este motivo, y la indudable notoriedad del caso, del que se ha hecho eco la prensa por sus importantes consecuencias económicas, el que me ha llevado a su elección. Asimismo, el Derecho de la competencia trasciende de cuestiones puramente económicas para constituirse como defensora del bienestar de los consumidores y de valores como el respeto por el juego limpio.

Este último aspecto enlaza con la importancia capital del respeto, por parte de los administradores, de los deberes inherentes a su cargo y la necesidad de que lo desarrollen abogando en todo momento por la consecución del interés social. Precisamente, las desviaciones respecto al modelo de comportamiento entrañan importantes consecuencias que se analizan a lo largo de la exposición.

Por último, el dinamismo de la actividad económica determina la aparición de nuevas técnicas de financiación empresarial, entre las que se encuentra el *lease-back*. La finalidad principal para el usuario es la obtención de liquidez sin tener que verse privado de la posesión del bien, que ostentaba antes en condición de propietario, y sin endeudarse, lo que mantiene intacta su capacidad de crédito externo. Si bien, la ausencia de un régimen jurídico completo que regule todos sus aspectos sustantivos, tiene como resultado la aparición de controversias, no exentas de polémica, como la que se describe en el supuesto.

BLOQUE I. ACTUACIONES CONTRARIAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

En este primer apartado se aborda la resolución de las tres primeras cuestiones confirmando la limitación que las conductas de las empresas implicadas suponen al desarrollo de la libre competencia. Asimismo, se analizan las posibilidades de actuación de TRANSLOGIC.

I. Introducción: normativa y efecto sobre el comercio en los Estados Miembros.

La normativa aplicable en España sobre la defensa de la competencia se compone de dos estratos¹. El primer bloque está formado por las normas de la Unión Europea (en adelante, UE) constituido básicamente por los artículos 101 a 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea². El segundo tiene como exponente principal la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia³.

Por tanto, la primera cuestión que debe analizarse es la concerniente a las relaciones entre el Derecho de la Competencia de la UE y el nacional. En síntesis, para que se aplique el Derecho comunitario es necesario que la conducta pueda afectar “*al comercio entre los Estados miembros*”⁴. Además, la afectación apreciable al comercio intracomunitario también determina el ámbito de aplicación del art. 3 del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado⁵ (hoy, arts. 101 y 102 TFUE). Según este precepto, cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen su derecho nacional a conductas que puedan afectar al mercado común, deben aplicar también los arts. 101 y

¹ Debe tenerse en cuenta que en el ámbito penal el art. 284 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995 (en adelante, CP) castiga el intento de alteración de los precios que resultarían de la libre competencia. Sin embargo, la aplicación de dicho precepto se reserva a los casos más graves en los que concurra alguno de los medios comisivos siguientes: violencia, amenaza o engaño. Por tanto, no sería subsumible para el caso analizado.

² DOUE núm. 326, de 26 de octubre de 2012 (en adelante, TFUE). Se complementa con diversas normas de Derecho derivado.

³ BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007 (en adelante, LDC). La LDC ha sido desarrollada por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC). BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008.

⁴ Art. 101 TFUE. En el mismo sentido apunta el art. 107 TFUE.

⁵ DOCE L núm. 1, de 4 de enero de 2003 (en adelante, Reglamento 1/2003).

102 TFUE. Además, en estos casos nada impide que se aplique únicamente la normativa comunitaria en tanto el Reglamento 1/2003 no obliga a aplicar el Derecho nacional a una práctica anticompetitiva de estas características⁶. Por el contrario, si sólo se afecta al mercado nacional, la normativa aplicable sería, en principio, la nacional de dicho Estado y no la comunitaria.

No obstante, el concepto de “afectación” del mercado común ha sido interpretado de forma amplia, llegando a la conclusión de que determinadas prácticas que se produzcan dentro de un Estado miembro pueden ser susceptibles de afectar al mercado común⁷. En consonancia con lo anterior, no se exige que el acuerdo haya sido adoptado en el interior de la UE o del Estado miembro en cuestión, ni tampoco que las empresas involucradas sean comunitarias, bastando con que los efectos se produzcan en el interior de la UE o del Estado miembro de que se trate⁸.

Para clarificar esta cuestión la jurisprudencia comunitaria ha perfilado una serie de criterios para determinar cuándo un comportamiento tiene relevancia en el ámbito comunitario. El TJUE ha señalado, en múltiples ocasiones, que *“a este respecto, para que un acuerdo entre empresas pueda afectar al comercio entre Estados miembros, debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados. De este modo, el perjuicio de los intercambios intracomunitarios es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos”*⁹. Dicho desarrollo jurisprudencial comunitario se plasma en la Comunicación de la Comisión por la que se establecen las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado¹⁰ (actualmente arts. 101 y 102 TFUE). En ella la Comisión reconoce que no es posible establecer unas normas cuantitativas generales que abarquen todas las categorías de acuerdos pero sí puede desarrollar unas presunciones acerca de la posibilidad de afectación, lo que no evita el análisis en cada caso concreto.

En primer lugar, el concepto de comercio entre Estados miembros se refiere a un concepto más amplio que los tradicionales intercambios transfronterizos de bienes y servicios, con lo que abarca también toda actividad económica transfronteriza. Así, generalmente el impacto en dicha actividad económica debe repercutir, al menos, en dos Estados¹¹. Esta cuestión se manifiesta claramente en el caso, ya que nos encontramos ante empresas fabricantes de camiones que, a través de otras distribuidoras, comercializan sus productos por toda la UE habida cuenta de su importante posición en dicho territorio.

En segundo lugar, la expresión “pueda afectar” se refiere generalmente a que *“debe ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho, que el acuerdo o práctica puede tener influencia, directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre Estados miembros”*¹². Respecto al caso analizado, hay elementos objetivos que permiten prever, con independencia de la intención subjetiva de los implicados, la influencia del acuerdo en las corrientes comerciales entre Estados miembros como

⁶ BACHES OPI, S.: *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*. Marcial Pons, Madrid, 2014. p. 92.

⁷ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos, Madrid, 2017, p.165-197

⁸ STJCE de 27 de septiembre de 1988 [TJCE\1989\46].

⁹ STJCE de 21 de enero de 1999 [TJCE\1999\3]

¹⁰ DOCE C 101, de 27 de abril de 2004 (en adelante, Comunicación 2004/C 101/07).

¹¹ Apartados 19 y 21 Comunicación 2004/C 101/07. Se considera cumplida dicha condición también en aquellos casos en que afecta al comercio entre un Estado miembro y solo una parte de otro Estado miembro cuando dicho efecto sea apreciable.

¹² Apartado 23 Comunicación 2004/C 101/07.

es la propia naturaleza del acuerdo ya que se trata de empresas fabricantes de un producto que pactan sus precios y, gracias a sucesivos acuerdos con sus empresas distribuidoras, logran comercializar dichos productos en el mercado europeo. Además, se trata de productos que se comercializan fácilmente a través de las fronteras y, desde un punto de vista cuantitativo, la posición de las empresas implicadas es indicativa de la capacidad del acuerdo para afectar a dicho comercio. Por otro lado, podemos hablar de un efecto directo, que se produce en relación con los propios productos cubiertos por el acuerdo, y real, al haberse puesto en práctica la conducta¹³.

En tercer lugar, el concepto de apreciabilidad es un elemento cuantitativo que busca limitar la aplicación del Derecho comunitario a aquellas conductas que puedan producir efectos de cierta magnitud¹⁴. Para analizar este aspecto no es imprescindible definir los mercados de referencia y calcular las cuotas de mercado, ya que puede medirse en términos absolutos mediante el volumen de negocios. Si bien, en el caso que ahora nos ocupa se indica que la cuota de mercado conjunta de las empresas interesadas ronda el 80% del mercado europeo del producto, con lo que la apreciabilidad podría medirse en términos relativos lo que permite comparar la posición de dichas empresas con la de otros operadores del mercado. Así, se establece una presunción *iuris tantum* negativa de apreciabilidad bajo unos umbrales de cuota de mercado y volumen de negocios¹⁵. Sin embargo, con los datos disponibles en el supuesto, pueden considerarse superados dichos parámetros lo que no implica automáticamente la afectación al comercio de los Estados miembros, sino que habrá que estar al análisis del caso. Aun así, dadas sus características, la Comisión podría incluso mantener una presunción *iuris tantum* positiva de afectación.

En definitiva, el sector de los camiones se caracteriza por un sustancial volumen de negocio en el mercado comunitario y afecta a su estructura competitiva en, al menos, dos Estados Miembros. Por ello, teniendo en cuenta la cuota de mercado y el volumen de negocios de las empresas implicadas, puede afirmarse que el efecto en el comercio es apreciable. Además, el alcance geográfico de la infracción en la UE y la naturaleza transfronteriza de los productos afectados demuestran con mayor certeza el carácter apreciable de sus efectos¹⁶.

La cuestión que surge a continuación, es si pueden aplicarse cumulativamente ambos bloques normativos y la respuesta debe ser positiva. Ya desde finales de los años sesenta¹⁷ se emplea la doctrina denominada de la “*doble barrera*”, que permite aplicar a una misma situación de hecho los dos ordenamientos jurídicos. Esta postura se consagra en el Reglamento 1/2003, que instaura un nuevo régimen de aplicación de las normas europeas y surge por el exceso de trabajo de la Comisión generado por el sistema anterior y gracias a la existencia de una gran jurisprudencia y doctrina que provocan que su actuación no sea tan necesaria en términos de uniformidad¹⁸.

¹³ Apartados 24 a 43 Comunicación 2004/C 101/07. Se considera sin perjuicio de la posible existencia de otros efectos potenciales e indirectos (respecto a productos vinculados).

¹⁴ Apartado 44 Comunicación 2004/C 101/07. Se valora teniendo en cuenta la posición e importancia de las empresas en el mercado.

¹⁵ Los criterios para la cuantificación de la apreciabilidad se encuentran en los apartados 50 a 57 de la Comunicación 2004/C 101/07.

¹⁶ *European Commission, DG Competition. Cartel Procedure. Provisional non-confidential versión*, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf. (fecha de consulta: 18/04/ 2018) Véanse, concretamente, los apartados 85 y 86.

¹⁷ Establecida con la STJCE de 13 de febrero de 1969 [ECLI:EU:C:1969:4].

¹⁸ PASCUAL Y VICENTE, J.: “La nueva política comunitaria europea de control de conductas y su repercusión en España”. En *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 128-142. En esta publicación se abordan las novedades introducidas por el Reglamento 1/2003 para la aplicación del derecho de la competencia.

II. Conductas ilícitas del Derecho de la Competencia.

1. Conductas colusorias. Fijación de precios.

El artículo 101 TFUE, en el ámbito comunitario, y el artículo 1 LDC, en el ámbito nacional, establecen, la prohibición de conductas colusorias, que constituyen una de las prácticas más restrictivas de la libre competencia en la medida en que suponen la coordinación de varias empresas para eliminar o limitar la competencia¹⁹. Por tanto, en este apartado se aborda el examen del cumplimiento de los requisitos del art. 101 TFUE y, dadas las escasas diferencias entre ambos preceptos, se hace referencia únicamente a las especialidades introducidas por el art. 1 LDC.

1.1 Artículo 101 TFUE.

El art. 101 TFUE contiene una legislación preventiva que prohíbe las fuentes haciendo resultar indiferente su puesta en práctica o la consecución de efectos anticoncurrenciales y se reconoce la sanción civil de nulidad de pleno derecho de las prácticas prohibidas, a pesar de que el precepto finaliza con la posibilidad de exceptuar de su prohibición ciertas conductas. A continuación, se analizan los elementos de la prohibición.

El elemento principal es el concierto de voluntades entre dos o más empresas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de la forma en que se plasme dicho acuerdo. Si bien, en ausencia de definiciones normativas, ha sido la práctica comunitaria la que ha ido delimitando los conceptos referentes a las prácticas colusorias.²⁰ En este sentido, se precisan dos requisitos: la existencia de un concierto de voluntades y la presencia de una pluralidad de empresas.

La coordinación de la conducta de dos o más empresas, en uso de su autonomía de la voluntad, se manifiesta claramente en el caso de las empresas fabricantes de los camiones. Por otro lado, en lo referente a los acuerdos llevados a cabo por estos últimos con sus empresas distribuidoras, se debe efectuar una pequeña puntualización ya que tradicionalmente la práctica comunitaria, en relación con los contratos de distribución, entendía que la mera pertenencia a la red de distribución suponía la aquiescencia de los distribuidores con las instrucciones propuestas por los fabricantes, que pasarían a formar parte de los contratos de distribución, pudiendo quedar prohibidos como prácticas colusorias (si cumplían el resto de requisitos). En definitiva, si la conducta prohibida se integraba en las relaciones contractuales del fabricante con los revendedores, no era unilateral y se le podía aplicar el precepto analizado²¹. Sin embargo, posteriormente el TJUE²² trasciende sus pronunciamientos anteriores y pasa a considerar que debe constatar, directa o indirectamente, el elemento subjetivo que caracteriza el propio concepto de acuerdo, es decir, la existencia de una concordancia de voluntades entre operadores económicos. Si bien, dicha connivencia puede ser tácita o puede basarse en un modo pasivo de participación²³.

El TJUE ha señalado que el elemento constitutivo esencial es el concurso de voluntades y éste no se puede presumir por la mera continuidad de una relación comercial preexistente, sino que es necesario probar la concurrencia de una aceptación expresa o tácita del distribuidor que derive del contrato principal o del comportamiento posterior del propio distribuidor en respuesta a un

¹⁹ CURTO POLO, M.M: “Prohibición de las conductas colusorias (I): prácticas prohibidas y régimen de exenciones”, en AA VV, *Manual práctico de derecho de la competencia* (CARBAJO CASCÓN, F. Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 95.

²⁰ CURTO POLO, M.M: “Prohibición de las conductas colusorias (I): prácticas prohibidas y régimen de exenciones”, *op. cit.*, p. 98-105.

²¹ STJCE de 24 de octubre de 1995 [TJCE\1995\185].

²² STJCE de 6 de enero de 2004 [TJCE\2004\1]. En ella, el órgano jurisdiccional impone una interpretación discordante respecto a la sostenida por la Comisión para el mismo caso.

²³ STJCE de 7 de enero de 2004 [TJCE\2004\8].

ofrecimiento o invitación del proveedor a seguir una determinada política comercial. Así, el análisis de las decisiones de la Comisión y de la jurisprudencia comunitaria han empleado una serie de factores que pueden considerarse indicios de la existencia de acuerdo entre el fabricante y sus distribuidores²⁴. Para el caso, destacan los siguientes: la continuación de la relación comercial, la existencia de intereses convergentes (es decir, de intereses comunes como los producidos al obtener un beneficio económico ambas partes en tanto los fabricantes pueden fijar los precios que deseen y los distribuidores reciben una remuneración por respetarlos) o el carácter sistemático de la política restrictiva. En conclusión, puede afirmarse que la coordinación de voluntades, manifestada claramente por los fabricantes, se extiende a los distribuidores en tanto aceptan y reciben una retribución variable por adaptarse a la misma.

Además, la infracción del art. 101 TFUE puede no resultar únicamente de un acto aislado, sino de una serie de actos o de un comportamiento continuado. Este último es el que se tiene en cuenta incluso aunque varios elementos de dicho comportamiento puedan constituir una infracción por sí mismos. Así, cuando las sucesivas acciones tienen lugar en un plan conjunto, por contar con un objeto idéntico que falsea la competencia, la Comisión podrá imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en conjunto²⁵.

En otro orden de cosas, se requiere la presencia de dos o más “empresas”²⁶. Bajo esta consideración, el elemento fundamental es la participación en el tráfico económico, mediante la producción u ofrecimiento de bienes o servicios para el mercado. Es decir, se basa en la realización de una actividad económica de forma independiente y autónoma²⁷. Este requisito no supone un óbice para el caso ya que todos los sujetos implicados desarrollan una actividad en los términos explicados ya sea de fabricación como de posterior distribución de camiones.

En segundo lugar, el art. 101.1 TFUE señala que las prácticas colusorias pueden consistir en acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas. Si bien, las segundas carecen de interés para el caso²⁸.

El concepto de acuerdo reviste mayor interés ya que incluye tanto contratos como, en general, todos los convenios con efectos jurídicos vinculantes (cualquiera que sea su forma, incluyendo acuerdos tácitos) y los llamados “*pactos entre caballeros*” (*gentlemen’s agreements*) cuyas obligaciones son de carácter moral y no jurídico²⁹. El carácter de obligatoriedad y exigibilidad del pacto alcanzado es requisito indispensable para estar ante acuerdos en sentido estricto, lo que ha generado una disyuntiva en torno a los pactos de caballeros jurídicamente no vinculantes que ha llevado a algunos autores a afirmar que no forman parte del concepto. Sin embargo, dicha exclusión no conlleva efectos prácticos ya que se encuadran en el siguiente (prácticas concertadas) que se caracteriza por su menor rigidez, lo que supone que sean igualmente calificados como restricciones a la competencia. En definitiva, el acuerdo restrictivo de la competencia debe tener una oferta y una aceptación por la otra parte que, sin embargo, no tiene por qué ser expresa sino que puede deducirse de forma concluyente de su actuación posterior³⁰.

²⁴ BACHES OPI, S.: *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*. op. cit., pp. 62-67.

²⁵ STJUE de 6 de diciembre de 2012 [TJCE\2012\371].

²⁶ STJUE de 17 de septiembre de 2015 [TJCE\2016\374]. Se utiliza el término “empresa” y no otros como “sociedad” o “persona jurídica” presentes en otros preceptos comunitarios.

²⁷ STJUE de 10 de abril de 2014 [TJCE\2014\148].

²⁸ CURTO POLO, M. M.: “Prohibición de las conductas colusorias (I): prácticas prohibidas y régimen de exenciones”, op. cit., p. 110. Se conceptúan como resoluciones adoptadas por asociaciones de empresas que están formadas por empresarios independientes que operan en un determinado sector.

²⁹ STJUE, de 20 de enero de 2016 [TJCE\2016\10].

³⁰ ZURMENDI ISLA, A.: *Las restricciones verticales a la libre competencia*. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 29.

Así, para que exista acuerdo a estos efectos basta con que las empresas implicadas hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado³¹. Si bien, en ocasiones no existe o no puede probarse la existencia de un pacto en el sentido anteriormente mencionado, por ello, el artículo 101 TFUE también hace referencia a las prácticas concertadas que se definen como “una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas”³². Es decir, no basta con un mero comportamiento paralelo³³ sino que dicha conducta debe ser consecuencia de un entendimiento previo y no producto de las condiciones y estructura del mercado. Por ello supone que debe existir un comportamiento en el mercado que siga dicha concertación con lo que se mantenga una relación de causa a efecto entre ambos.³⁴ En síntesis, debe darse la existencia de conductas que se ejecuten para el cumplimiento de un plan latente entre las partes que enmascare la presencia de cierto tipo de acuerdo aunque sin llegar a cumplir todas las exigencias de éste³⁵.

En definitiva, el art. 101 TFUE distingue entre el concepto de acuerdo y de práctica concertada con el objetivo de ampliar la prohibición que abarca el precepto. Así, la conducta llevada a cabo por las empresas del supuesto podría entrar en el ámbito de aplicación del precepto comunitario tanto como un acuerdo como una práctica concertada en función de si la coordinación de actuaciones ha sido explícita o simplemente han mantenido conscientemente un comportamiento comercial común en el mercado³⁶. Los conceptos de acuerdo y práctica concertada pueden incluso solaparse. De hecho, puede no ser posible realizar una distinción adecuada ya que una misma infracción puede presentar simultáneamente las características de ambas formas cuando, al ser considerados de forma aislada, algunos elementos del acto continuado podrían formar parte de uno u otro concepto³⁷.

Así, esta coordinación de voluntades resulta indudable en el caso de los fabricantes de camiones. Por otro lado, respecto a sus empresas distribuidoras, la aquiescencia se muestra en el sentido de que aceptan una remuneración anual variable como contraprestación a la aceptación de unos precios fijos. Este aspecto podría haberse establecido como una cláusula en un vínculo contractual entre ambas partes pero en la práctica habitual no se incluyen expresamente, sino que se pactan sin que quede constancia escrita, lo que genera dificultades probatorias pero no impide la aplicación del precepto, en los términos analizados.

Por otro lado, la prohibición de la conducta colusoria requiere que la misma tenga por objeto o efecto la restricción de la competencia, lo que implica que provocan o pueden provocar una limitación en la libertad de actuación de los operadores en el mercado, alterando su funcionamiento normal y resultando indiferente la intención o voluntad de las partes³⁸. Se trata de un criterio alternativo, que conlleva, en primer lugar, la necesidad de considerar el objeto mismo

³¹ STPICE de 26 de octubre de 2000 [TJCE\2000\254].

³² STPICE de 20 de marzo de 2002 [TJCE\2002\110]. En el mismo sentido apunta el apartado 58 de la Comunicación de la Comisión por la que se establecen las Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. DOUE C núm. 11 de 14 de enero de 2011 (en adelante, Comunicación 2011/C 11/01).

³³ CURTO POLO, M.M: “Prohibición de las conductas colusorias (I): prácticas prohibidas y régimen de exenciones”, *op. cit.*, p. 111, señala que un mero comportamiento paralelo quedaría amparado por el art. 38 Constitución Española (en adelante, CE). BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

³⁴ STJCE de 8 de julio de 1999 [ECLI:EU:T:1991:74]

³⁵ ZURMENDI ISLA, A.: *Las restricciones verticales a la libre competencia. op. cit.*, pp. 35-37. La connivencia se muestra por indicios tales como, por ejemplo, el intercambio de información sobre la comercialización de los productos y el ajuste posterior de sus comportamientos a un fin común.

³⁶ STJUE de 11 de septiembre de 2014 [TJCE\2014\330]

³⁷ *European Commission, DG Competition. Cartel Procedure. Provisional non-confidential version*, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf (fecha de consulta: 18/04/2018).

³⁸ ZURMENDI ISLA, A.: *Las restricciones verticales a la libre competencia. op. cit.*, p. 44. Además, la alteración de la competencia no se refiere únicamente a la real, sino también a la potencial.

del acuerdo³⁹. En el supuesto nos encontramos ante restricciones por objeto que son aquellas que cuentan, por su propia naturaleza, con el potencial suficiente para constituir una restricción a la competencia. Así, no es necesario aplicar el art. 101.1 TFUE para demostrar cualquier efecto real en el mercado basándose en el elevado potencial de efectos negativos que presenta la conducta y en los propios objetivos de las normas comunitarias. Es decir, la calificación como restricción por objeto hace innecesario el examen de sus efectos. En este sentido y por lo que ahora interesa, la fijación de precios se menciona expresamente⁴⁰, junto al reparto de mercados, como restricción por objeto ya que ambas repercuten negativamente en la asignación de los recursos y en el bienestar de los consumidores.

Por otro lado, como impone el propio precepto comunitario, dicha conducta colusoria, debe “*impedir, restringir o falsear*” la competencia⁴¹. En nuestro supuesto, parece que la conducta se encuadra en el segundo término ya que no hay una eliminación total de las posibilidades de competencia (impedir), sino una limitación al eliminarse algunos instrumentos de competencia (restringir). El falseamiento, por su parte, se refiere a que las partes o los terceros son puestos en condiciones de competencia desigual⁴². A ello se une que, el impedimento, restricción o falseamiento pueden referirse a cualquiera de los factores o elementos de los que se componga la libre competencia y los arts. 101 TFUE y 1 LDC mencionan expresamente algunos. En concreto, ambos se refieren a la fijación directa o indirecta de los precios u otras condiciones de transacción⁴³, lo que aclara aún más la aplicación de ambos preceptos al caso analizado.

La enumeración de determinadas conductas particulares tiene como razón de ser que la práctica ha demostrado que son esos aspectos de la competencia los más frecuentemente atacados y los que provocan mayores distorsiones en el funcionamiento del mercado. También ha tenido como resultado un tratamiento más severo, quedándose al margen, por ejemplo, de la regla de *minimis* o de las normas que establecen las exenciones por categorías⁴⁴.

Para finalizar, la conducta debe tener la capacidad de afectar al comercio entre los Estados miembros, lo que constituye un aspecto ampliamente comentado con anterioridad y además debe desplegar sus eventuales efectos dentro del mercado interior, lo que, a la luz de los antecedentes de hecho ya comentados, es claro en el supuesto ante el que nos encontramos.

1.2 Artículo 1 LDC.

Para proteger la libre competencia en el ámbito nacional los Estados miembros han dictado sus propias normativas en paralelo a la regulación comunitaria. Por lo que ahora interesa, nos referimos al art. 1 LDC. Si bien, la regulación española sigue muy de cerca de la comunitaria por lo que en este punto solo se abordan sus especialidades.

Se establece un sistema preventivo que prohíbe “*todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional*”⁴⁵. Además, realiza una enumeración no exhaustiva de conductas particulares ampliamente coincidente con el precepto comunitario, entre las que se encuentra, como se

³⁹ STJCE de 4 de junio de 2009 [TJCE\2009\159].

⁴⁰ Apartado 21 de la Comunicación de la Comisión por la que se establecen las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE. DOCE C núm. 101, de 27 de abril de 2004 (en adelante, Comunicación 2004/C 101/08).

⁴¹ Art. 101.1 TFUE.

⁴² CURTO POLO, M.M: “Prohibición de las conductas colusorias (I): prácticas prohibidas y régimen de exenciones”, *op. cit.*, pp. 114.

⁴³ Arts. 101.1.a) TFUE y 1.1.a) LDC. No se trata de un *numerus clausus*.

⁴⁴ ZURMENDI ISLA, A.: *Las restricciones verticales a la libre competencia. op. cit.*, p. 46.

⁴⁵ Art. 1 LDC.

adelantaba, la fijación directa o indirecta de precios y otras condiciones comerciales⁴⁶.

La principal diferencia, se refiere al ámbito geográfico en que se circunscribe la conducta. Ya que, se exige que sus eventuales efectos se desarrollen “*en todo o parte del mercado nacional*”⁴⁷. Este puede ser, en definitiva, nacional, regional, provincial o local.

Por otro lado, introduce las prácticas conscientemente paralelas cuya inclusión no ha estado exenta de críticas. No obstante, se considera que para realizar una interpretación conforme al Derecho comunitario este concepto debe entenderse incluido a su vez en el de práctica concertada⁴⁸ pese a algunas resoluciones de la autoridad administrativa nacional que propugnan su independencia. Sin embargo, como ya se había apuntado al analizar el art. 101 TFUE, este aspecto no dificulta la aplicación del art. 1 LDC a la conducta de fabricantes y distribuidores.

2. Restricciones horizontales y verticales.

La afectación a la competencia puede tener lugar tanto desde el punto de vista horizontal como vertical y ambas se sancionan por los arts. 101 TFUE y 1 LDC en la medida que cumplan los requisitos comentados.

2.1 Restricciones horizontales. Intercambio de información estratégica.

En primer lugar, las restricciones horizontales tienen lugar entre operadores situados en el mismo nivel de producción o distribución. Es decir, las empresas que llevan a cabo el acuerdo son competidoras (reales o potenciales) como lo son, en el caso que nos ocupa, las empresas fabricantes de camiones⁴⁹.

A este respecto se diferencian los cárteles o acuerdos de restricción horizontal de los acuerdos de cooperación horizontal. Los primeros tienen como objeto afectar a uno o más parámetros de la competencia y precisamente por ese motivo están prohibidos mientras que los segundos, aun pudiendo tener algún efecto negativo, son promovidos por razones de eficiencia en tanto sus efectos positivos compensan a los restrictivos (pueden contribuir a la innovación y comercialización de los productos)⁵⁰. Si bien, dadas las características de la conducta, queda a todas luces descartada la consideración de la misma como subsumible en dicha definición.

Así, por lo que ahora interesa una definición más precisa de cártel, en la que se encuadra la conducta llevada a cabo por los fabricantes, conceptúa éstos como “*acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores*”⁵¹.

⁴⁶ Art 1.1.a) LDC.

⁴⁷ Art. 1.1 LDC.

⁴⁸ CURTO POLO, M.M: “Prohibición de las conductas colusorias (I): prácticas prohibidas y régimen de exenciones”, *op. cit.*, pp. 125 y 126. Esta afirmación se basa en la consideración de que para que exista una práctica colusoria se necesita una coordinación de voluntades, aún cuando ésta deba presumirse.

⁴⁹ CURTO POLO, M.M: “Prohibición de las conductas colusorias (II): restricciones horizontales y verticales”, en AA VV, *Manual práctico de derecho de la competencia* (CARBAJO CASCÓN, F. Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 130.

⁵⁰ Comunicación 2011/C 11/01.

⁵¹ Apartado 1 Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. DOUE C núm. 298, de 8 de diciembre de 2006 (en adelante, Comunicación 2006/C 298/11). En el mismo sentido apunta la definición del segundo apartado de la Disposición Adicional (en adelante, DA) Cuarta de la LDC.

A su vez, pueden distinguirse diferentes supuestos de cártel. Centrándonos en el caso, los acuerdos y prácticas de fijación de precios (y otras condiciones comerciales) están expresamente prohibidos tanto por el art. 101.1. a) TFUE como por el art. 1.1.a) LDC. De hecho, dada la importancia de dicho parámetro en la normativa *antitrust*, estas conductas han sido prohibidas en la práctica habitual de la jurisprudencia y de los órganos administrativos competentes ya que los instrumentos más adecuados en la lucha contra los cárteles son tanto los mecanismos de detección como las sanciones que desanimen a las empresas a la hora de involucrarse en ellos⁵².

Además, podemos dar cuenta de la existencia de otras características propias de los cárteles como la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos (aunque nada se diga en el supuesto, la existencia de las conductas desde 1997 sin consecuencias permite concluir el carácter secreto de los acuerdos, es decir, la intención de ocultar el cártel al mercado) o la regularidad de los encuentros (las reuniones se celebraban varias veces al año). A ello se une un tercer aspecto constituido por el intercambio de información estratégica entre competidores que también constituye una práctica restrictiva de la competencia al considerarse como un mecanismo de control típico de los cárteles⁵³.

En este sentido, la Comunicación 2011/C 11/01 establece que cualquier intercambio de información cuando tenga como objetivo restringir la competencia se considerará una conducta restrictiva de la competencia por su objeto. Además se reconocen una serie de ejemplos que conforman la información estratégica de una empresa entre los que se encuentra la referida a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas). Esta consideración se basa en la premisa de que cuando se comparte este tipo de información entre competidores se reduce la autonomía e independencia de actuación de las empresas, y ello redundaría negativamente en los mercados y, en particular en los consumidores finales, razón por la que este tipo de intercambios de información son perseguidos y sancionados por las autoridades de competencia.

Si el intercambio de información se produce como función económica principal, será considerada una infracción autónoma, mientras que si forma parte de otros acuerdos más amplios, el intercambio será un elemento accesorio⁵⁴. Es decir, los acuerdos de fijación de precios y los intercambios de información podrían perfectamente constituir infracciones independientes si se hubieran ejecutado de forma aislada. Sin embargo, en este caso el intercambio de información forma parte integrante del cártel ya que busca facilitar su implementación y, por tanto, se entiende comprendido en aquella práctica para la que fue empleada (la fijación de precios).⁵⁵

2.2. Restricciones verticales.

Por lo que respecta a los distribuidores, igualmente debe constar su voluntad de adherirse a la conducta de los fabricantes tendente a unificar las prácticas de las compañías implicadas y a mantener los precios en un nivel determinado e independiente del mercado. Es decir, un acuerdo de este tipo no puede sustentarse en la política unilateral de una de las partes, que puede realizar sin la ayuda de otros, lo que implicaría una confusión con el ámbito de aplicación del art. 102 TFUE. Así, para que un acuerdo pueda estimarse celebrado mediante una aceptación tácita, la manifestación de voluntad contraria a la competencia de una de las partes debe constituir una invitación a la otra (expresa o implícita) para realizar en común dicho objetivo⁵⁶. Como se

⁵² ZOIDO, E. Y GUTIÉRREZ, I.: “Cárteles: análisis y valoración de sus efectos”. En *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2003. Contiene el análisis de herramientas cuantitativas para la evaluación de los efectos de los cárteles.

⁵³ Resolución CNMC, de 28 de abril de 2016 [JUR\2017\152218].

⁵⁴ RETORTILLO ATIENZA, M.O.: “Intercambios de información entre competidores”, en AA VV, *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución* (VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A y HERRERO SUÁREZ, C., Dir.), Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 61-70.

⁵⁵ Resolución TDC de 15 de abril de 1999 [AC\2000\2815].

⁵⁶ STJCE de 6 de enero de 2004 [TJCE\2004\1].

analizaba, podría considerarse el ofrecimiento de pago de una cantidad variable como equivalente a una petición para obtener un comportamiento particular por parte de los distribuidores.

Así, aunque no hayan sido adoptados entre competidores, si pueden tratarse de acuerdos verticales que se conceptúan como restricciones que tienen lugar entre operadores situados en diferentes niveles de la cadena de producción o de distribución y que deben referirse a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios⁵⁷. Se suele poner el énfasis en los sujetos partícipes de la conducta para distinguir entre prácticas horizontales y verticales, sin embargo, parece más exacto centrarse en el elemento objetivo de los efectos donde se manifiesta o puede manifestarse la conducta, de forma que si los comportamientos repercuten en distintos niveles de la cadena de producción estaremos ante una restricción vertical y si se producen en uno solo, ante una horizontal⁵⁸.

Este tipo de acuerdos, en principio, se hallan exentos de prohibición gracias al Reglamento (UE) 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 concertadas⁵⁹ que establece una zona de seguridad estos acuerdos, ya que si cumplen las condiciones recogidas en el mismo se presume que cumplen a su vez los requisitos del artículo 101.3 TFUE que declara la inaplicación del art. 101.1 TFUE⁶⁰.

Ahora bien, para que un determinado acuerdo forme parte del ámbito de aplicación del Reglamento de exención es necesario que la cuota de mercado del proveedor “*no supere del 30% del mercado de referencia en el que venda los bienes o servicios contractuales y que la parte del mercado del comprador no supere el 30% del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales*”⁶¹. Es decir, la exención solo se aplica si la cuota de mercado de cada una de las partes no supera el 30% en cualquier mercado de referencia afectado lo que implica que el análisis se inicia con el establecimiento de dichas cuotas.

De este modo, si la cuota de mercado del comprador o el vendedor es superior a dicho umbral se debe analizar individualmente si el acuerdo cae en el ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE⁶². Si se constata lo anterior, el paso siguiente sería analizar si los efectos positivos superan a los negativos para declararlo exento conforme al art. 101.3 TFUE. Es decir, la superación del umbral del 30% de la cuota de mercado, no implica la presunción de que el acuerdo vertical está incluido en el artículo 101.1 TFUE o que el mismo no cumple los requisitos del artículo 101.3, pero tampoco se presume que los acuerdos verticales incluidos en el ámbito del artículo 101.1 TFUE cumplirán habitualmente las condiciones del artículo 101.3 TFUE⁶³.

Si, por el contrario, ninguna de las cuotas de mercado supera el 30% sería, en principio, aplicable el Reglamento 330/2010, sin perjuicio de las restricciones especialmente graves y de las restricciones excluidas en dicha legislación comunitaria⁶⁴.

⁵⁷ Resolución TDC de 21 de junio de 2007 [AC\2007\970].

⁵⁸ ZURMENDI ISLA, A.: *Las restricciones verticales a la libre competencia*. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 47 y 49. Además, los distribuidores del caso no se consideran genuinos agentes en tanto no se indica que sean los fabricantes los que soporten el riesgo económico y financiero de las operaciones, con lo que se presupone que dichos riesgos los soportan los propios distribuidores.

⁵⁹ DOUE L núm. 102, de 23 de abril de 2010 (en adelante, Reglamento 330/2010). A estos efectos resultan de especial relevancia las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales. DOUE C núm. 130, de 19 de mayo de 2010 (en adelante, Comunicación 2010/C 130/01).

⁶⁰ Art. 2 Reglamento 330/2010.

⁶¹ Art. 3 Reglamento 330/2010.

⁶² Apartado 110 Comunicación 2010/C 130/01. Los apartados 111 a 121 analizan los factores pertinentes para la evaluación con arreglo al art. 101.1 TFUE.

⁶³ Apartado 23 Comunicación 2010/C 130/01. Los apartados 122 a 127 recogen los factores pertinentes para la evaluación con arreglo al art. 101.3 TFUE.

⁶⁴ Apartado 110 Comunicación 2010/C 130/01.

En este sentido, el Reglamento recoge un conjunto de cláusulas cuya consideración como especialmente restrictivas de la competencia impide la aplicación de la exención del acuerdo vertical. Entre ellas se encuentra, en primer lugar, la fijación de precios de venta o de reventa como restricción que retira el beneficio de la exención por categorías⁶⁵. Además, la inclusión de una cláusula de este tipo da lugar a la presunción de que el acuerdo está incluido en el ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE y de que es poco probable que pueda cumplir las condiciones del art. 101.3 TFUE. Sin embargo, queda a expensas de las empresas probar los efectos favorables a la competencia que revoquen tal presunción⁶⁶. La razón de su inclusión es que eliminan totalmente la competencia intramarca respecto al precio y la mayor transparencia respecto a este parámetro por el resto de proveedores y distribuidores facilita la colusión horizontal tanto entre los primeros como entre los segundos⁶⁷. Así, la Comisión incluye en la expresión “*mantenimiento de precio de reventa*” (MPR) aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto o efecto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que debe ajustarse el comprador; señalando como principal efecto negativo del MPR el propio incremento de los precios (ya que los distribuidores no pueden competir en este aspecto)⁶⁸.

Dada su especial vinculación con el caso, deben establecerse una serie de puntualizaciones. La prohibición establecida en el Reglamento se refiere al establecimiento de precios fijos y mínimos, pero autoriza los máximos y los recomendados siempre y cuando éstos no equivalgan a alguno de los anteriores como resultado de presiones o incentivos ofrecidos por cualquiera de las partes.⁶⁹ Es decir, se considera prácticamente imposible que se acepte un pacto que impone directamente el precio de reventa al distribuidor y lo mismo sucede con la fijación de un precio mínimo en tanto supone también la eliminación de la competencia en el ámbito de precios, al no disponer el distribuidor de margen suficiente para maniobrar⁷⁰. En este caso, nos encontramos ante precios fijos por cuanto su concreto valor es determinado por los fabricantes y los distribuidores renuncian a su posibilidad de establecer cualquier tipo de descuento u oferta.

Además, la imposición de precios fijos o mínimos no abarca únicamente la fijación directa del precio de reventa, sino que también se incluyen otros métodos indirectos que consiguen el mismo objetivo como, por ejemplo, la fijación del nivel máximo de descuentos que el distribuidor puede conceder o las cláusulas que fijan el margen de distribución⁷¹. Este aspecto es relevante, por cuanto no sólo fijaban los precios brutos sino que también definían sus sucesivos incrementos y se prohibía expresamente la facultad de los distribuidores de conceder ofertas o descuentos⁷².

Para el caso que nos ocupa, no se dispone de datos específicos acerca de las cuotas de mercado específicas de proveedores (fabricantes) y compradores (distribuidores). Sin embargo, suponiendo que superasen el 30% esto conduciría al análisis del cumplimiento de las condiciones del art. 101.1 TFUE en los términos ya explicados. En caso contrario, si no superasen dicho

⁶⁵ Art. 4.a) Reglamento 330/2010.

⁶⁶ Apartado 47 Comunicación 2010/C 130/01.

⁶⁷ ZURMENDI ISLA, A.: *Las restricciones verticales a la libre competencia*. op. cit., p. 64.

⁶⁸ BACHES OPI, S.: *Distribución y Derecho de la competencia*. *El Reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*. op. cit., pp. 235.

⁶⁹ Resolución TDC de 12 de febrero de 1997 [AC\1997\891].

⁷⁰ ZURMENDI ISLA, A.: *Las restricciones verticales a la libre competencia*. op. cit., p. 64.

⁷¹ Apartado 48 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales. La Resolución CNC de 31 de julio de 2010 [Expte. S/0120/08] se refiere expresamente a la fijación de la magnitud de los incrementos a las tarifas que sirven de base como conducta que acompaña a la fijación de precios tradicional.

⁷² Apartados 128 a 229 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales. Concretamente, los apartados 223 a 229 contienen una serie de orientaciones específicas relativas a los precios de reventa. En ellas se reitera su tratamiento como restricción especialmente grave y se determina que su inclusión en un acuerdo lleva consigo la presunción de que el acuerdo restringe la competencia y forma parte del ámbito del art. 101.1 TFUE y de que, en sentido contrario, con escasa probabilidad cumplirá las condiciones del art. 101.3 TFUE, razón por la que no se aplica la exención por categorías.

umbral, la inclusión de una restricción especialmente grave, determina la retirada del beneficio de exención y conduciría al mismo resultado, a saber, el análisis del art. 101.1 TFUE para dicha conducta intensificado por la presunción de que el acuerdo restringe la competencia.

Si bien, el Reglamento de Exención por Categorías (y sus Directrices) se entienden sin perjuicio de la aplicación de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷³. En ella se considera que determinados acuerdos verticales no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101.1 TFUE cuando la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo no exceda del 15% en ninguno de los mercados de referencia. Además, este umbral se reduce al 5% cuando la competencia se vea restringida por los efectos cumulativos concluidos por proveedores o distribuidores diferentes⁷⁴. No obstante dicha Comunicación no abarca aquellos acuerdos que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior, de manera que la Comisión no aplica los umbrales mencionados a los acuerdos que contengan alguna de las restricciones que figuren como especialmente graves en el Reglamento de Exención⁷⁵.

En pocas palabras, los acuerdos verticales especialmente graves quedan en todo caso fuera del ámbito de la exención a pesar de que la cuota de los partícipes sea inferior al 30% e incluso cuando ésta no supere el umbral fijado en la regla de *minimis*, ya que la misma no opera en las restricciones especialmente graves.

Para concluir, no puede olvidarse que en la práctica se ha llegado a exonerar de responsabilidad a aquellas partes que, a pesar de haber participado materialmente en la conducta, no han intervenido en su redacción ni aparecen como beneficiarios de su resultado, sancionando únicamente a los promotores y beneficiarios directos de las cláusulas prohibidas. Sin embargo, en otros casos la sanción ha alcanzado igualmente a las empresas que han colaborado voluntariamente aceptando los precios o condiciones comerciales que les atribuyen ventajas. Además, respecto al caso específico de las restricciones de fijación de precios, este último criterio se adopta para sancionar la conducta tanto de los distribuidores que los fomentan como de aquellos que los admiten aceptando voluntariamente los precios y condiciones propuestas⁷⁶.

En definitiva, se valora la existencia concurrente de acuerdos verticales entre los fabricantes de camiones (proveedores) y los distribuidores (compradores) con un acuerdo horizontal entre los propios fabricantes, con el objetivo último de fijar los precios de los camiones⁷⁷.

3. Abuso de posición dominante.

Se valora la posible existencia de otra conducta lesiva de la competencia: el abuso de posición dominante. Si bien, se abordan únicamente los aspectos esenciales de su configuración teórica en tanto el principio *non bis in ídem* impide su aplicación al supuesto.

3.1 Artículos 102 TFUE y 2 LDC.

Las empresas pueden restringir la competencia mediante prácticas colusorias (cooperando con sus competidores) o mediante prácticas excluyentes (obstaculizando su actuación). Tanto unas como otras atribuyen a la empresa la capacidad de elevar de manera rentable sus precios por encima de sus costes marginales. Así, entre los supuestos de exclusión, las conductas basadas en

⁷³ DOUE C núm. 291, de 30 de agosto de 2014 (en adelante, Comunicación de *minimis*).

⁷⁴ Apartados 8 y 9 de la Comunicación de *minimis*.

⁷⁵ Apartado 13 de la Comunicación de *minimis*.

⁷⁶ Resolución TDC de 21 de junio de 2007 [AC\2007\970].

⁷⁷ Resolución CNC de 28 de diciembre de 2011 (EXPTE. S/0154/09). Se valora la presencia de un acuerdo vertical entre Montesa Honda con sus empresas concesionarias que concurre con un acuerdo horizontal entre estas últimas.

el precio pueden constituir un abuso de posición de dominio cuando están dirigidas a reforzar el poder de mercado de las empresas dominantes por medios distintos a sus propias prestaciones⁷⁸. La prohibición del abuso de posición de dominio se plasma actualmente en el art. 102 TFUE y en el art. 2 LDC que, con escasas diferencias, reproduce el contenido del precepto comunitario pero haciendo referencia al mercado nacional⁷⁹. Ambos preceptos incorporan conceptos jurídicos indeterminados, lo que conlleva que su análisis deba completarse con la interpretación realizada tanto por las autoridades de competencia como por los tribunales⁸⁰.

En primer lugar, la existencia de una posición de dominio es un elemento necesario pero no suficiente por sí solo para afirmar la existencia de la conducta prohibida. Se considera que dicha posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores, clientes y, en último término, de los consumidores⁸¹.

En este punto, surge el concepto de “*mercado relevante*” como presupuesto para el análisis de las conductas presuntamente abusivas ya que la existencia de una posición de dominio debe analizarse dentro del mercado específico en el que opera. Éste se define a través de dos dimensiones: objetiva o del producto y geográfica.⁸² El paso que sigue consiste en examinar si la empresa o empresas ostentan en dicho mercado una posición de dominio lo que implica tener en cuenta conjuntamente varios factores entre los que se encuentran la cuota de mercado o la capacidad de la empresa para elevar sus precios que sus ventas se vean perjudicadas así como la capacidad de la empresa para actuar con independencia de sus competidores⁸³.

Por otro lado, la comentada posición de dominio pueden ostentarla una o varias empresas. La dificultad se encuentra en la determinación del vínculo que une a dichas empresas y que resultaría evidente si se tratase de un grupo empresarial o de la relación que une a una empresa matriz con sus respectivas filiales. Por el contrario, existen situaciones en las que el elemento de conexión del comportamiento colectivo no es jurídico sino económico lo que posibilita que la posición de dominio surja de la existencia de un cártel o acuerdo de empresas⁸⁴.

Posteriormente, se debe analizar si las empresas dominantes llevan a cabo una conducta abusiva ya que el elemento ilícito se refiere precisamente a la explotación abusiva de su posición en perjuicio de clientes, consumidores o de la propia competencia⁸⁵. En este sentido, sin entrar en

⁷⁸ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: “Los precios abusivos en el derecho de la competencia español”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Volumen 36, 2015-2016, Marcial Pons, 2016, pp. 253-280.

⁷⁹ El art. 2 LDC, en la enumeración de las prácticas abusivas particulares añade un apartado más referente a la negativa injustificada a satisfacer las compras de productos o servicios (2.2.c). Además, añade un tercer punto donde extiende la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado haya sido establecida por disposición legal.

⁸⁰ PÉREZ BENÍTEZ, J.J.: “Abuso de posición de dominio”, en AA VV, *Manual práctico de derecho de la competencia* (CARBAJO CASCÓN, F. Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 172.

⁸¹ Resolución TDC de 27 de julio de 2000 [AC\2000\1528]

⁸² Para estos fines cobra gran relevancia la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. DOCE C núm. 372, de 9 de diciembre de 1997.

⁸³ FEDERICO PACE, L.: *Derecho europeo de la competencia: prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 152 y 153.

⁸⁴ PÉREZ BENÍTEZ, J.J.: “Abuso de posición de dominio”, *op. cit.*, p. 180 y 181

⁸⁵ En este sentido, el art. 102 TFUE señala que “*será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo*”. El art. 2.1 LDC hace lo propio con referencia al mercado nacional.

mayores consideraciones, tanto el precepto comunitario como el nacional mencionan expresamente la fijación o imposición, directa o indirecta, de los precios⁸⁶.

3.2 Principio *non bis in idem*.

Sin embargo, no resulta necesario abordar la definición del mercado relevante ni la posición de dominio colectiva en dicho mercado y su abuso ya que, en aplicación del principio *non bis in idem*, los eventuales cargos referentes al abuso de posición dominante son subsumibles en los referentes a las prácticas colusorias que serán las que se sancionen. Es decir, se evita la duplicidad de concurso de tipos para unas mismas conductas restrictivas por considerar más apropiada la prevalencia de las transgresiones de los arts. 1 LDC y 101 TFUE al ajustarse mejor a las conductas cometidas ya que, en este caso, la eventual posición de dominio conjunta surge de la existencia de un acuerdo entre varias empresas para la fijación de sus precios⁸⁷.

III. Procedimiento.

1. Aspectos generales.

La aplicación del Derecho de la competencia tiene dos aspectos de especial relevancia. Por una parte, la distinción entre la aplicación pública y privada y, por otro lado, la actual descentralización que rige la aplicación del Derecho comunitario⁸⁸.

En primer lugar, se distingue entre aplicación pública y privada del Derecho de Competencia. En la aplicación pública la defensa de la competencia es llevada a cabo por un órgano administrativo, aunque sometido en todo caso al control judicial. Es decir, lo realizan la Comisión y las autoridades nacionales de competencia (en adelante, ANC) de los Estados miembros a través del correspondiente procedimiento administrativo. Por lo que respecta a España, este órgano es actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC). Por su parte, la aplicación privada implica que las normas sobre competencia son invocadas por las propias empresas en sus relaciones privadas que se ventilan en litigios celebrados ante el juez civil o de Derecho privado.

Además, debe tenerse en cuenta que la aplicación pública y privada son complementarias. De manera cobran relevancia los mecanismos de cooperación entre las autoridades de competencia entre sí y entre éstas y los órganos jurisdiccionales nacionales⁸⁹.

En segundo lugar, la aplicación pública ha superado una primera etapa, entre 1962 y 2004, en la que se aplicaba centralizada y exclusivamente por la Comisión Europea, con el eventual de los órganos jurisdiccionales comunitarios. Sin embargo, desde el 1 de mayo de 2004⁹⁰ la Comisión se centra en algunos supuestos esenciales y son las autoridades nacionales de competencia (en nuestro caso, la CNMC) las encargadas de aplicar ordinariamente el Derecho europeo de la competencia, sometiéndose igualmente al control de los tribunales nacionales.

La entrada en vigor del Reglamento 1/2003 también supuso otro aspecto relevante al reconocer a los órganos jurisdiccionales nacionales la posibilidad de aplicar directa e íntegramente los preceptos comunitarios. Su importancia estriba en que los jueces nacionales pueden constatar una

⁸⁶ Art. 102 a) TFUE y Art. 2.2 a) LDC.

⁸⁷ Resolución TDC de 25 de octubre de 2000 [AC\2001\2012].

⁸⁸ ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “La aplicación pública del derecho de la competencia”, en AA VV, *Manual práctico de derecho de la competencia* (CARBAJO CASCÓN, F. Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 256.

⁸⁹ En el ámbito comunitario, cobra gran relevancia el Reglamento 1/2003, así como otras comunicaciones y disposiciones establecidas al efecto. En el ámbito nacional, la propia LDC y el RDC que la desarrolla, incluyen a su vez mecanismos de cooperación.

⁹⁰ Con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003.

eventual infracción de las normas de competencia y definir sus consecuencias civiles sin una resolución administrativa previa que declare la existencia de la conducta ilícita⁹¹.

Lo anterior es de especial importancia para TRANSLOGIC, ya que debe tomar la decisión de acudir directamente a los tribunales nacionales o bien, dirigirse en primer lugar ante una autoridad administrativa, debiendo decantarse a su vez por la Comisión o la CNMC. Esto dependerá de la naturaleza de la denuncia y de sus pretensiones, que se analizarán a continuación.

2. Aplicación pública.

La aplicación pública del Derecho de la competencia corresponde a la Comisión Europea y a la CNMC. Por su parte, también se ocupan de la aplicación pública los órganos jurisdiccionales encargados de conocer de los recursos contra sus resoluciones. Así, mientras que en el ámbito europeo las decisiones de la Comisión están sujetas al control del TJUE⁹² de las decisiones de las autoridades nacionales se ocupan únicamente los tribunales de los Estados miembros⁹³. Por lo que respecta al caso español, las resoluciones de la CNMC ponen fin a la vía administrativa y, por tanto, son recurribles ante la jurisdicción contencioso administrativa⁹⁴. Concretamente, corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y, en casación, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo⁹⁵.

A continuación se analizarán los requisitos que debe reunir TRANSLOGIC para acudir tanto a la CNMC como a la Comisión y, posteriormente, las reglas de reparto de asuntos entre sí.

2.1 Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

En primer lugar, Cayetana puede decidir acudir a la CNMC⁹⁶. Con la entrada en vigor de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁹⁷ se creó este órgano y se le atribuyó la función de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, hasta entonces en manos de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), así como las facultades de regulación de otros organismos reguladores de ámbito sectorial⁹⁸. Se trata de un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad⁹⁹ aunque debe desarrollar sus funciones con autonomía orgánica y funcional y plena independencia respecto al Gobierno, las Administraciones Públicas y los agentes del mercado¹⁰⁰.

Dado su carácter de ANC, a nivel comunitario se le reconocen una serie de competencias¹⁰¹. Por lo que ahora interesa, tienen expresamente reconocida la capacidad para adoptar medidas cautelares, ordenar la cesación de la infracción e imponer multas o cualquier otro tipo de sanción prevista en Derecho nacional. En el mismo sentido apunta la legislación nacional a la hora de establecer sus competencias¹⁰², como órgano que tiene encomendada la aplicación de la LDC en

⁹¹ ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “La aplicación pública del derecho de la competencia”, *op. cit.*, p. 256.

⁹² Art. 31 Reglamento 1/2003.

⁹³ STGUE de 21 de enero de 2015 [TJCE\2015\14].

⁹⁴ Art. 48.1 LDC.

⁹⁵ CARBAJO CASCÓN, F.: *Manual práctico de derecho de la competencia*. *op. cit.* p. 290.

⁹⁶ Existen órganos autonómicos de defensa de la competencia en nuestro país. Si bien, no tienen relevancia para el caso ya que su actuación está reservada a aquellas conductas que puedan desplegar sus efectos el ámbito de la Comunidad Autónoma con competencia en la materia que no afecten a un ámbito superior al de dicha comunidad o al conjunto del mercado nacional (art. 13 LDC y art. 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002).

⁹⁷ BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013 (en adelante, Ley 3/2013).

⁹⁸ BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*. *op. cit.*, p. 165-197.

⁹⁹ Arts. 1.1 y 2.4 Ley 3/2013.

¹⁰⁰ Art. 2.1 Ley 3/2013.

¹⁰¹ Art. 5 Reglamento 1/2003.

¹⁰² Art. 5 Ley 3/2013.

lo relativo a conductas prohibidas (y otros supuestos) e incluso de la normativa comunitaria prevista en los artículos 101 y 102 TFUE.

El procedimiento¹⁰³ se inicia siempre de oficio por la Dirección de Competencia¹⁰⁴, que es una de las cuatro Direcciones de instrucción con las que cuenta la CNMC¹⁰⁵. Y ello aunque la iniciación sea por su propia iniciativa (tras tener conocimiento de las conductas susceptibles de constituir una infracción), la del Consejo de la CNMC o, como ocurre en el caso analizado, por denuncia.

Se abre con ello la posibilidad para cualquier persona física o jurídica, interesada o no, de formular una denuncia que pueda tener como resultado la incoación del expediente por parte de la Dirección de Investigación cuando existan indicios suficientes de la existencia de conductas prohibidas¹⁰⁶. Dicha denuncia debe incorporar un contenido mínimo de información¹⁰⁷ que se resume como sigue. Entre otros datos, debe contar con la identificación de las partes (denunciantes y denunciados), el objeto de la denuncia (descripción de los hechos y encaje legal de las prácticas denunciadas), datos relativos al propio mercado (definición y estructura) o las pruebas que puedan aportarse al respecto. Además, para ser considerada como interesada en el eventual expediente sancionador, la denunciante, TRANSLOGIC, debe justificar la existencia de un interés legítimo¹⁰⁸. Si bien, este aspecto no supondría un problema para dicha empresa ya que se trata de la promotora del propio expediente que se vería directamente afectada por su resolución al ser una eventual perjudicada por la conducta lesiva de la competencia.

En otro orden de cosas, las resoluciones de la CNMC pueden declarar la existencia de prácticas prohibidas y con ello contener, entre otros aspectos, la orden de cesación de dichas conductas así como la imposición de sanciones¹⁰⁹. Las infracciones, en este sentido, se clasifican entre leves, graves y muy graves¹¹⁰ y su conceptualización en cada categoría implica unos plazos de prescripción y umbral de sanción diferentes¹¹¹. El desarrollo de conductas colusorias entre empresas no competidoras (fabricantes y distribuidores) se considera una infracción grave, mientras que cuando tienen lugar entre competidoras (reales o potenciales) pasan a considerarse muy graves (fabricantes entre sí). Si bien, en ambos casos, el objetivo principal del régimen sancionador en el contexto de la política de defensa de la competencia es disuadir tanto a las infractoras como al resto de participar en conductas anticompetitivas, conjugando tanto el interés en la compensación y disuasión como en la proporcionalidad de la sanciones¹¹².

2.2 Comisión Europea

La Comisión Europea tiene atribuidas competencias entre las que se encuentra la capacidad para adoptar medidas cautelares¹¹³, constatar la existencia de infracciones y ordenar su cese¹¹⁴, así

¹⁰³ El procedimiento se regula en los arts. 36 y ss. LDC y en los arts. 11 y ss. del RDC. Además, en virtud del art. 45 LDC, se aplica supletoriamente la Ley estatal de procedimiento administrativo común.

¹⁰⁴ Arts. 49 LDC y 25 RDC. En virtud de la D.A segunda de la Ley 3/2013, las referencias que la LDC hace a la Dirección de Investigación se entienden realizadas a la Dirección de Competencia de la CNMC.

¹⁰⁵ Art. 25 Ley 3/2013. En particular, letra a).

¹⁰⁶ Art. 49 LDC y 25.1 c) RDC.

¹⁰⁷ Art. 25.2 RDC (que se remite al Anexo I).

¹⁰⁸ Art. 25.1.d y Anexo I RDC, con remisión al art. 4 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

¹⁰⁹ Art. 53 LDC.

¹¹⁰ Art. 62 LDC.

¹¹¹ Arts. 68 y 63 LDC. A efectos de la determinación del importe de las sanciones, véase el art. 64 LDC.

¹¹² GARCÍA VERDUGO, J.; MERINO TRONCOSO, C. y GÓMEZ CRUZ, L.: “Valoración económica de las sanciones de la autoridad española de la competencia (2011-2015)” en *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 345-377. Respecto al método de análisis empleado se concluye que las multas impuestas no son suficientemente disuasorias. Además, se proporcionan métodos para la estimación del beneficio ilícito del cártel.

¹¹³ Art. 8 Reglamento 1/2003.

¹¹⁴ Art. 7 Reglamento 1/2003.

como la imposición de sanciones mediante multas de carácter sancionador e incluso coercitivo por cada día de retraso en el que incurran, con el fin de obligar a las empresas a cumplir sus resoluciones¹¹⁵. Aunque no pueda ponerse en duda su protagonismo en la materia, si han tenido lugar cambios que le han afectado: el Reglamento 1/2003 suprimió la necesidad del sometimiento a autorización previa por parte de este órgano de los acuerdos o conductas colusorias¹¹⁶ e instauró un sistema que busca descentralizar la aplicación de los preceptos comunitarios.

De esta manera, TRANSLOGIC puede decidir dirigirse directamente a este órgano comunitario para lo que cuenta con dos posibilidades de actuación¹¹⁷. Entre ellos, la vía más sencilla, ya que no debe ajustarse a los requisitos de la denuncia, consiste en facilitar información a la Comisión sobre presuntas infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE que sirva a ésta como punto de partida para el desarrollo de una investigación¹¹⁸.

La segunda posibilidad, que sería la más adecuada para TRANSLOGIC dada su relación con la conducta, consiste en la presentación de una denuncia que debe ceñirse a lo establecido en el apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1/2003 y debe cumplir una serie de requisitos¹¹⁹. En este sentido, se otorga la facultad de presentar este tipo de denuncias a aquellas personas físicas o jurídicas que acrediten un interés legítimo con el objeto de constatar la existencia de una infracción de los artículos 101 y 102 TFUE y exigir su cese¹²⁰. Como ocurría en el caso de la CNMC, la denuncia debe contener una serie de información mínima¹²¹; entre otros aspectos, debe proporcionar datos sobre las partes así como una exposición detallada de los hechos que sustentan la presunta infracción y las pruebas relacionadas con ellos, además de datos sobre el mercado al que afecta la conducta (incluyendo la afectación al comercio entre Estados miembros). Asimismo, debe señalarse el resultado que se espera obtener con la intervención de la Comisión y resulta destacable la necesidad de informar sobre la presencia o no de otros procedimientos ante las ANC o los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Como se adelantaba, la condición formal de denunciante se reserva a aquellas personas que puedan acreditar un interés legítimo. Sin embargo, la propia Comisión reconoce que en la práctica no ha sido frecuente que dicha condición suscitara dudas, ya que generalmente los denunciantes, como en el caso que nos ocupa, estaban en una situación en la que se veían directa y adversamente afectados por la presunta infracción¹²². Aunque resulte evidente, TRANSLOGIC debe acreditar expresamente su interés legítimo ya que, de no hacerlo, la Comisión podría no tramitar la denuncia (sin perjuicio de su derecho a iniciar de oficio el procedimiento)¹²³.

Sin embargo, como se ha comentado, en la nueva configuración legislativa descentralizada el papel de la Comisión se ha visto alterado y centra sus esfuerzos en los casos más graves o en

¹¹⁵ Arts. 23.3.a) y 24 Reglamento 1/2003. Para la cuantificación de las primeras (sancionador) resulta relevante la Comunicación de la Comisión sobre Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003. DOUE C núm. 210, de 1 de septiembre de 2006.

¹¹⁶ Así lo recoge el art. 1 del Reglamento 1/2003 al establecer que están directamente prohibidos los acuerdos contemplados en el art 101.1 TFUE sin que sea necesaria decisión previa alguna. En sentido contrario, en virtud del segundo punto de dicho precepto, aquellas conductas que cumplan las condiciones del art. 101.3 TFUE están automáticamente permitidas, sin necesidad de decisión previa.

¹¹⁷ En este punto resulta relevante la Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. DOCE C núm. 101, de 27 de abril de 2004 (en adelante, Comunicación 2004/C 101/05).

¹¹⁸ Apartado 4 Comunicación 2004/C 101/05.

¹¹⁹ Arts. 5 a 9 Reglamento (CE) núm. 773/2004, de 7 de abril, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE. DOCE L núm. 123, de 27 de abril de 2004 (en adelante, Reglamento 773/2004).

¹²⁰ Art. 7.1 Reglamento 1/2003.

¹²¹ Formulario C del Anexo al Reglamento 773/2004.

¹²² Apartados 34 y 36 Comunicación 2004/C 101/05.

¹²³ Apartado 40 Comunicación 2004/C 101/05.

aquellos en los que su actuación resulte especialmente conveniente. Así, también aplicará las normas comunitarias de competencia cuando esté bien situada para ello¹²⁴.

2.3 Reparto de asuntos.

La Comisión y las ANC de los Estados miembros (en nuestro caso, la CNMC) forman una Red de Autoridades de Competencia (“*Red Europea de Competencia*”, en adelante REC)¹²⁵ constituida como un “*foro de discusión y cooperación para la aplicación y el control del cumplimiento de la política comunitaria de competencia. Proporciona un marco para la cooperación de las autoridades europeas de competencia en los asuntos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado y constituye la base para crear y mantener una cultura común de competencia en Europa*”¹²⁶ (referencia hoy entendida a los arts. 101 y 102 TFUE).

De acuerdo con el sistema de cooperación previsto en el Reglamento 1/2003, en la REC las autoridades nacionales mantienen una relación horizontal, basada en la igualdad e independencia, pero ocupan una relación vertical respecto a la Comisión donde esta última ocupa una posición jerárquicamente superior¹²⁷.

El objetivo principal de los criterios para el reparto de asuntos es determinar, en el menor plazo de tiempo posible, cuál es la autoridad mejor situada para conocer de un concreto asunto. Es decir, si debe quedar en manos de la Comisión o de una ANC (excepcionalmente, podrían conocer del asunto varias autoridades nacionales). Si bien, es importante clarificar, que dichas reglas no generan derechos individuales para las empresas por lo que no pueden ser utilizadas para exigir que un asunto sea tramitado por una autoridad concreta ya que el reparto de asuntos es una mera división de trabajo según la cual algunas autoridades se abstienen de actuar¹²⁸.

Por otro lado, el Reglamento 1/2003 cuenta con otras medidas para determinar la autoridad de competencia mejor situada, como puede ser el intercambio preliminar de información sobre los asuntos pendientes ante la Comisión o la autoridad nacional para detectar procedimientos múltiples y realizar una asignación adecuada¹²⁹. Es decir, la asignación de un asunto a la autoridad mejor situada de las que conforman la REC se dilucida partiendo de un conocimiento recíproco de los asuntos pendientes ante ellas¹³⁰. Otro mecanismo se basa en la suspensión del procedimiento por la autoridad nacional o la desestimación de las denuncias¹³¹.

Para que se considere que una autoridad está bien situada para conocer de un asunto, deben cumplirse simultáneamente tres condiciones¹³²:

1. que el acuerdo o práctica tenga efectos reales o previsibles, directos y sustanciales, sobre la competencia en su territorio, se ejecute en su territorio o proceda del mismo;

¹²⁴ Apartado 11 Comunicación 2004/C 101/05.

¹²⁵ Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia. DOCE C núm. 101, de 27 de abril de 2004 (en adelante, Comunicación 2004/C 101/03).

¹²⁶ Apartado 1 Comunicación 2004/C 101/03.

¹²⁷ MARTÍN ARESTI.: “Relaciones entre el derecho de la competencia de la Unión Europea y el derecho nacional español de la libre competencia”, en AA VV, *Manual práctico de derecho de la competencia* (CARBAJO CASCÓN, F. Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 67 Esta posición prevalente se muestra en diversos preceptos del Reglamento 1/2003, entre otros, 10, 13 o 16.2. El art. 11 se refiere expresamente a normas de cooperación entra la Comisión y las autoridades nacionales de competencia.

¹²⁸ Apartado 31 Comunicación 2004/C 101/03.

¹²⁹ Art. 11 Reglamento 1/2003.

¹³⁰ MARTÍN ARESTI.: “Relaciones entre el derecho de la competencia de la Unión Europea y el derecho nacional español de la libre competencia”, *op. cit.*, p. 68

¹³¹ Art. 13 Reglamento 1/2003.

¹³² Apartado 8 Comunicación 2004/C 101/03.

2. que la autoridad pueda poner efectivamente fin a toda la infracción, es decir, pueda ordenar el cese de la misma de modo que se ponga fin a la infracción y pueda, en su caso, sancionarla adecuadamente;
3. que pueda reunir, posiblemente con la ayuda de otras autoridades, las pruebas requeridas para probar la infracción.

En este sentido, podría valorarse positivamente la situación de la CNMC para resolver el asunto ya que el acuerdo procede de dicho territorio y tiene claramente efectos sobre el mismo. Precisamente por ello, la CNMC también podría estar capacitada para ordenar el cese total de la infracción y tendría un acceso privilegiado para reunir las pruebas necesarias. Es decir, de lo que se trata es de constatar la existencia de un vínculo material entre la infracción y el territorio de un Estado miembro para que se considere bien situada su propia autoridad de competencia. Generalmente, se considera que la autoridad del Estado donde se afecta sensiblemente la competencia estará bien situada siempre que pueda poner fin efectivamente a la infracción a través de acciones individuales o concurrentes, a menos que la Comisión esté mejor situada¹³³.

Por ello, debe clarificarse cuándo la Comisión está especialmente bien situada para conocer de un asunto. Se considera así cuando los acuerdos o prácticas tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (varios mercados nacionales o mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros). A su vez, también está particularmente bien situada cuando un asunto esté ligado a materias sobre las que dicha autoridad tiene una competencia exclusiva o si la aplicación por la Comisión supone una mayor eficacia. Asimismo, cuando lo requiera el propio interés comunitario al surgir un nuevo problema de competencia con el objeto de desarrollar la política comunitaria de competencia o garantizar su efectividad¹³⁴.

En definitiva y como ya se adelantaba, generalmente una única autoridad está en buena situación para tramitar un asunto que afecte principalmente a la competencia de su territorio. Por ejemplo, la existencia un cártel de precios formado por empresas situadas en un mismo Estado miembro y cuyos productos se venden principalmente en dicho Estado, permitiría afirmar la buena situación su autoridad de competencia. Sin embargo, para el caso que nos ocupa, se fijan los precios y venden los productos en todo el territorio comunitario lo que contribuye positivamente a la competencia de la Comisión por la amplitud cuantitativa y geográfica de la conducta¹³⁵. Aun así, generalmente, la autoridad que recibe una denuncia (como ocurriría en el caso que nos ocupa) o incoa un procedimiento de oficio, seguirá siendo responsable del asunto y un segundo reparto solo se plantea en el inicio del procedimiento cuando dicha autoridad considera que no está bien situada para actuar u otras autoridades se consideran también competentes¹³⁶.

2.4 Clemencia

Aunque en el supuesto analizado no se menciona la voluntad de cooperación con las autoridades de ninguna de las empresas involucradas, se plantea como posibilidad dado el beneficio en términos de sanción que lleva consigo. Así, una novedad importante de la actual LDC reside en la inclusión de normas¹³⁷ que incorporan un programa de “*clemencia*”, consistente en que la CNMC puede eximir del pago de la multa a aquella empresa o persona física que, formando parte de un cártel, denuncie su existencia y aporte pruebas sustantivas para su investigación. Dicha exención sólo se aplica a la primera empresa o persona que denuncie el cartel¹³⁸. Sin embargo, para las que colaboren con posterioridad se contempla la posible reducción del importe de la

¹³³ Apartado 9 Comunicación 2004/C 101/03.

¹³⁴ Apartados 14 y 15 Comunicación 2004/C 101/03.

¹³⁵ Apartados 10 y 14 Comunicación 2004/C 101/03. Uno de los ejemplos para apoyar la buena situación de la Comisión consiste en dos empresas que acuerdan fijar precios para todo el territorio de la Comunidad.

¹³⁶ Apartados 6 y 7 Comunicación 2004/C 101/03.

¹³⁷ Arts. 65 y 66 LDC.

¹³⁸ Art. 65 LDC. Contiene el resto de requisitos necesarios para beneficiarse de un programa de clemencia.

multa¹³⁹. Aun así, esta posibilidad ya se contemplaba con anterioridad en el ámbito del art. 101 TFUE. En este sentido, la Comisión sostiene que dada la dificultad de descubrir este tipo de conductas, redundaría en interés comunitario recompensar a las empresas que decidan poner fin a su participación y cooperar¹⁴⁰. Además, contempla tanto la dispensa de pago total para la primera empresa como la posible reducción de la multa para las sucesivas.

3. Aplicación privada.

El Reglamento 1/2003, en su art. 6, faculta a los órganos jurisdiccionales, además de a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar íntegramente, junto con la Comisión, los artículos 101 y 102 TFUE. Es decir, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden pronunciarse sobre la nulidad de los contratos (pueden evaluar, a la luz de la legislación nacional aplicable, el alcance y consecuencias de la nulidad de determinadas cláusulas contractuales en virtud del artículo 101.2 TFUE) y además ostentan la competencia exclusiva para conceder indemnizaciones por daños. En virtud de la jurisprudencia europea, cualquier particular puede solicitar la reparación del perjuicio causado por una conducta contraria a la competencia y además, ante estos órganos se puede combinar una reclamación fundada en la normativa comunitaria con otra basada en la legislación nacional¹⁴¹. En definitiva, TRANSLOGIC puede reclamar desde el primer momento la nulidad de los negocios jurídicos afectados y obtener la indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la violación del Derecho de la competencia.

Por otro lado, interesa tener en cuenta que, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal¹⁴².

3.1 Nulidad

Tanto la normativa comunitaria como la española sancionan con la nulidad de pleno derecho a los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidos¹⁴³. Si bien, este aspecto debe analizarse desde dos puntos de vista: las relaciones entre infractores y las relaciones entre infractores y terceros (empresas o consumidores). La sanción de nulidad es clara en el primer caso por estar expresamente prevista en la normativa. Sin embargo, existe una mayor complejidad respecto a las relaciones entre infractores y terceros como TRANSLOGIC ya que existen dos posiciones enfrentadas: los partidarios de la nulidad en cascada (basada en motivos como el objeto o causa ilícitos o en la violación de normas imperativas al no contemplar diferencias entre ambos contratos) y aquellos que defienden la figura de la anulabilidad o de la rescisión contractual sosteniendo que la nulidad perjudicaría a la seguridad jurídica y entrañaría dificultades respecto a las restituciones recíprocas¹⁴⁴.

Sin embargo, se sostiene que el remedio más adecuado depende de factores como el contenido de la restricción, el interés práctico que se busca satisfacer y del propio sujeto afectado. En este caso, nos encontramos ante una empresa cuyo objetivo es obtener una indemnización, para lo cual el remedio más adecuado es el que se analiza a continuación consistente en la acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

¹³⁹ Art. 66 LDC.

¹⁴⁰ Apartado 3 Comunicación 2006/C 298/11.

¹⁴¹ Apartados 13 y 16 Comunicación 2004/C 101/05.

¹⁴² STJCE de 13 de julio de 2006 [TJCE/2006/204].

¹⁴³ Art. 1.2 LDC y 101.2 TFUE. GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: “La aplicación privada o judicial del derecho a la libre competencia”, en AA VV, *Manual práctico de derecho de la competencia* (CARBAJO CASCÓN, F. Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 326. Señala que se excluyen las prácticas concertadas y conscientemente paralelas en tanto no implican una exteriorización de la voluntad.

¹⁴⁴ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: “La aplicación privada o judicial del derecho a la libre competencia”, *op. cit.*, p. 330.

3.2 Reclamación de daños y perjuicios por ilícitos *antitrust*.

La jurisprudencia comunitaria ha afirmado en múltiples ocasiones que cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación cuando exista una relación de causalidad entre el daño y la conducta prohibida¹⁴⁵.

Para este fin, cobra gran relevancia la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa 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 Europea¹⁴⁶. Se ha señalado que dicha disposición busca poner fin al escaso número de reclamaciones en este ámbito facilitando la reparación de los perjuicios y reforzando la efectividad de las prohibiciones *antitrust*¹⁴⁷.

Por lo que respecta al caso español, la Directiva se ha incorporado a nuestro ordenamiento interno mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financieros, mercantil y sanitario y sobre el desplazamiento de trabajadores¹⁴⁸. Si bien, el artículo por el que se incorpora el Título VI a la LDC no se aplica con efectos retroactivos¹⁴⁹, lo que implica que si nos encontrásemos ante una prescripción comenzada antes de la entrada en vigor de la nueva regulación, pero no concluida, se debería acudir al régimen anterior¹⁵⁰. Por los datos proporcionados por el supuesto, se podría acudir sin problemas a la nueva regulación en tanto el nuevo plazo de prescripción de cinco años comienza cuando hubiera cesado la infracción y el demandante (para el caso, TRANSLOGIC) tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento acerca de varias circunstancias: la conducta (y de que la misma es constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia), el perjuicio causado por la infracción y la identidad del infractor¹⁵¹. Por su parte, el conocimiento de Cayetana no abarca más que una simple sospecha relacionada con la igualdad, en varios años, de los precios que sus dos empresas proveedoras de camiones le facturan. A lo que se une que el supuesto no proporciona datos que permitan concluir definitivamente que la conducta ha finalizado en tanto la nueva diferencia de precios en 2014 podría deberse a otros factores (por ejemplo, la salida del cártel de una de las empresas o la suspensión ese año del acuerdo).

Más aun cuando es aconsejable para TRANSLOGIC acudir en primer lugar a las autoridades de la competencia ya que, aunque no sea un requisito indispensable como en regulaciones anteriores, el recurso directo a los tribunales exige probar en dicha sede la existencia de la conducta y, a efectos prácticos, supone una mayor complejidad. Por tanto, dicho conocimiento se producirá cuando la CNMC o la Comisión dicten una resolución que constate efectivamente la existencia de una conducta lesiva de la competencia.

¹⁴⁵ STJCE de 13 de julio de 2006 [TJCE\2006\204].

¹⁴⁶ DOUE L núm. 349, de 5 de diciembre de 2014.

¹⁴⁷ CONTRERAS DE LA ROSA, I.: “La reparación de daños masivos ocasionados por ilícitos concurrenciales” en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Volumen 35, 2014-2015, Marcial Pons, 2015, pp. 67-90. En el artículo se abordan las líneas básicas introducidas por la Directiva relativa a las demandas por daños y perjuicios.

¹⁴⁸ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017 (en adelante, RDL 9/2017).

¹⁴⁹ D.T.1ª RDL 9/2017: “1. Las previsiones recogidas en el artículo tercero de este Real Decreto-ley no se aplicarán con efecto retroactivo”.

¹⁵⁰ Aunque no fuese así, Cayetana no se vería obligada a renunciar a su deseo de ver resarcido el perjuicio causado, sino que el fundamento de la acción ejercitada se basaría en el art. 1902 CC que recoge la responsabilidad extracontractual. Si bien, el plazo de prescripción se reduce a un año en virtud del art. 1968.2 CC. Como vía residual también se empleaba el art. 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal para eludir la condición de procedibilidad que anteriormente exigía la previa resolución administrativa firme.

¹⁵¹ Art. 74 LDC.

Esto es así ya que existen dos alternativas de actuación¹⁵². En primer lugar, acudir a los órganos judiciales y demostrar, durante el procedimiento, la vulneración del Derecho de la competencia. En tal caso, el demandante (TRANSLOGIC) asumiría la carga de probar ante el tribunal la infracción anticoncurrencial que constituye el antecedente fundamental de la acción de daños. Esta alternativa se conoce bajo el nombre de acciones independientes (*stand-alone actions*).

La segunda opción consiste hacer valer, para acudir a los tribunales, una resolución de una autoridad administrativa que haya resuelto previamente. Es decir, son aquellas acciones que se interponen sobre la base de una resolución de una autoridad de defensa de la competencia o de un órgano jurisdiccional en la que se declara la existencia de una infracción. Precisamente por sus características, se conocen como acciones de seguimiento (*follow-on actions*). Concretamente, la acción de seguimiento se ejercitaría alegando una resolución firme de la Comisión Europea¹⁵³ o de la CNMC¹⁵⁴. Incluso, alegando directamente una sentencia firme de un órgano jurisdiccional español mercantil o civil ya que, si constatan una infracción del Derecho de la competencia mediante una resolución firme, la misma se considera irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español¹⁵⁵.

En virtud de la anterior, el ejercicio de las acciones independientes supondría una dificultad añadida por la necesidad de demostrar la existencia del ilícito antitrust en el proceso civil¹⁵⁶. Por tanto, se considera más adecuada a los fines de TRANSLOGIC la segunda alternativa, a saber, que el ejercicio de la acción para obtener el resarcimiento por daños siga a una resolución de una autoridad administrativa.

En otro orden de cosas, la propia LDC reconoce el derecho al pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria de cualquier persona que haya sufrido un perjuicio derivado de una infracción del Derecho de la competencia¹⁵⁷.

Por otro lado, la responsabilidad de las empresas implicadas, es solidaria¹⁵⁸. Sin embargo, se prevé la posibilidad de que ciertas empresas solo sean responsables ante sus propios compradores directos e indirectos. Así ocurre con aquellas empresas que puedan ser consideradas PYMES y cumplan tanto los requisitos positivos como negativos enumerados en la propia LDC¹⁵⁹, lo que podría ser relevante para alguna de las empresas infractoras del caso (sobre todo, distribuidores). Además, también se reconocen beneficios a estos efectos para aquellas empresas sujetas a un programa de clemencia¹⁶⁰. En ambos casos, se busca limitar su responsabilidad a sus propios compradores directos e indirectos (añadiendo, para el caso del programa de clemencia, a sus proveedores) aunque con una responsabilidad subsidiaria respecto a cualquier otro perjudicado¹⁶¹.

¹⁵² PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de defensa de la competencia, mediante la que se transpone la Directiva 2014-104-UE*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 77-85.

¹⁵³ Art. 16 Reglamento 1/2003. La acción de seguimiento también podría ejercitarse alegando una sentencia del TJUE que resuelve un recurso frente a una decisión de la Comisión, en virtud del art. 236 TFUE.

¹⁵⁴ Art. 75.1 LDC. La acción de seguimiento también podría ejercitarse alegando una sentencia firme de un órgano jurisdiccional español que resuelve un recurso frente a una decisión de la CNMC.

¹⁵⁵ Art. 75.1 LDC.

¹⁵⁶ Sin perjuicio de los mecanismos de colaboración tendentes a facilitar esta misión. A este respecto, art. 16 LDC sobre la cooperación de la CNMC con los órganos jurisdiccionales y la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. DOCE C núm. 101, de 27 de abril de 2004.

¹⁵⁷ Art. 72 LDC.

¹⁵⁸ Art. 73 LDC.

¹⁵⁹ Art. 73.2 LDC.

¹⁶⁰ Art. 73.4 LDC. Es importante tener en cuenta que se refiere a los beneficiarios de la exención del pago de la multa, no siendo suficiente, por tanto, con haber solicitado la clemencia.

¹⁶¹ Respecto a los sujetos beneficiarios de un programa de clemencia esta responsabilidad subsidiaria se reconoce expresamente en el art. 73.4.d). Por su parte, en el caso de las PYMES, señala que una interpretación acorde al art.

Además, en este ámbito, regla de la solidaridad de nuestro derecho nacional es de origen jurisprudencial y se conceptúa como una solidaridad impropia. Es decir, cuando varias personas son conjuntamente responsables civiles de un mismo daño, responden solidariamente salvo que sea posible individualizar la exacta porción del daño imputable a cada conducta. Los responsables solidarios impropios lo son por circunstancias ajenas a su voluntad (no han decidido obligarse conjuntamente en un título constitutivo frente a otro) pero puede considerarse que cada uno de los responsables ha causado el daño en su totalidad y por ello debería resarcirlo por completo. En definitiva, se considera que cada deudor ha causado todo el daño de forma indisociable de la conducta de los demás coautores y por ello cada uno debería resarcirlo en la totalidad¹⁶².

Lo anterior permite a TRANSLOGIC acudir contra cualquiera de las empresas implicadas de manera que se abre la posibilidad al infractor que hubiera pagado una indemnización de repetir contra el resto una cuantía determinada en función de su responsabilidad por el perjuicio causado¹⁶³. Para determinar dicha responsabilidad relativa el TS ha empleado diversos criterios a lo largo de su jurisprudencia¹⁶⁴. Además, la carga de la prueba de los daños y perjuicios corresponde a la TRANSLOGIC¹⁶⁵. Sin embargo, existe una presunción *iuris tantum* de que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios¹⁶⁶. En conclusión, en virtud de la responsabilidad solidaria y de la presunción comentada, podría ser recomendable para TRANSLOGIC dirigir su actuación contra cualquiera de los fabricantes miembros del cártel.

El Derecho al pleno resarcimiento, como se adelantaba, es un elemento fundamental en la regulación actual pero no puede tener como resultado una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo¹⁶⁷, ya que la finalidad disuasoria de las conductas restrictivas se consigue mediante las sanciones administrativas. Estas indemnizaciones tienen como objetivo devolver al afectado a la situación en la que habría estado de no haberse producido la infracción del Derecho de la competencia y comprenden tanto el daño emergente, como el lucro cesante más el pago de intereses¹⁶⁸.

En primer término, el daño emergente comprende únicamente el sobrecoste efectivamente soportado que haya generado un daño al perjudicado. Abarca todas las pérdidas y menoscabos que hayan sufrido los bienes de la víctima como consecuencia de la infracción a la competencia¹⁶⁹ y, como se apuntaba, el daño emergente más característico de este tipo de conductas es el sobrecoste que consiste en el pago de sobrepagos y que se define como la diferencia entre el valor de mercado de los bienes o servicios sobre los que recae la infracción, antes y después de la misma¹⁷⁰.

11.2 de la Directiva 2014/104/UE, exige interpretar en el sentido expuesto la expresión “y sin perjuicio del derecho al pleno resarcimiento” presente en el art. 73.2 LDC.

¹⁶² PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de defensa de la competencia, mediante la que se transpone la Directiva 2014-104-UE, op. cit.*, p. 204-206.

¹⁶³ Art. 73.5 LDC.

¹⁶⁴ Véanse los recogidos por PEÑA LÓPEZ, FERNANDO. *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de defensa de la competencia, mediante la que se transpone la Directiva 2014-104-UE, op. cit.*, p. 207. Entre ellos señala el grado de culpa de cada uno de los responsables o el riesgo creado con su comportamiento.

¹⁶⁵ Art. 76.1 LDC y 217.2 Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000 (en adelante, LEC).

¹⁶⁶ Art. 76.3 LDC.

¹⁶⁷ Art. 73.2 LDC.

¹⁶⁸ Art. 72.2 LDC. Con anterioridad a la Directiva 2014/104/UE, el TJUE ya había realizado esta precisión. A este respecto, STJCE de 13 de julio de 2006 [TJCE\2006\204].

¹⁶⁹ PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de defensa de la competencia, mediante la que se transpone la Directiva 2014-104-UE, op. cit.*, p. 164.

¹⁷⁰ A efectos cuantitativos cobra gran relevancia la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de

Sin embargo, no es objeto de resarcimiento aquella parte del sobrecoste que se haya repercutido en compradores situados en niveles inferiores¹⁷¹. Es decir, cuando un distribuidor (comprador directo) adquiere un camión de una empresa participante en la infracción horizontal asume un sobrecoste consecuencia de la propia infracción. Dicho sobrecoste es un daño indemnizable en virtud del resarcimiento pleno. No obstante si, cuando revende el camión a TRANSLOGIC o cualquier otro sujeto (comprador indirecto), repercute el sobrecoste en su propio comprador, el comprador directo no sufriría daño emergente alguno. Por ello, la Ley habilita a los fabricantes demandados a invocar en su defensa contra cualquier distribuidor demandante que éste último ha repercutido el sobrecoste en sus clientes¹⁷². Es lo que se conoce como defensa *passing-on*¹⁷³.

Si, como en nuestro caso, quien reclama es el comprador indirecto, éste debe probar que se le repercutió el sobrecoste. Si bien, se presume la repercusión cuando existe una infracción que tuvo como resultado un sobrecoste para el comprador directo y el comprador indirecto adquirió bienes objeto de la infracción¹⁷⁴. Es decir, la existencia de un sobreprecio en un determinado producto vendido a un comprador directo, permite presumir que se ha repercutido en sentido descendente por la cadena productiva. Así, a un comprador indirecto como TRANSLOGIC le bastará con probar los presupuestos básicos del régimen de responsabilidad: antijuridicidad, causalidad y daño¹⁷⁵. Aun así, se trata de una presunción que admite prueba en contrario¹⁷⁶.

Por otro lado, los compradores indirectos pueden exigir la reparación de cualquier otro aspecto sufrido como perjudicados por una conducta de este tipo¹⁷⁷, sin limitarse al daño emergente. Así, el derecho al pleno resarcimiento incorpora el derecho a obtener una indemnización por el lucro cesante¹⁷⁸ y bajo esta denominación se encuentran todas aquellas ganancias lícitas que la víctima ha dejado de obtener como consecuencia de la conducta lesiva de la competencia. Es decir, se trata de ganancias que se podrían obtener en ausencia de la infracción. A modo de ejemplo, cabe mencionar el denominado efecto volumen que se refiere a la reducción de la demanda que produce el incremento de los precios derivado de la existencia de la conducta *antitrust*¹⁷⁹.

Finalmente, cuando se calcula tanto el daño emergente como el lucro cesante no se tiene en cuenta el perjuicio derivado de no haber tenido disponible el dinero pagado de más o ingresado de menos. Estos son los daños que se indemnizan mediante el pago de intereses, que incluyen la eventual depreciación monetaria y el coste de oportunidad de no tener el capital a disposición¹⁸⁰.

a) Aspectos procesales.

A continuación se analizarán aquellos aspectos procesales relevantes para la acción de reclamación de daños y perjuicios por parte de TRANSLOGIC.

Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C núm. 167, de 13 de junio de 2013. Asimismo, dicha disposición se acompaña de una Guía práctica.

¹⁷¹ Art. 78 LDC.

¹⁷² Art. 78.3 LDC

¹⁷³ PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*. op. cit., p. 165-197. El análisis pormenorizado de sus requisitos no se analiza por no ser objeto del trabajo.

¹⁷⁴ Art. 79.2 LDC.

¹⁷⁵ PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de defensa de la competencia, mediante la que se transpone la Directiva 2014-104-UE*, op. cit., , p. 254.

¹⁷⁶ Art. 79.2 *in fine* LDC.

¹⁷⁷ Art. 72.1 LDC.

¹⁷⁸ Art. 78 LDC.

¹⁷⁹ PEÑA LÓPEZ, F. *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de defensa de la competencia, mediante la que se transpone la Directiva 2014-104-UE*, op. cit., , p. 169.

¹⁸⁰ PEÑA LÓPEZ, F.: *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de defensa de la competencia, mediante la que se transpone la Directiva 2014-104-UE*, op. cit., , p. 171.

En primer lugar, en virtud de lo señalado por el TJUE¹⁸¹ dicha acción debe efectuarse ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el daño¹⁸². Además, cuando existen varios demandados, el órgano jurisdiccional competente será el del domicilio de cualquiera de ellos cuando las demandas estén vinculadas por una estrecha relación que haga oportuno tramitarlas simultáneamente para evitar resoluciones contradictorias¹⁸³. No existen dudas acerca de la vinculación entre la controversia y los tribunales españoles en tanto las empresas participantes cuentan con domicilio social en nuestro territorio y las reuniones donde se llevan a cabo los acuerdos se celebran en Madrid. Igualmente, TRANSLOGIC se haya domiciliada en España. Todo ello apunta a la facilidad de tramitación del litigio y de práctica de pruebas en nuestro país.

Una vez situada la competencia en los órganos jurisdiccionales españoles, la competencia objetiva se atribuye expresamente a los Juzgados de lo mercantil¹⁸⁴. Si bien, para la determinación de la competencia territorial no se dispone de datos suficientes¹⁸⁵.

La legitimación activa se otorga a cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia y, por su parte, la acción puede dirigirse contra una, varias o todas las empresas infractoras, como legitimadas pasivas¹⁸⁶.

b) Soluciones extrajudiciales de controversias.

Entre las medias que contempla la Directiva 2014/104/UE se encuentra la solución extrajudicial de controversias¹⁸⁷ cuyas disposiciones son replicadas casi con exactitud por el legislador nacional. Así, se abre la posibilidad de acudir a vías alternativas y, para promover su utilización, existen diversas medidas. Entre ellas, los tribunales que conozcan de una acción de daños pueden suspender el procedimiento durante un máximo de dos años si las partes están intentando alcanzar una solución extrajudicial¹⁸⁸ y, por otro lado, se interrumpe el plazo de prescripción cuando se inicie cualquier procedimiento de este tipo (solo respecto a las partes involucradas en dicha resolución)¹⁸⁹. Además, se reconocen una serie de efectos a dichas soluciones extrajudiciales¹⁹⁰ y el abono de una indemnización con carácter previo a la resolución de la autoridad de competencia puede tener la consideración de atenuante para la fijación de la multa¹⁹¹.

En este sentido, podemos hacer referencia a la función de arbitraje atribuida a la CNMC¹⁹² y respecto a dicho trámite cobra relevancia la función del Consejo como órgano colegiado que tiene atribuidas, entre otras, precisamente las funciones de resolución y arbitraje¹⁹³.

¹⁸¹ STJUE de 21 de mayo de 2015 [TJCE\2015\199].

¹⁸² Art. 7.2 Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Reglamento 1215/2012). DOUE L núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

¹⁸³ Art. 8 Reglamento 1215/2012.

¹⁸⁴ DA primera LDC y Art. 86ter.2.f) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985 (en adelante, LOPJ).

¹⁸⁵ Su delimitación se efectúa, en virtud del art. 52.1.1º LEC, por analogía con la competencia desleal, que sitúa la competencia en el domicilio del demandado. Cuando se trata de varios demandados, ha de estarse a lo previsto en el art. 53 LEC.

¹⁸⁶ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: “La aplicación privada o judicial del derecho a la libre competencia”, *op. cit.*, p. 321 y 322.

¹⁸⁷ Arts. 18 y 19 Directiva 2014/104/UE.

¹⁸⁸ Art. 81 LDC.

¹⁸⁹ Art. 74.4 LDC.

¹⁹⁰ Art. 77 LDC.

¹⁹¹ Art. 64.3 LDC.

¹⁹² Art. 5.1.b) Ley 3/2013 y art. 46 Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. BOE núm. 209, de 31 de agosto de 2013.

¹⁹³ Arts. 14 y 20 Ley 3/2013.

BLOQUE II. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.

En este punto se busca dar respuesta a la cuarta pregunta, valorando la actuación de Fernando S., desde el punto de vista penal y civil con el fin de analizar los efectos jurídicos de su conducta.

I. Responsabilidad penal.

1. Legislación aplicable y competencia.

El vigente CP indica que a efectos de determinación de la Ley aplicable, los delitos y faltas se entienden cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción¹⁹⁴. Por tanto, el legislador se decanta por el momento de la acción (y no del resultado), lo que se considera la opción más lógica al impedir que se aplique a un sujeto una normativa inexistente en el momento de realización de la conducta, ya que dicha solución vulneraría el principio de legalidad¹⁹⁵. En conclusión, debe aplicarse la regulación penal vigente en 2014, cuando Fernando S. realiza la operación enjuiciada. Sin embargo, si en el momento de juzgarse los hechos existiese una regulación más benigna, se aplicaría ésta última aunque la acción se realizase bajo la vigencia de otra ley anterior, por exigirlo así el principio de la ley más favorable¹⁹⁶. Por tanto, se harán las puntualizaciones adecuadas respecto a las novedades introducidas por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁹⁷.

Por otro lado, ninguno de los delitos se encuentran prescritos por contar todos ellos con un plazo de 5 años, tanto en la regulación vigente en 2014 como en la posterior¹⁹⁸. Asimismo, la competencia para la instrucción del caso corresponde a los Juzgados de Instrucción¹⁹⁹ y para su enjuiciamiento y fallo a la Audiencia Provincial²⁰⁰.

2. Delito de falseamiento contable: análisis del tipo.

Una obligación básica de cualquier administrador consiste en la llevanza de una contabilidad adecuada que refleje la imagen fiel de la sociedad. Pese a las consecuencias negativas que entraña su incumplimiento, el art. 290 CP no busca sancionar cualquier tipo de irregularidad contable derivada de la inexperiencia o desconocimiento. Lo que se sanciona, como delito eminentemente doloso, es la realización de forma deliberada de alteraciones u omisiones por los Administradores en dichos documentos para alterar la imagen fiel de la sociedad y de forma idónea para causar a la misma un perjuicio patrimonial, o bien a los socios o terceros²⁰¹.

En virtud de lo anterior, la acción típica se define a través del verbo “*falsear*”, que se conceptúa como “*mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal*”²⁰². Así,

¹⁹⁴ Art. 2.1 y 7 CP.

¹⁹⁵ JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRIGUEZ, J.R.: “Tema 4. Sujetos, tiempo y lugar de la acción” en AA VV, *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General* (SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 137.

¹⁹⁶ Art. 2.2 CP.

¹⁹⁷ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

¹⁹⁸ Art. 130.1.6º y 131 CP.

¹⁹⁹ Art. 87 LOPJ.

²⁰⁰ Art. 82 LOPJ y 14.4 Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM). BOE núm. 250 de 17 de septiembre de 1882.

²⁰¹ SAP Cádiz de 21 de junio de 2011 [ARP/2014/1335].

²⁰² SAP Cádiz de 21 de junio de 2011 [ARP/2014/1335].

dicho falseamiento puede tener lugar a través de conductas tanto positivas (inclusión de datos falsos) como omisivas (ocultación de información imprescindible para reflejar la situación de la entidad) con lo que se impide al destinatario conocer la verdadera situación económica o jurídica de la empresa en base a los documentos suscritos por el administrador. A ello se une que la posición de garante de los administradores permite la equiparación de la omisión con la conducta positiva, en virtud del art.11 CP²⁰³.

Sin embargo, no cualquier acto de falseamiento de un documento contable es requisito suficiente para la aplicación del precepto, sino que la ley exige que dicho acto falsario (y el documento elaborado como resultado), debe ser idóneo para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos. En consonancia, la jurisprudencia ha señalado como bien jurídico protegido el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad²⁰⁴.

Por tanto, el sujeto pasivo, como también indica el propio tipo penal, está formado por la sociedad, los socios y los terceros. Si bien, aunque este último concepto ha generado dudas respecto a su amplitud, se concluye que es razonable exigir que dicho tercero mantenga algún tipo de relación con la sociedad o tenga expectativas razonables de mantenerla.²⁰⁵

Por otro lado, la idoneidad de la falsedad debe ser valorada en cada caso concreto teniendo en cuenta aspectos tales como las circunstancias concurrentes, el documento objeto de la conducta o el alcance de la falsificación, ya que debe quedar clara la aptitud de la falsedad para provocar un perjuicio económico (al margen de su efectiva causación)²⁰⁶. En este sentido, no existe justificación para la conducta de Fernando S., dado que la entidad no recibe cantidad alguna a cambio del terreno que salía de su patrimonio, sino que se limita a hacer desaparecer del activo dicho elemento patrimonial. Además, dicha anotación no responde a la realidad en tanto no se ha producido la destrucción física del elemento sino que con ese apunte se ocultaba la transmisión a PROINMOR SA, empresa de la que era partícipe Fernando S., junto a su mujer.

En dicho análisis es imprescindible tener en cuenta el documento falsificado ya que constituye el objeto material descrito en el precepto. El art. 290 CP describe éste con gran amplitud al incluir tanto las cuentas anuales como otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad²⁰⁷. Este aspecto no supone un problema, ya que es en las cuentas anuales donde se plasma la conducta de Fernando S.²⁰⁸.

Otro aspecto destacable de este tipo delictivo es su configuración como delito especial propio²⁰⁹ que requiere, por tanto, que la realización de la conducta típica sea llevada a cabo por aquellos que ostenten la condición de administradores, de hecho o de derecho. Si bien, aunque tal consideración es independiente de la forma de administración elegida, el supuesto parece indicar que nos encontramos ante un administrador único (que se contrapone, por ejemplo, a la eventual existencia de un consejo de administración) y “*de derecho*”. Este último concepto se refiere a

²⁰³ CALDERÓN MALDONADO, F.: “Comentario al artículo 290 del Código Penal”, en AAVV, *Delitos societarios: Comentarios a los artículos 290 a 297 del Código Penal*, (REMÓN PEÑALVER, A. y FLORES CACHO, D., Dir.), Ed. Bosch, Barcelona, 2017, p. 37.

²⁰⁴ STS de 17 de junio de 2009 [RJ\2009\5973].

²⁰⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. P. 466. Por ejemplo, son los trabajadores, acreedores o clientes.

²⁰⁶ CALDERÓN MALDONADO, F.: “Comentario al artículo 290 del Código Penal”, *op. cit.*, p. 38.

²⁰⁷ SAP Alicante de 18 de diciembre de 2014 [JUR\2015\123990].

²⁰⁸ Art. 254 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC). BOE núm. 161, de 1 de septiembre de 2010. Establece que las cuentas anuales están formadas por el balance, las cuentas de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto y un estado de flujos de efectivo y la memoria.

²⁰⁹ STS de 13 de julio de 2010, [RJ\2010\7340].

aquella persona física o jurídica que administra la sociedad mercantil en virtud de un título jurídicamente válido, tanto desde un punto de vista legal como estatutario²¹⁰.

Dada su configuración, no permite excluir el dolo, que debe ser probado y directo, no eventual. Además, debe abarcar no sólo el conocimiento de la acción falsario, sino que debe incluir la capacidad de dicha conducta para causar el perjuicio económico²¹¹. En este sentido, no cabe la comisión culposa o imprudente²¹². El cumplimiento de este requisito también parece claro en la conducta de Fernando S. en tanto lleva a cabo personalmente la elaboración de las cuentas y puede sostenerse que conoce perfectamente el alcance de su actuación. Además, la ocultación contable de un bien de ese tipo es una forma idónea para causar un perjuicio.

Por otro lado, no se trata de un delito de resultado, sino de peligro, en tanto su consumación no precisa de un daño efectivo. Sin embargo, debe realizarse una matización derivada de que el precepto engloba dos modalidades de acción típica²¹³. En primer lugar, el tipo básico es de mera actividad y se perfecciona cuando se pueda constatar la potencialidad de la falsedad para causar un perjuicio al sujeto pasivo (aunque no llegue a producirse). La segunda modalidad, introduce un subtipo agravado (imponiendo la pena del tipo básico en su mitad superior) que se aplica a aquellos casos en los que efectivamente se ha llegado a producir el perjuicio económico. Así, la consumación se produce en un momento posterior y requiere la demostración de la causación del citado perjuicio, que se configura como el resultado material del tipo²¹⁴. En virtud de lo anterior, la conducta de Fernando S. se encuadra en la segunda modalidad ya que se puede constatar el perjuicio económico que produce la desaparición contable de un terreno de la sociedad.

No obstante, existe cierta discrepancia entorno a la consideración del momento de consumación delictiva en tanto las cuentas anuales deben ser formuladas, aprobadas en Junta General y presentadas en el Registro Mercantil para su depósito. Se considera que el delito se consuma con la formulación y firma de las cuentas anuales por parte del órgano de administración y su presentación a la Junta General para su aprobación ya que en dicho momento concluye la intervención del sujeto activo y se ofrece a la Junta una visión distorsionada e irreal de la situación de la sociedad. Además, es importante tener en cuenta que la aprobación de las cuentas (que concurre en el caso analizado) no modifica la responsabilidad penal del administrador²¹⁵.

Para finalizar, los arts. 296 y 297 CP introducen limitaciones respecto a la aplicabilidad de dicho precepto. El primero de ellos, contiene una condición de perseguibilidad para todos los delitos societarios exigiendo la denuncia de la persona agraviada. Sin embargo, precisa su segundo apartado que no será necesario cumplir dicho requisito cuando el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. No se analiza su alcance en tanto el supuesto no hace referencia al inicio de acciones por parte de ningún sujeto. Por otro lado, el art. 297 CP contiene el concepto jurídico-penal de sociedad a los efectos de los delitos societarios. Sin embargo, dada la amplitud de su configuración, no supone un impedimento para el supuesto analizado.

3. Delito de apropiación indebida.

3.1 Delimitación respecto al delito de administración desleal.

Una cuestión ampliamente debatida en la doctrina española es la relación entre el delito de administración desleal²¹⁶, que forma parte de los delitos societarios, y el de apropiación

²¹⁰ CALDERÓN MALDONADO, F.: “Comentario al artículo 290 del Código Penal”, *op. cit.*, p. 41.

²¹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, *op. cit.* p. 478.

²¹² CALDERÓN MALDONADO, F.: “Comentario al artículo 290 del Código Penal”, *op. cit.*, p. 45.

²¹³ La primera y segunda modalidad se encuentran, respectivamente, en el primer y segundo párrafo del art. 290 CP.

²¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, *op. cit.* p. 479.

²¹⁵ CALDERÓN MALDONADO, F.: “Comentario al artículo 290 del Código Penal”, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

²¹⁶ Art. 295 CP en su redacción vigente en 2014.

indebida²¹⁷. En síntesis, parte de la jurisprudencia y la opinión doctrinal mayoritaria, reservan exclusivamente el delito de apropiación indebida para aquellos casos en que se acredita una auténtica apropiación de bienes, en beneficio propio o de otra persona. Mientras que, con el delito de administración desleal se busca cubrir aquellos aspectos que el delito de apropiación indebida no abarca, es decir, aquellos supuestos en que no existan simplemente usos temporales ilícitos no apropiatorios pero capaces de causar un perjuicio al patrimonio administrado²¹⁸.

El inicio de esta línea jurisprudencial del TS comienza con la sentencia de 11 de julio de 2005²¹⁹. Si bien, existen resoluciones discrepantes que basan la diferencia en otros criterios, pero sin dejar de admitir que la orientación que se impone es la ya razonada, que propugna la nítida separación entre las dos figuras delictivas²²⁰ y precisamente por ello es la que se analiza en este trabajo.

En este sentido, el delito contenido en el art. 295 CP se refiere a los administradores de cualquier sociedad que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia implica que el administrador actúa en todo momento como tal, y lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal, en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales (o contrayendo obligaciones), cause un perjuicio típico. Este tipo de exceso se denomina intensivo. Por el contrario, la apropiación indebida, supone una disposición de los bienes cuya administración tiene encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata de conductas diferentes pero desleales en ambos casos²²¹. Es decir, no se consideran facultades de administración que incluyan la realización de actos dispositivos de bienes sociales con pérdida definitiva de los mismos²²².

El propio TS afirma que cuando el administrador toma bienes de la sociedad para hacerlos propios o para un tercero o los desvía sin retorno comete, a pesar de su cargo de administrador, el delito de apropiación indebida, ya que en caso contrario se estaría privilegiando la apropiación de los bienes de sociedades frente a otros bienes de patrimonios individuales, reconducibles al art. 252 CP, que permite imponer una pena superior²²³. Es decir, que en la administración desleal se incluyan las actuaciones abusivas y desleales que no comporten una expropiación definitiva de los bienes (realizadas sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver) y la apropiación definitiva se refiera a pérdidas definitivas, es la distinción que justifica la diferencia de penas que en ningún caso sería razonable si las conductas fuesen las mismas y, sin embargo, se sancionasen más benévolamente en el ámbito societario²²⁴.

La conducta de Fernando S. tiene un eminente carácter apropiatorio con vocación definitiva y, por tanto, el precepto aplicable será el de la apropiación indebida.

3.2 Análisis del tipo.

El bien jurídico protegido por el art. 252 CP, como admite de forma unánime la doctrina, es la propiedad. Con ello se excluye al propietario como sujeto activo del delito que solo puede ser aquel que haya recibido la cosa en depósito, comisión o, por lo que al caso respecta, administración, aunque se incluye también la posibilidad de considerar cualquier otro título que

²¹⁷ Art. 252 CP en su redacción vigente en 2014.

²¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, op. cit. p. 575.

²¹⁹ STS de 11 de julio de 2005 [RJ 2005/5418].

²²⁰ STS de 18 de noviembre de 2009, [RJ 2010/704].

²²¹ STS de 11 de julio de 2005 [RJ 2005/5418].

²²² CALDERÓN CEREZO, F.: "Comentario al artículo 252 del Código Penal", en AAVV, *Delitos societarios: Comentarios a los artículos 290 a 297 del Código Penal*, (REMÓN PEÑALVER, A. y FLORES CACHO, D., Dir.), Ed. Bosch, Barcelona, 2017, p. 195.

²²³ STS de 18 de noviembre de 2009, [RJ 2010/704].

²²⁴ STS de 2 de julio de 2015 [RJ2015\3901].

produzca la obligación de entregarla o devolverla. En contrapartida el sujeto pasivo será el propietario de las cosas indebidamente apropiadas²²⁵. En síntesis, se requiere la recepción legítima por el sujeto activo del objeto y que éste haya sido recibido en virtud de un título jurídico que obligue a su devolución o entrega. Y, además, posteriormente, el sujeto debe realizar una conducta de apropiación con ánimo de lucro o distracción dando a la cosa un destino distinto²²⁶. Es decir, para la concurrencia de este tipo penal la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, exigen que la conducta incluya la finalidad subjetiva de incrementar el patrimonio propio²²⁷.

Por otro lado, la conducta del sujeto activo debe causar un perjuicio patrimonial y, para ello, el art. 252 CP contiene dos modalidades delictivas: la apropiación en sentido estricto, que supone la incorporación de la cosa al patrimonio del autor y la distracción, que se produce cuando el sujeto que ha recibido la cosa dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción y le proporciona, un destino diferente al previsto²²⁸. En este sentido, la primera de ellas recae sobre cosas no fungibles y la distracción se refiere, por el contrario, a cosas fungibles (especialmente dinero)²²⁹. Por ello, la modalidad que interesa ahora es la de apropiación en sentido estricto.

Además, la doctrina mayoritaria exige como resultado, un perjuicio correlativo a la apropiación y la consumación del delito tiene lugar generalmente con el incumplimiento definitivo de la obligación de devolución, haciendo propio el objeto o teniendo la posibilidad de hacerlo²³⁰.

En virtud de lo anterior, la conducta de Fernando S. podría ser calificada como apropiación indebida en tanto suprime de la contabilidad de FIAT Chrysler un terreno en beneficio de otra sociedad (PROINMOR S.A.) en la que participa, a partes iguales, junto a su mujer Margarita A. causando con ello un perjuicio a la primera empresa en la que ostenta la posición de administrador.

Sin embargo, hay un elemento del tipo que podría dificultar su aplicación al caso. En este sentido, el legislador penal alude expresamente como objeto material al dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial²³¹. Así, la cuestión controvertida se basa en si la noción de “*activo patrimonial*” permite incluir los bienes inmuebles.

Al respecto se ha sostenido que dicha noción solo tenía sentido si se interpretaba como permisiva de la inclusión de los bienes inmuebles en el delito de la apropiación indebida. Aunque no existe unanimidad doctrinal al respecto, si se encuentran pronunciamientos que defienden esta consideración. Así, se hace referencia a que el propio precepto cuando, al final de la breve relación de objetos, termina diciendo “*o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial*” contrapone este último concepto (activo patrimonial) al de “*cualquier otra cosa mueble*”, con lo que permite que dicho delito pueda cometerse respecto de inmuebles²³². Si bien, la interpretación generalizada en la doctrina del TS, se centra en entender la voz “*activo patrimonial*” como el precio o el importe total que se podría haber obtenido consecuencia de la venta del bien inmueble²³³. Apunta también a su favor que la usurpación de bienes inmuebles exige para su

²²⁵ VIVES ANTÓN, T.S; ORTS BERENQUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C; GONZÁLEZ CUSSAC J.L; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 459-461.

²²⁶ STS de 18 de noviembre de 2009 [RJ2010\704].

²²⁷ VIVES ANTÓN, T.S; ORTS BERENQUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C; GONZÁLEZ CUSSAC J.L; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit. p. 465.

²²⁸ STS de 19 de septiembre de 2012 [RJ2012\11348].

²²⁹ CORCOY BIDASOLO, M.: *Derecho Penal. Parte Especial: Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 462.

²³⁰ CORCOY BIDASOLO, M.: *Derecho Penal. Parte Especial: Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*, op. cit., p. 464.

²³¹ Art. 252 CP en su redacción vigente en 2014.

²³² STS de 28 de octubre de 2005 [RJ2005\8168].

²³³ Entre otras, SSTS de 4 de abril de 2013 [RJ2013\5207] y de 22 de septiembre de 2010 [RJ2010\7620].

tipicidad violencia o intimidación, por lo que las conductas no violentas que quedan fuera de aquel tipo podrían encuadrarse en delito de apropiación indebida.

Además, se aboga para que los delitos patrimoniales clásicos, como el de apropiación indebida, sean interpretados a la luz de los tiempos actuales superando interpretaciones históricas como la que pretende que deba recaer exclusivamente sobre bienes muebles²³⁴.

Para finalizar, solventada la dificultad anterior, se exige que, la apropiación indebida, para ser constitutiva de delito ha de recaer sobre bienes que rebasen el límite de 400 euros, ya que en caso contrario se incurre en una falta tipificada en el art. 623.4 CP. Este aspecto no genera ningún tipo de controversia en tanto se hace referencia a que el terreno tiene un valor contable de cuatro millones de euros, lo que tiene incluso relevancia a efectos de su penalidad.

4. Cambio de regulación impuesto con la LO 1/2015 y análisis de retroactividad.

La reforma introducida por la LO 1/2015 supuso una sustancial modificación en esta materia: suprimió el delito societario de administración desleal, creó un nuevo delito genérico de administración desleal en el art. 252 CP y modificó en algunos aspectos el delito de apropiación indebida, que pasó a incluirse en el art. 253 CP. El problema principal reside en la ausencia de certeza (tanto de la doctrina como de la jurisprudencia) acerca de qué conductas quedaban incluidas en el derogado art. 295 CP y que ahora forman parte del delito genérico del nuevo art. 252 CP. Por tanto, dicho problema sigue vigente, ya que las conductas realizadas antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 y juzgadas después, bajo la vigencia de esta nueva ley, deben ser calificadas conforme al precepto que resulte más favorable²³⁵.

En primer lugar, uno de los cambios introducidos en la configuración de la apropiación indebida se refiere a la eliminación de la referencia a los “*activos patrimoniales*” como objeto del delito, lo que impide la aplicación de este delito a la conducta de Fernando S. en tanto actualmente se refiere expresamente a bienes muebles y el terreno no tiene tal consideración.

Por tanto, se debe analizar la actual configuración de la administración desleal (art. 252 CP). En virtud de este precepto, se sancionan las extralimitaciones de las facultades de disposición y gestión del patrimonio de personas físicas (individuos) o de personas jurídicas (sociedades), que se han puesto bajo la administración de otro, ya sea por decisión legal, contractual o de la autoridad. Así, se requiere la presencia de cuatro requisitos: la atribución de facultades para administrar un patrimonio ajeno, que dichas facultades nazcan de fuentes jurídicas explicitadas, la infracción consistente en una extralimitación y que del incumplimiento derive un perjuicio al patrimonio administrado²³⁶. Fernando S. es el administrador de derecho de la sociedad, que excede o se extralimita en sus funciones al disponer de un bien de la sociedad, causándole un perjuicio al conseguir con ello privarla de un terreno sin obtener a cambio ningún beneficio.

²³⁴ CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado”, en AA VV, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma del CP de 2012*, (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 775. En este sentido, señala que “no hay ninguna razón para que el administrador de un patrimonio en el que hay bienes inmuebles, o de una sociedad que entre sus activos patrimoniales se cuentan los bienes inmuebles, decida regalarlos a su hija como regalo de boda, aprovechando que tiene poderes notariales para realizar cualquier acto de enajenación, disposición, gravamen... de dichos bienes, no sea sancionado por apropiación indebida. Y, sin embargo, sí deba serlo, cuando se queda o regala un ordenador, dinero u otro bien mueble.”

²³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI): delitos societarios”, en AA VV, *Derecho Penal. Parte especial* (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 500

²³⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Administración desleal. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en AA VV, *Derecho Penal. Parte especial*. (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 415-4119.

También es importante señalar que se considera que la infracción por exceso de las facultades del sujeto activo puede consistir tanto en un exceso intensivo (cuando el sujeto sigue obrando en ejercicio de sus atribuciones aunque sobrepasadas) como extensivo (el autor se desentiende de sus facultades y ejerce alguna que no le corresponde, porque los bienes los recibió en administración y no por título que obligue a entregarlos o devolverlos). Así, se ha sostenido que la conducta excesiva puede consistir tanto en actos de mera administración desleal como en la realización de actos de disposición ya que se trata de un delito autónomo y con ello se evita recaer en la problemática anterior de delimitación respecto a la apropiación indebida²³⁷.

Por otro lado, la nueva configuración de la administración desleal se separa de la apropiación indebida a su vez por la distinta posición desde la que actúa el sujeto activo en cuanto administrador de un patrimonio (caso del art. 252 CP) o bien poseedor o tenedor en otro concepto de bienes concretos en virtud de cualquiera de los títulos enunciados con la obligación de entregarlos o devolverlos (caso del art. 253 CP)²³⁸.

En consonancia con lo explicado, el TS se apoya en la Exposición de motivos de la reforma de 2015 para aclarar que la voluntad del legislador supone que las conductas de administración desleal realizadas en el ámbito societario, que se castigaban con arreglo al antiguo art. 295, ahora quedan incluidas en el tipo genérico de administración desleal (art. 252 CP). Y, por otro lado, la eliminación en el nuevo art. 253 de la referencia a la administración como título jurídico de la obligación de entrega o devolución, suponen una evidencia de reconducir al nuevo delito de administración desleal todas las conductas desleales (incluyendo las apropiaciones definitivas) cometidas por un administrador que actúa en el ejercicio de las funciones de su cargo²³⁹.

El paso siguiente consiste en analizar la eventual variación de penalidad entre ambas configuraciones a los efectos de retroactividad favorable, con lo que se concluye lo siguiente: el art. 290 mantiene en ambos casos las mismas consecuencias penales como también lo hacen la apropiación indebida (art. 252 en la redacción vigente en 2014) y la administración desleal (art. 252 en su regulación actual). En definitiva, debe seguirse la regulación penal vigente en 2014, por no existir en el momento de juzgarse los hechos una regulación más benigna o favorable.

5. Análisis sancionador y concursal.

Una vez configurada la conducta de Fernando S. como constitutiva de un delito de falseamiento contable en su modalidad cualificada (art. 290 CP) y de apropiación indebida (art. 252 CP), debe hacerse referencia a la relación entre ambos. La consecuencia penal del primero de ellos consiste en la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, en su mitad superior (por tratarse de la modalidad cualificada). Por su parte, en este caso, la apropiación indebida se castiga con la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses²⁴⁰.

Así, al tratarse del tipo cualificado, la figura del art. 290 CP es ley subsidiaria con respecto a la ley principal formada por la estructura concursal compuesta por la apropiación indebida y el tipo básico del art. 290 CP, en tanto la apropiación indebida no puede absorber el injusto del tipo básico del art. 290 CP²⁴¹. Respecto a esto último, la relación entre ambos preceptos sería un concurso medial debido a que la falsedad se comete como un medio para conseguir la

²³⁷ CALDERÓN CEREZO, F.: “Comentario al artículo 252 del Código Penal”, *op. cit.*, pp. 215 y 207.

²³⁸ CALDERÓN CEREZO, F.: “Comentario al artículo 252 del Código Penal”, *op. cit.*, p. 205.

²³⁹ STS de 9 de septiembre de 2016 [RJ\2016\4411].

²⁴⁰ Art. 250.1.5º CP en relación con el art. 252 CP, por superar el valor de la de los 50.000 euros.

²⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI): delitos societarios”, *op. cit.*, p. 495.

apropiación del terreno, lo que conlleva la imposición de la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior²⁴².

II. Responsabilidad civil.

1. Deberes de los administradores en la LSC. Diligencia y lealtad.

En este apartado se analiza la trascendencia de la conducta de Fernando S. en el ámbito civil. Concretamente, se valoran los preceptos relevantes de la LSC. Además se tendrán en cuenta las novedades introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo²⁴³ en tanto su entrada en vigor, según su disposición final cuarta, se produce veinte días después de su publicación en el BOE lo que implica que la misma tiene efectos ya en 2014, año en el que Fernando S. lleva a cabo la conducta analizada (no se especifica el día concreto) y además la nueva regulación, sin cambiar el sentido de la previgente, introduce una mayor riqueza en la configuración de estos preceptos.

La relación jurídica de administrador de la que son partes Fernando S. y Fiat Chrysler España es una relación especial y autónoma de naturaleza contractual que se perfecciona con la aceptación del nombramiento por el interesado²⁴⁴. El deber general de diligencia y el deber de lealtad²⁴⁵ constituyen los deberes generales de los administradores que buscan que éstos desempeñen su cargo esforzándose en la consecución del interés social y se abstengan de obtener ventajas individuales. Sin embargo, estos no son los únicos deberes que deben cumplir, sino que pueden existir muchos otros derivados de fuente normativa (LSC o cualquier otra norma aplicable), estatutaria así como de los eventuales pactos que se establezcan.²⁴⁶

En primer lugar, el deber de diligencia obliga al administrador a desempeñar su cargo con la diligencia de un “ordenado empresario”²⁴⁷. Por tanto, establece un determinado modelo de conducta de gestión mediante el recurso a una cláusula general, que permite establecer un estándar objetivo de diligencia, resolviendo el problema de la inabarcable determinación y regulación de todas las situaciones posibles en la práctica²⁴⁸. Si bien, la diligencia se refiere necesariamente a las funciones realizadas en el desempeño de su cargo lo que implica tomar en consideración la posición interna que el concreto administrador ocupa en el órgano de administración y el contexto en que se desenvuelve el desempeño del cargo (las características de la empresa o el ámbito espacial y temporal).

En definitiva, dado el carácter discrecional de su conducta, se permite a los administradores desarrollar las actividades necesarias (que encajen en el modelo de comportamiento propuesto) para la consecución del fin social como lo haría un empresario, innovando y asumiendo riesgos para maximizar el beneficio social, pero realizando dichas actividades de forma ordenada, siguiendo los procedimientos necesarios en cada caso²⁴⁹. Por ello, el estándar de diligencia se entenderá cumplido cuando el administrador actúe de buena fe, sin interés personal en el asunto,

²⁴² Art. 77 CP. Además, se establece la limitación de que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

²⁴³ BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014.

²⁴⁴ LLEBOT MAJÓ, J.O.: “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en AA VV, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. (ROJO, A. y BELTRÁN, E., Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 10.

²⁴⁵ Arts. 225 y 227 LSC.

²⁴⁶ LLEBOT MAJÓ, J. O.: “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, *op. cit.*, p. 44.

²⁴⁷ Art. 225 LSC. Por su parte, el calificativo ordenado se refiere al modo de comportarse de la mayoría de empresarios.

²⁴⁸ RECAMÁN GRAÑA, E.: *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 135. Véase, a su vez, para un análisis pormenorizado sobre la obligación de llevanza de una contabilidad ordenada.

²⁴⁹ LLEBOT MAJÓ, J.O.: “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado (establecido por la ley y por los estatutos)²⁵⁰. Además, dicha exigencia debe relacionarse con la naturaleza y las funciones atribuidas específicamente a cada administrador²⁵¹.

Por otro lado, el propio art. 225 LSC enumera una serie de deberes específicos de diligencia que son: el deber de cumplimiento normativo, el deber de dedicación adecuada, el deber de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad, el deber de exigir la información adecuada y el deber de independencia²⁵². En referencia a este último, la propia LSC permite enjuiciar aquellas decisiones que, aun refiriéndose a cuestiones estratégicas y de negocio propias del ámbito de discrecionalidad empresarial, afecten personalmente a los administradores y/o personas vinculadas con éstos ya que no se entienden incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresariales²⁵³.

Por otro lado, se encuentra el deber de lealtad²⁵⁴ que sitúa como modelo de comportamiento el “*fiel representante*” e, igual que ocurría con el deber de diligencia, el legislador descarta enumerar detalladamente todas las conductas que lleva aparejadas y opta por una formulación en términos generales. Precisamente por ello, también se considera que el deber de lealtad cumple la función de cláusula general residual para enjuiciar las actuaciones de los administradores que manifiesten la existencia de un conflicto de intereses. Así, prohíbe todas aquellas conductas de los administradores que, ante una situación de conflicto de interés entre el interés de la sociedad y el suyo propio, supongan la obtención de ventajas para sí en perjuicio de la sociedad²⁵⁵. Además, la infracción de dicho deber determina no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador cuando procediera de la infracción de su deber de lealtad²⁵⁶.

En otro orden de cosas, la propia LSC enumera un elenco de conductas que tipifican supuestos de comportamientos desleales de los administradores²⁵⁷ y que se complementan con la cláusula general que constituye el propio deber de lealtad. En este sentido, solo se analizan aquellas relevantes respecto a la conducta de Fernando S.

El primer lugar, se exige al administrador no ejercitar sus facultades con fines distintos a aquéllos para los que le han sido concedidas²⁵⁸. Es decir, las facultades derivadas de sus competencias de gestión y representación²⁵⁹ deben ejercerse para realizar las actividades necesarias con el objetivo de la consecución del fin social, ya que la deslealtad proviene del hecho de que se da por supuesto que el único interés del administrador debe ser el de la sociedad²⁶⁰. En virtud de lo anterior, se priva al administrador de la posibilidad de ejercer las facultades que ostenta en su condición de administrador para la consecución de fines particulares o de terceros como podría ser, precisamente, la disposición de bienes de la sociedad para fines que no contribuyen al interés social. Es cierto que toda actuación de este tipo es perfectamente lícita y legal, sin embargo,

²⁵⁰ Art. 226.1 LSC.

²⁵¹ Art. 225.1 *in fine*.

²⁵² Para su análisis pormenorizado véase, LLEBOT MAJÓ, J.O.: “*Los deberes y la responsabilidad de los administradores*”, *op. cit.*, pp. 17-22.

²⁵³ Art. 236.2 LSC. A las personas que tienen la consideración de vinculadas se refiere el art. 231 LSC.

²⁵⁴ Art. 227.1 LSC.

²⁵⁵ LLEBOT MAJÓ, J.O.: “*Los deberes y la responsabilidad de los administradores*”, *op. cit.*, p. 25.

²⁵⁶ Art. 227.2 LSC.

²⁵⁷ Art. 228 LSC.

²⁵⁸ Art. 228 a) LSC.

²⁵⁹ Art. 209 LSC.

²⁶⁰ EMPARANZA SOBEJANO, A.: “El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto”, en AA VV, *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital* (EMPARANZA SOBEJANO, A., Dir.) Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 147.

desde una perspectiva societaria, supone utilizar de forma indebida los recursos de la sociedad en cumplimiento de un objetivo que no es suyo.

Por otro lado, el administrador debe desarrollar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones con terceros²⁶¹. Sin embargo, en este caso parece que la conducta de Fernando S. deriva únicamente de su frustración laboral personal, al considerar que su esfuerzo no ha sido suficientemente recompensado, y no de una vinculación con un tercero.

Mayor relevancia presenta el deber de evitar conflictos de interés, consistente en la obligación de adoptar cuantas medidas sean necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes como administrador²⁶². Es importante destacar que no se refiere al conflicto de interés inherente a su posición de administrador (que se produce entre principal y agente, a saber, entre el propio administrador y la sociedad) sino a conflictos de intereses que surjan en situaciones concretas. Es decir, el contenido de este deber no es que el administrador deba evitar incurrir en estas situaciones (lo que quedaría comprendido en el deber general de lealtad) sino que debe adoptar las medidas necesarias para evitarlas, lo que no ocurre en este caso²⁶³. Además, se refuerza su relevancia al considerarse que dicho deber conlleva la obligación de que el administrador se abstenga de participar en una serie de conductas enumeradas por la propia LSC²⁶⁴. En definitiva, estas situaciones conllevan el deber del administrador de adoptar medidas *ex ante* para evitar el incumplimiento del deber de lealtad. Aún así, se impone un régimen de responsabilidad patrimonial cuando, pese a todas las advertencias, actúe sin respetar dicho deber ya que, en tal caso, está obligado a devolver los beneficios que dicho incumplimiento pudiese haberle generado a su favor²⁶⁵. Dicha prohibición incluye tanto a los administradores de la sociedad afectada como a cualquier persona vinculada a ellos cuando sean los beneficiarios de las conductas prohibidas²⁶⁶. En el caso analizado, tanto el propio Fernando S como su mujer, Margarita A., vinculada al mismo²⁶⁷, resultan beneficiados por la conducta del primero en tanto partícipes a partes iguales de PROINMOR S.A.

Destaca la abstención de realizar transacciones con la sociedad²⁶⁸ que busca evitar la realización operaciones vinculadas por el evidente conflicto de intereses que generan y la necesidad de que dichas operaciones estén bajo el control de la sociedad²⁶⁹. Así, en este caso la transmisión del bien inmueble se realiza sin ningún tipo de conocimiento ni autorización, pudiendo ser objeto de una reclamación por enriquecimiento injusto por el perjuicio sufrido en el patrimonio social. A ello se une, la prohibición de utilización de activos sociales con fines privados²⁷⁰ sin que la sociedad obtenga por ello compensación alguna. Es decir, se entiende que cualquier beneficio obtenido como consecuencia de la actividad empresarial pertenece a la sociedad porque el administrador no puede utilizar ni aprovecharse del patrimonio social en beneficio propio. Sin embargo, en este caso nos encontramos ante un verdadero acto de disposición de un activo social

²⁶¹ Art. 228 d) LSC.

²⁶² Art. 228 e) LSC.

²⁶³ LLEBOT MAJÓ, J.O.: “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

²⁶⁴ Art. 229 LSC.

²⁶⁵ EMPARANZA SOBEJANO, A.: “El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto”, *op. cit.*, p. 141.

²⁶⁶ Art. 229.2 LSC.

²⁶⁷ Art. 231.1 a) LSC.

²⁶⁸ Art. 229.1.a) LSC Se exceptúan de prohibición aquellas que tengan la consideración de operaciones ordinarias realizadas en condiciones estándar para los clientes y revistan escasa relevancia.

²⁶⁹ EMPARANZA SOBEJANO, A.: “El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto”, *op. cit.*, p. 154.

²⁷⁰ Art. 229.1 c) LSC.

con vocación de permanencia lo que supondría una clara vulneración del deber de lealtad de obtener ventajas propias a costa del sacrificio de la sociedad²⁷¹.

Para finalizar, el régimen relativo al deber de lealtad y la responsabilidad que deriva de su infracción es imperativo (lo que hubiese impedido cualquier tipo de disposición estatutaria que lo limitase o vulnerase)²⁷².

2. Acciones derivadas de la infracción de los deberes.

En el ámbito civil o mercantil existen varias consecuencias que pueden imponerse a los administradores en función de la conducta y del deber incumplido²⁷³. Así, los administradores responden frente a la sociedad, los socios y los acreedores del daño que causen por las acciones u omisiones realizadas al incumplir tanto los deberes asociados a su cargo como la ley o los estatutos (acción de responsabilidad)²⁷⁴, con lo que el incumplimiento de cualquiera de los deberes explicados constituye el fundamento de las acciones indemnizatorias. En este sentido, el daño indemnizable abarca tanto la disminución patrimonial (daño emergente) como el beneficio dejado de obtener (lucro cesante) imputables a la conducta del administrador y, para ello, se debe probar la conducta del administrador constitutiva del incumplimiento, el daño, la relación de causalidad entre ambos y su antijuridicidad²⁷⁵. Además se exige que haya intervenido dolo o culpa (art. 236.1 LSC). Si bien, en este caso, existe una presunción *iuris tantum* de culpabilidad que se da cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos²⁷⁶.

Es decir, si el administrador infringió sus deberes o las normas legales o estatutarias y, como en el caso que nos ocupa, esta conducta le es imputable y genera unos daños, Fernando S. deberá responder por su actuación. En ningún caso, exonera de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general²⁷⁷. De hecho, la aprobación de las cuentas anuales no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad ya que no puede entenderse por ello que se respalde la actuación de los administradores.

Con este fin, se pueden interponer dos clases de acciones de responsabilidad por daños. En primer lugar, se encuentra la acción social de responsabilidad que deberá interponerse cuando el patrimonio directamente dañado sea el de la sociedad. Esta es la que ahora interesa en tanto la alternativa, constituida por la acción individual, se circunscribe a la causación de un daño directamente al patrimonio de un socio o tercero²⁷⁸.

El ejercicio de la acción para perseguir la responsabilidad de los administradores requiere generalmente el previo acuerdo de la Junta general²⁷⁹ y debe tramitarse conforme a lo dispuesto en la LEC, de acuerdo con el procedimiento correspondiente a la cuantía de la indemnización

²⁷¹ LLEBOT MAJÓ, J.O.: “*Los deberes y la responsabilidad de los administradores*”, *op. cit.*, p. 35.

²⁷² Art. 230 LSC. Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad puede dispensar al administrador o a una persona vinculada a él, en casos particulares, de las prohibiciones recogidas en el art. 229 LSC. Los requisitos y limitaciones se encuentran enumerados en el propio art. 230 LSC.

²⁷³ Art. 232 LSC. Se refiere a la acción de responsabilidad prevista en el art. 236 LSC y al ejercicio de otras acciones: impugnación, cesación, remoción de efectos y anulación de actos o contratos.

²⁷⁴ Art. 227.2, 232 y 236.1 LSC.

²⁷⁵ LLEBOT MAJÓ, J.O.: “*Los deberes y la responsabilidad de los administradores*”, *op. cit.*, p. 48.

²⁷⁶ Art. 236.1 II LSC.

²⁷⁷ Art. 236.2 LSC.

²⁷⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, B: “Consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de las sociedades de capital”, en AA VV, *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital (EMPARANZA SOBEJANO, A., Dir.)* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 162.

²⁷⁹ Art. 238 LSC. Sin perjuicio de lo establecido en los arts. 239 y 240 LSC referentes a la legitimación de la minoría y de los acreedores, respectivamente.

solicitada, pudiendo ser objeto de acumulación con otras acciones²⁸⁰. Por otro lado, el órgano competente para conocer de esta acción es el Juzgado de lo mercantil²⁸¹. Y de sus recursos de apelación conocerá la sección especializada de la correspondiente Audiencia Provincial²⁸² y en casación, la Sala primera del Tribunal Supremo.

Además, se prevé expresamente, la obligación del administrador no solo de indemnizar por el daño efectivamente causado al patrimonio social, sino también de devolver el enriquecimiento injustamente obtenido²⁸³. Así, los presupuestos de esta acción son: el enriquecimiento del administrador social (constituido por cualquier ventaja, utilidad o provecho obtenido con consecuencias pecuniarias), el correlativo empobrecimiento de la sociedad, la existencia de un nexo causal entre ambas circunstancias y la ausencia de una causa de justificación del tránsito del valor económico de un patrimonio a otro.

La acción de indemnización y de enriquecimiento injusto son consideradas compatibles por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia en tanto la primera tiene como objetivo resarcir los daños y perjuicios causados con carácter indemnizatorio y la segunda busca la restitución, atendiendo a las modificaciones patrimoniales que beneficiaron al administrador²⁸⁴. En el supuesto analizado, el administrador genera un daño al patrimonio social, dadas las condiciones de la disposición del bien (la sociedad podría haber obtenido una prestación a cambio) y además cabe hablar de enriquecimiento injusto en la medida que existe un desplazamiento patrimonial sin justificación.

A ello se une que la compatibilidad se extiende a otras acciones²⁸⁵ entre las que se encuentra, además de la remoción de los efectos, la acción de anulación de los actos y contratos desleales celebrados por los administradores incumpliendo el deber de lealtad en tanto son nulos de pleno derecho consecuencia de su carácter contrario a una ley imperativa²⁸⁶. El reconocimiento de esta acción²⁸⁷ habilita a la sociedad para solicitar la declaración judicial de nulidad del acto o contrato y, asimismo, la restitución de las prestaciones intercambiadas entre el administrador y la sociedad o los terceros²⁸⁸. Dada su configuración, esta acción tiene una gran utilidad respecto a la prohibición para el administrador de realizar transacciones con la sociedad²⁸⁹.

Para finalizar, también podría solicitarse la separación y exclusión del administrador ya que, se prevé expresamente la posibilidad de cesar al administrador mediante la separación del cargo para los casos de incumplimiento de los deberes²⁹⁰. De hecho, el acuerdo de promover la acción de responsabilidad contra un administrador, determina la destitución del mismo²⁹¹.

²⁸⁰ LARA, R.: “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, en AA VV, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. (ROJO, A. y BELTRÁN, E., Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 112.

²⁸¹ Art. 86 ter 2 a) LOPJ. Concretamente, “*así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas*”.

²⁸² Art. 82 LOPJ.

²⁸³ Art. 227.2 LSC.

²⁸⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, B: “*Consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de las sociedades de capital*”, *op. cit.* pp. 164 y 165. Si bien, debe analizarse en cada caso concreto hasta qué punto cabe el ejercicio de ambas acciones.

²⁸⁵ Art. 232 LSC.

²⁸⁶ Art. 230 LSC y 6.3 Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889 (en adelante, CC). Son nulos de pleno derecho, sin perjuicio de la facultad de ratificación que corresponde al órgano competente de la sociedad.

²⁸⁷ Art. 232 LSC.

²⁸⁸ Art. 1303 CC.

²⁸⁹ LLEBOT MAJÓ, J.O.: “*Los deberes y la responsabilidad de los administradores*”, *op. cit.*, p. 50 y 51.

²⁹⁰ LLEBOT MAJÓ, J.O.: “*Los deberes y la responsabilidad de los administradores*”, *op. cit.*, p. 46.

²⁹¹ Art. 238.3 LSC.

BLOQUE III. ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

I. Concepto y descripción del contrato de *lease-back*.

El concepto de *lease-back* debe explicarse a partir del concepto de *leasing*, ya sea para afirmar o negar que se trata de una de sus modalidades. Respecto a esta última, a pesar de no ser una figura regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, podemos encontrar diversas referencias a ella (sobre todo, desde el punto de vista tributario).

El concepto de *leasing* se encuentra en la DA tercera, apartado 1, de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito²⁹². En este sentido, reciben la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos cuyo objeto exclusivo sea la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos por el arrendador financiero (que mantiene la propiedad del objeto) para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario (arrendatario financiero), a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas mientras dura el arrendamiento. Los bienes deben quedar afectados por el usuario a sus explotaciones mercantiles y el contrato debe incorporar una opción de compra (a favor del usuario o arrendatario) ejercitable en el plazo estipulado o al término del contrato, por el valor residual del bien. A ello se une que, frente a posiciones doctrinales que consideran asimilable la naturaleza del contrato de *leasing* a un préstamo, la jurisprudencia ha venido reconociendo su autonomía en cuanto responde a una finalidad económico-social propia²⁹³.

Por su parte, el *lease-back* es un contrato mercantil que consiste, igual que el *leasing*, en la cesión del uso de un bien por una entidad de arrendamiento a cambio de una renta periódica, con una opción de compra a favor del usuario. Sin embargo, la diferencia principal estriba en que en el *lease-back* el bien objeto de cesión fue previamente adquirido por el arrendador financiero del propio arrendatario, mientras que en el *leasing*, la entidad de arrendamiento financiero adquiere el bien (mueble o inmueble) a un tercer proveedor (según las especificaciones del futuro usuario). Es decir, el vendedor del bien y el arrendatario coinciden. Por lo tanto, dada su configuración permite al usuario obtener liquidez, sin verse privado de la posesión del bien (que detentaba antes en calidad de propietario y ahora de arrendatario financiero) y todo ello sin endeudarse o acudir a crédito externo²⁹⁴. Así, nos encontramos con dos contratos bilaterales realizados por los mismos sujetos: el de compraventa del bien y el de *lease-back*.

Precisamente, dicha diferencia es la que abre el debate acerca de si subsiste la autonomía causal del contrato de *leasing* o, por el contrario, debe considerarse que la operación envuelve un contrato de préstamo disimulado por la transmisión de la propiedad de manera formal actuando como garantía del pago de la deuda²⁹⁵. Es decir, se busca determinar si las especialidades del *lease-back* derivadas del hecho de que el vendedor del bien y el arrendatario financiero sean un mismo sujeto determinan que se trate de dos tipos contractuales con diversa naturaleza y función.

II. Aplicación de la Ley de Usura al contrato de *lease-back*.

En este punto se busca dar respuesta a la viabilidad de la pretensión de Cayetana (representante de TRANSLOGIC) de declarar nulo el contrato en aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, de Usura²⁹⁶ teniendo en cuenta que en estos contratos el arrendatario financiero suele ser la parte más débil. En este caso, se celebra un contrato de compraventa entre TRANSLOGIC y SEUDBANK y, entre las mismas partes, se celebra simultáneamente un contrato de arrendamiento cuyo objeto es el mismo inmueble sobre el que se celebró la compraventa. Este segundo contrato es el controvertido para el caso.

²⁹² BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014.

²⁹³ STS de 2 de febrero de 2006 [RJ\2006\494].

²⁹⁴ PACHECHO CAÑETE, M.: *El contrato de lease-back*. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 14-24.

²⁹⁵ STS de 2 de febrero de 2006 [RJ\2006\494].

²⁹⁶ BOE núm. 206, de 24 de julio de 1908 (en adelante, LRU).

Como se adelantaba, el aspecto determinante estriba en la naturaleza del *lease-back*. Si se considera como una variante del *leasing* o arrendamiento financiero, por mantener sus características esenciales, y éste último no se considera equivalente a un préstamo, no podría sostenerse su nulidad en base a la LRU. Por el contrario, si se considera una figura asimilable al préstamo, si se podría aplicar la LRU, en cuyo caso se debería analizar el cumplimiento de los requisitos que determinen su nulidad²⁹⁷. El fundamento se encuentra en que la LRU tiene como objetivo determinar la nulidad de los contratos de préstamos que conlleven un interés desproporcionado a las circunstancias y sean notablemente superior al normal del dinero o que hayan sido celebrados en condiciones tales que resulte leonino, lo que permita considerar que la aceptación del mismo proviene de una situación angustiosa²⁹⁸. Si bien, aunque su primer precepto se refiera exclusivamente a préstamos, se habilita la aplicación de la LRU para aquellas operaciones que sean sustancialmente equivalentes a un préstamo de dinero, cualquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que se haya estipulado²⁹⁹.

Respecto a la cuestión controvertida, se encuentran pronunciamientos en ambos sentidos, lo que requiere un análisis concreto en cada caso para poder tener en cuenta con ello las específicas estipulaciones pactadas por las partes. Por su parte, el TS ha llegado a afirmar explícitamente la imposibilidad de aplicar la LRU al contrato de *leasing*, en su modalidad de *lease-back*, pues “*el contrato de arrendamiento financiero no puede ser calificado de préstamo, pues tiene causa distinta, está reconocido legalmente y se recurre a él por razones de financiación y también por razones fiscales*”³⁰⁰. Así, aunque generalmente se ha considerado que el *lease-back*, aún faltándole el requisito de la intervención de un tercero, mantiene las características y la finalidad propia del contrato de arrendamiento financiero o *leasing* (con su estructura y autonomía respecto al préstamo) y, por lo tanto, se encuentra comprendido en la definición legal de éste³⁰¹. Si bien, como se adelantaba, a continuación se analiza el cumplimiento de sus elementos³⁰².

En primer lugar, respecto a la naturaleza del arrendador financiero, se exige que se trate de una empresa dedicada habitualmente a la concertación de este tipo de contratos, cumpliendo para ello con la legislación pertinente. En este sentido, SEUDBANK S.A es una empresa de arrendamiento financiero, inscrita como tal en el Registro de Sociedades de arrendamiento financiero del Banco de España y, en cuyo objeto social, figura expresamente la celebración de este tipo de contratos.

Respecto a la naturaleza del arrendatario financiero se exige que sea una persona física o jurídica dedicada a la realización de actividades mercantiles comprendidas en el ámbito del objeto del contrato. TRANSLOGIC es una persona jurídica dedicada a la actividad del transporte de mercancías y, por su parte, el objeto del contrato es una nave industrial situada en A Coruña que venía siendo utilizada por dicha entidad para el desarrollo de su actividad económica. En relación con el bien, debe ser apto, en función de su naturaleza y características, para la realización de la actividad económica lo que también concurre con claridad en el supuesto.

Además, debe existir un contrato de compraventa previo y ligado al de arrendamiento financiero con el que se transmita la propiedad a favor del arrendador financiero. TRANSLOGIC y SEUDBANK (que ocuparían respectivamente las posiciones de arrendatario y arrendador) celebran dos contratos y precisamente, el primero de ellos, es una compraventa por la que se transmite la propiedad de la nave a la empresa de arrendamiento financiera ya que el supuesto no

²⁹⁷ PACHECHO CAÑETE, M.: *El contrato de lease-back. op. cit.*, p. 129. La determinación de su nulidad supondría la obligación para el arrendatario de entregar la suma recibida en concepto de valor del bien que vendió previamente a la entidad de arrendamiento financiero.

²⁹⁸ Art. 1 LRU.

²⁹⁹ Art. 9 LRU.

³⁰⁰ STS de 17 de marzo de 1998 [RJ\1998\1351].

³⁰¹ PACHECHO CAÑETE, M.: *El contrato de lease-back. op. cit.*, pp. 14-24.

³⁰² Todos los requisitos se analizan de conformidad con la sentencia STS de 2 de febrero de 2006 [RJ\2006\494].

indica circunstancia alguna que permita concluir la existencia de impedimentos para la transmisión de la propiedad.

Por otro lado, se establecen unos requisitos referentes a los aspectos técnicos de la configuración de la operación. En este sentido, debe tener una duración razonable en atención a su finalidad, que se puede relacionar con los plazos fijados por la legislación que contempla la figura desde el punto de vista de sus consecuencias tributarias. Así, el art. 106 de la Ley 27/2014, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades³⁰³, establece que tendrán una duración mínima de 10 años cuando tengan por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales. Este es el plazo exacto que se establece al señalarse una duración de 120 meses.

Además, debe existir un equilibrio, en primer lugar, entre el precio de la compraventa y el precio fijado en el arrendamiento financiero como valor del bien. El supuesto no proporciona datos acerca de esta cuestión, con lo que se presume su adecuación.

Asimismo, se hace referencia al equilibrio de las prestaciones (o cuotas) establecidas en función de la amortización del bien y de la carga financiera teniendo en cuenta diversas características (entre otras, las circunstancias económicas concurrentes, los tipos de interés habituales, la naturaleza del bien como mueble o inmueble o su eventual depreciación). Por falta de datos, se presume que el interés de las cuotas pactadas por dicho concepto se encuentra dentro de los valores habituales. El único dato que facilita el supuesto es el referente al interés de demora pactado en el 2% mensual y también se hace referencia a la existencia de una cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas que permite a SEUDBANK exigir el importe de todos los recibos impagados (vencidos y por vencer). Sin embargo, no parece que dicha cláusula constituya en sí misma un desequilibrio entre las partes ya que el incumplimiento del contrato causa perjuicios considerables también para el arrendador (SEUDBANK). Además, este tipo de cláusulas han sido examinadas y la jurisprudencia mayoritaria ha afirmado su validez al actuar cláusula penal y se consideran una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad³⁰⁴ con carácter bilateral. A ello se une que no puede ponerse en duda la licitud moral de esta clase de vencimientos anticipados, que tienen lugar por el propio incumplimiento del deudor, por cuanto el legislador ha previsto esta consecuencia expresamente en otras figuras afines³⁰⁵.

Asimismo, en el contrato de arrendamiento financiero, debe existir una opción de compra a favor del arrendatario (TRANSLOGIC). El supuesto menciona expresamente su existencia y, sin poder disponer de más datos, se presume que se ha configurado correctamente.

Para finalizar, se exige que las circunstancias revelen la voluntad de las partes de procurar al arrendatario financiero (TRANSLOGIC) la continuación del uso del bien o bienes objeto del contrato, inicialmente de su propiedad, en condiciones favorables desde el punto de vista fiscal o mercantil y compatibles con la obtención de liquidez para la realización de sus operaciones empresariales. Aunque pueda presumirse, por la ausencia de datos en contra, que TRANSLOGIC continua utilizando la nave para desarrollar su actividad, podría discutirse acerca de la exigencia de que la obtención de liquidez sea una finalidad básica para la celebración del contrato, en tanto el dinero obtenido por la compraventa se dedica al pago de deudas anteriores. Sin embargo, la obtención de liquidez que permite la celebración del *lease-back*, no impide que pueda relacionarse con el pago de deudas pendientes en tanto es una actividad necesaria para garantizar el buen funcionamiento y la continuidad de las empresas mercantiles.

³⁰³ BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014 (en adelante, LIS).

³⁰⁴ Art. 1255 CC.

³⁰⁵ SAP Barcelona de 30 de junio de 2000 [JUR\2000\305444].

En virtud de todo lo anterior, no puede considerarse la operación realizada como sustancialmente equivalente a un contrato de préstamo y, en consecuencia, no podría aplicarse la LRU para decretar su nulidad.

III. Obligaciones y resolución del contrato.

Si, pese a las anteriores conclusiones, TRANSLOGIC decide ejercitar acciones debe acudir al Juzgado de Primera Instancia³⁰⁶ del lugar donde se encuentre situado el inmueble, es decir, A Coruña³⁰⁷.

Frente a ello, SEUDBANK cuenta con dos alternativas de actuación constituidas por la petición de resolución o de cumplimiento del contrato. Si bien, debe tenerse en cuenta que en los antecedentes de hecho se hace constar el hecho de que SEUDBANK ya había instado procedimiento ejecutivo para hacer efectivo el cobro de las cuotas vencidas impagadas vencidas y por vencer, sobre el que recayó sentencia el 20 de diciembre de 2017, sin constar que en dicho pleito se hiciera efectiva la deuda.

La disyuntiva que surge a continuación se basa en determinar, ante la situación planteada, la eventual compatibilidad de la petición de resolución. Según la jurisprudencia³⁰⁸ son compatibles, de forma subsidiaria, las peticiones de resolución y de cumplimiento, una vez se ha iniciado un proceso pretendiendo el cumplimiento. Pero limita dicha posibilidad al exigir que no podrá iniciarse un litigio pretendiendo la resolución del contrato si este no se termina y no se demuestra, si ha recaído sentencia firme, que el cumplimiento por el que se optó en primer lugar ha devenido imposible. Es decir, lo que resulta incompatible es el ejercicio simultáneo en dos juicios distintos de ambas acciones.

Esta posibilidad se basa en el art. 1124 CC por cuanto establece, para el incumplimiento de obligaciones recíprocas, la facultad establecida a favor del perjudicado de elegir entre el cumplimiento o la resolución de la obligación (con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos). A su vez, podrá optar por la resolución aun después de elegido el cumplimiento, cuando éste resultare imposible³⁰⁹. Sin embargo, no puede considerarse la falta de constancia de que se hiciera efectiva la deuda como equivalente a la prueba exigida por la jurisprudencia de la imposibilidad de cumplimiento de la misma y ésta tampoco puede deducirse de las circunstancias del caso. Así, SEUDBANK ni ha intentado ejecutar la sentencia favorable que obtuvo (si consideraba que TRANSLOGIC no la habría cumplido voluntariamente) ni tampoco intentó probar que el cumplimiento, por el que optó en un primer momento, ha devenido imposible, ya que ni siquiera ha transcurrido un largo tiempo que permita a SEUDBANK considerar sus expectativas en el cumplimiento frustradas.

³⁰⁶ Art. 85 LOPJ y 45 LEC.

³⁰⁷ Art. 52.1.7º LEC.

³⁰⁸ STS de 2 de febrero de 2006 [RJ\2006\494].

³⁰⁹ STS de 29 de mayo de 2000 [RJ\2000\3944].

CONCLUSIONES

BLOQUE I.

En primera instancia, se aborda la concurrencia de conductas colusorias. Así, la actuación llevada a cabo por los fabricantes constituye una restricción horizontal por tener lugar entre operadores situados en el mismo nivel de la cadena de producción o distribución (competidores reales o potenciales). Por tanto, se afirma que forman parte de un cártel dedicado a la fijación de precios. Se muestran otra serie de características propias de los acuerdos de restricción horizontal como la ocultación deliberada de los acuerdos, la regularidad de los encuentros o el intercambio de información estratégica entre competidores. Dicho intercambio podría haber constituido una conducta independiente restrictiva por su objeto. Sin embargo, en este caso, se considera un elemento accesorio al tener como objetivo facilitar la implementación del cártel.

En segundo término, los acuerdos celebrados entre fabricantes y distribuidores son restricciones verticales por tener lugar entre operadores situados en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución y por referirse a las condiciones en que las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes. La normativa comunitaria establece una zona de seguridad para los acuerdos verticales y, respecto a los precios de reventa, se muestra igualmente permisiva cuando se trata de precios máximos o recomendados pero no así con los precios fijos o mínimos. Estos últimos son los que concurren en el supuesto y se alcanzan mediante métodos de fijación directa e indirecta. Dada la importancia cuantitativa y cualitativa (por constituir una restricción especialmente grave) de la práctica descrita no podría acogerse a la exención y conduciría al análisis del cumplimiento de los restantes requisitos de la normativa *antitrust*.

Así, la afectación a la competencia tiene lugar tanto desde el punto de vista horizontal como vertical y ambas se sancionan en los arts. 101 TFUE y 1 LDC, cuyos requisitos se analizan ampliamente en el desarrollo del trabajo.

Precisamente la aplicación del precepto comunitario requiere que se constate la afectación al comercio entre los Estados miembros. El sector de los camiones se caracteriza por su sustancial volumen de negocio y dada la importante posición de las empresas en términos de cuota de mercado y el carácter transfronterizo de su actividad, que repercute en la estructura competitiva de más de dos Estados miembros, se muestra claramente el carácter apreciable de sus efectos.

Por otro lado, entre los supuestos de exclusión, se valora la existencia de otra conducta lesiva de la competencia basada en el precio, a saber, el abuso de posición dominante. En este caso, la posición de dominio la ostentan varias empresas unidas por un vínculo económico constituido por el propio cártel. Sin embargo, en aplicación del principio *non bis in idem*, los eventuales cargos referentes al abuso de posición dominante son subsumibles en los referentes a las prácticas colusorias y serán estas últimas las que se sancionen.

En otro orden de cosas, la aplicación del Derecho de la Competencia se basa en la distinción entre la aplicación pública y la privada. La primera queda en manos de la Comisión Europea y de la CNMC y, por su parte, de la aplicación privada, una vez situada la competencia internacional en los tribunales españoles, se encarga a los Juzgados de lo Mercantil.

Analizado su carácter complementario se concluye la idoneidad, a efectos prácticos, de acudir, en primer lugar, a una autoridad administrativa. TRANSLOGIC cumple los requisitos para dirigirse tanto a la Comisión como a la CNMC y podría considerarse que ambas se encuentran bien situadas, sin embargo, las reglas de reparto de asuntos otorgan una mayor prevalencia a la Comisión dada la amplitud cuantitativa y geográfica de la conducta enjuiciada. A su vez, en este ámbito se valora positivamente la posibilidad, para alguna de las empresas implicadas, de acogerse al programa de clemencia o de reducción del importe de la multa.

Una vez constatada la existencia de la conducta por alguna de las autoridades anteriores, la actora podría, valiéndose de su resolución, interponer la acción para el resarcimiento de los daños y perjuicios ante los Juzgados de lo Mercantil en tanto la actual configuración de la LDC reconoce el derecho al pleno resarcimiento que incluye tanto el daño emergente (donde tienen cabida los sobrecostos repercutidos a TRANSLOGIC como comprador indirecto), como el lucro cesante más los intereses. Pese a las excepciones comentadas, la responsabilidad de los infractores es solidaria, sin perjuicio del derecho de repetición o de la eventual defensa *passing-on* de los fabricantes, lo que permite a TRANSLOGIC dirigirse a cualquiera de los implicados. A ello se une la mención a la eventual acción para reclamar la nulidad de los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas.

En contraposición al remedio comentado, las nuevas disposiciones en la materia, comunitarias y nacionales, abogan por la promoción de la resolución extrajudicial de controversias para lo que se han contemplado diversas medidas tendentes a la facilitación y eficacia de sus efectos.

BLOQUE II.

Los administradores ostentan una importancia capital en el funcionamiento de las empresas por lo que el incumplimiento de los deberes derivados de su cargo entraña consecuencias tanto desde el punto de vista penal como civil.

En primer lugar, la responsabilidad penal de la conducta de Fernando S. se encuadra en el delito especial propio de falseamiento contable (art. 290 CP). Respecto a ello, la efectiva causación de un perjuicio económico implica la aplicación del subtipo agravado previsto en el precepto. Por su parte, la aprobación de las cuentas no modifica la responsabilidad penal del administrador.

Por otro lado, la conducta de Fernando S. es constitutiva de un delito de apropiación indebida (art. 252 CP). Esta conclusión se alcanza tras analizar su distinción respecto al delito de administración desleal y concluir que la figura de la apropiación indebida se reserva para aquellos casos en que se acredite una apropiación de los bienes con vocación definitiva, en beneficio propio o de tercero. Concretamente, la conducta del sujeto activo se encuadra en la modalidad de apropiación en sentido estricto. A su vez, se analiza y concluye afirmativamente la posibilidad de que la voz "*activo patrimonial*" permita incluir los bienes inmuebles.

En otro orden de cosas, la legislación aplicable es aquella que estaba vigente en el momento en que el sujeto ejecuta la acción, es decir, 2014. Sin embargo, se analiza la modificación introducida por la LO 1/2015 a efectos de retroactividad favorable. En base a ella, la conducta de Fernando S. se encuadra en el delito de falseamiento contable (art. 290 CP), que se mantiene invariable, y el de administración desleal (actualmente, art. 252 CP). No obstante, esta nueva configuración prevé las mismas consecuencias penales por lo que se aplica la vigente en 2014.

En virtud de lo anterior, se constata que, al tratarse del tipo cualificado, la figura del art. 290 CP es ley subsidiaria respecto a la ley principal formada por la estructura concursal compuesta por la apropiación indebida y el tipo básico del art. 290 CP. Respecto a esto último, la relación entre ambos preceptos es un concurso medial.

Como se adelantaba, la conducta de Fernando S. tiene transcendencia igualmente en el ámbito civil, concretamente, se analiza la vulneración de los deberes de los administradores presentes en la LSC. Entre ellos, destacan el deber de diligencia y el de lealtad y ambos tienen como objetivo último que dichos sujetos desempeñen su cargo en aras del interés social y se abstengan de obtener ventajas individuales.

A este respecto, su incumplimiento entraña varias consecuencias entre las que destaca el ejercicio de la acción de responsabilidad que habilita a la sociedad para solicitar tanto el daño emergente como el lucro cesante derivados del incumplimiento en que haya existido dolo o culpa. Específicamente, la acción que se interponga será la social, y no la individual, por ser el patrimonio de la sociedad el directamente dañado y el órgano competente para conocer de la misma será el Juzgado de lo mercantil.

Esta acción es considerada compatible con la de enriquecimiento injusto que tiene como objetivo la restitución, atendiendo a las modificaciones patrimoniales que beneficiaron al administrador, de cualquier utilidad, ventaja o provecho obtenido en términos pecuniarios. Por otro lado, la compatibilidad de las acciones se extiende a otras que también podrían ejercitarse, a saber, la remoción de efectos, la acción de anulación de los actos y contratos desleales o la solicitud de la separación y exclusión del administrador (esta última ya se prevé como una consecuencia derivada del acuerdo para promover la acción de responsabilidad).

BLOQUE III.

La LRU permite declarar la nulidad de los préstamos y operaciones sustancialmente equivalentes que incorporen un interés desproporcionado o se consideren leoninos.

Por su parte, el *lease-back* se configura como una modalidad de *leasing* o arrendamiento financiero en la que la figura del vendedor del bien y el arrendatario financiero coinciden. Precisamente dadas sus especialidades, se evalúa la naturaleza del contrato efectuado en el caso para concluir que si mantiene las características esenciales del arrendamiento financiero y responde a su finalidad económico-social con lo que, en sentido contrario, no podría sostenerse su nulidad en base a la LRU por no considerarse como equivalente a un préstamo. Pese a ello, si TRANSLOGIC decide llevar a cabo acciones legales, el órgano procesalmente adecuado es el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se encuentra situado el inmueble, es decir, A Coruña.

Frente a esta actuación, SEUDBANK, en principio, cuenta con dos alternativas de actuación constituidas por la petición de resolución o de cumplimiento del contrato. En virtud de la jurisprudencia analizada, se concluye la compatibilidad, de forma subsidiaria, de ambas acciones incluso cuando ya se ha iniciado un proceso pretendiendo el cumplimiento. Si bien, dicha posibilidad está limitada por la exigencia de demostrar que el cumplimiento, por el que se optó en un primer momento, ha devenido imposible. Dado que, de la dicción del supuesto, no puede concluirse el cumplimiento de dicha condición, la vía posible para SEUDBANK se centra en el cumplimiento salvo que consiga probar efectivamente dicha imposibilidad.

BIBLIOGRAFÍA.

MONOGRAFÍAS Y OBRAS COLECTIVAS:

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma del CP de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BACHES OPI, S.: *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos, Madrid, 2017.
- CARBAJO CASCÓN, F. (Coord.): *Manual práctico de derecho de la competencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Derecho Penal. Parte Especial: Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- EMPARANZA SOBEJANO, A. (Dir.): *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- FEDERICO PACE, L.: *Derecho europeo de la competencia: prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GONÁZLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.): *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PEÑA LÓPEZ, F.: *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia: un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de defensa de la competencia, mediante la que se transpone la Directiva 2014-104-UE*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PACHECHO CAÑETE, M.: *El contrato de lease-back*. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- RECAMÁN GRAÑA, E.: *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- REMÓN PEÑALVER, A. y FLORES CACHO, D. (Dir.): *Delitos societarios: Comentarios a los artículos 290 a 297 del Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2017.
- ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.): *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.): *“Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General”*. Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A; ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A y HERRERO SUÁREZ, C. (Dir.): *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*. Thomson Reuters, Valladolid, 2014.
- VIVES ANTÓN, T.S; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C; GONZÁLEZ CUSSAC J.L; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ZURMENDI ISLA, A.: *Las restricciones verticales a la libre competencia*. Aranzadi, Cizur Menor, 2006,

ARTÍCULOS DOCTRINALES:

- CONTRERAS DE LA ROSA, I.: “La reparación de daños masivos ocasionados por ilícitos concurrenciales” en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Volumen 35, 2014-2015, Marcial Pons, 2015.
- GARCÍA VERDUGO, J.; MERINO TRONCOSO, C. y GÓMEZ CRUZ, L.: “Valoración económica de las sanciones de la autoridad española de la competencia (2011-2015)” en *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- JIMÉNEZ SERRANIA, V.: “The Directive on antitrust damages actions: a critical review”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Volumen 35, 2014-2015, Marcial Pons, 2015.
- PASCUAL Y VICENTE, J.: “La nueva política comunitaria europea de control de conductas y su repercusión en España” en *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: “Los precios abusivos en el derecho de la competencia español”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Volumen 36, 2015-2016, Marcial Pons, 2016.
- ZOIDO, E. Y GUTIÉRREZ, I.: “Cárteles: análisis y valoración de sus efectos”. En *Anuario de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

RECURSOS WEB (FECHA CONSULTA: 18/04/2018).

- European Commission, DG Competition. Cartel Procedure. Provisional non-confidential versión, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf

LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS SIN CARÁCTER NORMATIVO:

COMUNITARIA.

DERECHO ORIGINARIO Y DERIVADO.

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.
- Reglamento (CE) núm. 1/2003, de 16 de diciembre, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOCE L núm. 1, de 4 de enero de 2003.
- Reglamento (CE) núm. 773/2004, de 7 de abril, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE. DOCE L núm. 123, de 27 de abril de 2004.
- Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE L núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.
- Reglamento (UE) 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. DOUE L núm. 102, de 23 de abril de 2010.
- Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa 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. DOUE L núm. 349, de 5 de diciembre de 2014.

DOCUMENTOS SIN CARÁCTER NORMATIVO.

- Comunicación de la Comisión por la que se establecen las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOCE C núm. 101, de 27 de abril de 2004.
- Comunicación de la Comisión por la que se establecen las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. DOUE C núm. 11, de 14 de enero de 2011.
- Comunicación de la Comisión por la que se establecen las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE. DOCE C núm. 101, de 27 de abril de 2004.
- Comunicación de la Comisión sobre Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003. DOUE C núm. 210, de 1 de septiembre de 2006.
- Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales. DOUE C núm. 130, de 19 de mayo de 2010.
- Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C núm. 167, de 13 de junio de 2013.
- Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. DOUE C núm. 298, de 8 de diciembre de 2006.
- Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. DOCE C núm. 101, de 27 de abril de 2004.
- Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C núm. 291, de 30 de agosto de 2014.
- Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. DOCE C núm. 372, de 9 de diciembre de 1997.
- Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia. DOCE C núm. 101, de 27 de abril de 2004.
- Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. DOCE C núm. 101, de 27 de abril de 2004.

NACIONAL.

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

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 250 de 17 de septiembre de 1882.
- Ley de 23 de julio de 1908, de Usura. BOE núm. 206, de 24 de julio de 1908.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.
- Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002.
- Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.
- Ley 27/2014, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.
- Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014.
- Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.
- Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. BOE núm. 50, de 27/02/2008.
- Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financieros, mercantil y sanitario y sobre el desplazamiento de trabajadores. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017.
- Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. BOE núm. 209, de 31 de agosto de 2013.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161 de 1 de septiembre de 2010.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL Y RESOLUCIONES.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

- STJCE de 27 de septiembre de 1988 [TJCE\1989\46]
- STJCE de 21 de enero de 1999 [TJCE\1999\3]
- STJCE de 13 de febrero de 1969 [ECLI:EU:C:1969:4]
- STJCE de 24 de octubre de 1995 [TJCE\1995\185]
- STJCE de 6 de enero de 2004 [TJCE\2004\1]
- STJCE de 7 de enero de 2004 [TJCE\2004\8]
- STJCE de 8 de julio de 1999 [ECLI:EU:T:1991:74]
- STJCE de 4 de junio de 2009 [TJCE\2009\159]
- STJCE de 13 de julio de 2006 [TJCE\2006\204]

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

- STJUE de 6 de diciembre de 2012 [TJCE\2012\371]
- STJUE de 17 de septiembre de 2015 [TJCE\2016\374]
- STJUE de 10 de abril de 2014 [TJCE\2014\148]
- STJUE, de 20 de enero de 2016 [TJCE\2016\10]
- STJUE de 11 de septiembre de 2014 [TJCE\2014\330]
- STJUE de 21 de mayo de 2015 [TJCE\2015\199]

TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA:

- STGUE de 21 de enero de 2015 [TJCE\2015\14]

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

- STPICE de 26 de octubre de 2000 [TJCE\2000\254]
- STPICE de 20 de marzo de 2002 [TJCE\2002\110]

TRIBUNAL SUPREMO:

- STS de 18 de noviembre de 2009 [RJ\2010\704]
- STS de 19 de septiembre de 2012 [RJ\2012\11348]
- STS de 17 de junio de 2009 [RJ\2009\5973]
- STS de 13 de julio de 2010, [RJ\2010\7340]
- STS de 2 de febrero de 2006 [RJ\2006\494]
- STS de 17 de marzo de 1998 [RJ\1998\1351]
- STS de 11 de julio de 2005 [RJ 2005/5418]
- STS de 18 de noviembre de 2009, [RJ 2010/704]
- STS de 2 de julio de 2015 [RJ\2015\3901]
- STS de 18 de noviembre de 2009, [RJ 2010/704]
- STS de 9 de septiembre 2016 [RJ\2016\4411]
- STS de 29 de mayo de 2000 [RJ\2000\3944]
- STS de 28 de octubre de 2005 [RJ\2005\8168]
- STS de 4 de abril de 2013 [RJ\2013\5207]
- STS de 22 de septiembre de 2010 [RJ\2010\7620]

AUDIENCIA PROVINCIAL:

- SAP Cádiz de 21 de junio de 2011 [ARP/2014/1335]
- SAP Barcelona de 30 de junio de 2000 [JUR\2000\305444]
- SAP Alicante de 18 de diciembre de 2014 [JUR\2015\123990]

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA:

- Resolución CNMC, de 28 de abril de 2016 [JUR\2017\152218]

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA:

- Resolución CNC de 28 de diciembre de 2011 (EXPTE. S/0154/09)

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA:

- Resolución TDC de 15 de abril de 1999 [AC\2000\2815]
- Resolución TDC de 21 de junio de 2007 [AC\2007\970]
- Resolución TDC de 12 de febrero de 1997 [AC\1997\891]
- Resolución TDC de 25 de octubre de 2000 [AC\2001\2012]