



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

El cártel de camiones y
las restricciones a la
competencia

Ester Vega Fernández

Tutora: María del Rocío Quintáns Eiras

Grado en Derecho

Año 2018

Índice

Abreviaturas	3
Supuesto de hecho	4
Introducción	6
BLOQUE I: EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA	8
I. Consideraciones previas sobre el derecho <i>antitrust</i>	8
II. Práctica colusoria: fijación de precios.....	9
II.1 Restricción horizontal: cártel	13
II.2 Restricción vertical.....	14
III. Protección de la competencia.....	16
III.1 Vía pública:	17
III.1.1 Órganos: la Comisión Europea y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	17
III.1.2 Procedimiento	18
III.1.3 Declaración y sanción administrativa de la infracción	18
III.1.4 Programa de clemencia	19
III.2 Vía privada:.....	20
III.2.1 Reclamación de daños y perjuicios: La responsabilidad civil derivada de los ilícitos antitrust.....	20
III.2.1.1 Elementos estructurales de la responsabilidad civil.....	22
III.2.1.2 Aspectos procesales de la acción de reclamación de daños y perjuicios	24
III.2.1.3 Procedimiento judicial	26
III.2.1.4 Plazo para el ejercicio de acciones y cómputo.....	27
III.2.2 Procedimiento extrajudicial	27
BLOQUE II: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS	30
I. Introducción.....	30
II. Responsabilidad civil del administrador en la Ley de Sociedades.....	30
II.1 Incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador:	31
II.1.1 Deber de diligencia	32
II.1.2 Deber de lealtad.....	32
II.1.3 Acción social de responsabilidad	33
III. Responsabilidad penal del administrador	35
III.1 Regulación del Código Penal de 1995 antes de la reforma del 2015.....	35
III.2 Regulación del Código Penal de 1995 tras la reforma del 2015	37
III.3 Ley mas favorable al reo: falseamiento de cuentas y apropiación indebida	38
BLOQUE III: ARRENDAMIENTO FINANCIERO	39
I. Introducción	39
II. Calificación del contrato: <i>Lease-back</i>	40
III. Cláusulas usurarias.....	43
IV. Acciones del arrendador	44
Conclusiones	45
Bibliografía	47
Apéndice legislativo y documentos sin carácter normativo	49
Apéndice jurisprudencial y resoluciones	50

Abreviaturas

AA. VV.: Autores varios.
Art.: Artículo.
BOE: Boletín Oficial del Estado.
CC: Código Civil.
CE: Constitución Española.
Cfr: Confrontar.
CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
Coord.: Coordinador.
CP: Código Penal.
DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.
Ed.: Edición.
LDC: Ley de Defensa de la Competencia.
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
Op. cit.: *Opus citatum* (Obra citada).
REC: Red Europea de Competencia.
SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJPI : Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TRLSC: Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Supuesto de hecho

Miguel F., Carlos. H. y Fernando S. son administradores de tres importantes compañías dedicadas al diseño, fabricación y venta de elementos de transporte – a saber MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España, respectivamente –. Sus principales productos son los camiones rígidos y las cabezas tractoras consideradas como camiones medianos o pesados. Las compañías administradas ostentan, en conjunto, una cuota cercana al 80% del mercado europeo de camiones y tienen todas ellas, domicilio social en territorio español. Desde el año 1990, y con frecuencia de varias veces al año, los tres vicepresidentes se reúnen en el Campo de Golf de La Herrería (Madrid) con el pretexto de pasar un fin de semana de golf en uno de los mejores campos de España, pues los tres son grandes aficionados al mismo y su puesto de trabajo les exige encontrar alguna vía de escape. Si bien esas reuniones se limitaban única y exclusivamente al ocio, allá por el año 1997 la orientación de la mismas comenzó a cambiar. Durante al menos 6 horas las puertas de la sala de reuniones del hotel donde se venían hospedando desde que empezaron a visitar La Herrería permanecían cerradas en una reunión, donde, además de los tres administradores citados, participaban otros administradores de empresas componentes de los distintos grupos empresariales.

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

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

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

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

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

conforman la información contable fueron debidamente aprobados por la Junta General de Accionistas en tiempo y forma.

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

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

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

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

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

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

Durante los primeros meses, TRANSLOGIC paga en tiempo y forma las cuotas establecidas. Sin embargo, tras hacer efectivas las 15 primeras cuotas, deja de cumplir su obligación. Ante esta situación, SEUDBANK SA instó procedimiento ejecutivo sobre el que recayó sentencia el 20 de diciembre de 2017 pero no consta que en dicho pleito se hiciera efectiva la deuda.

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

Introducción

El presente trabajo de fin de grado trata, principalmente, del Derecho de la Competencia, si bien se conocerá de otras materias como la responsabilidad de los administradores o el arrendamiento financiero. Por ello, hemos decidido estructurar el trabajo en los siguientes bloques:

Un primer bloque donde el tema central es el derecho de la competencia y en concreto, la práctica antitrust de cártel. Se analizará un caso muy similar a un reciente cártel europeo de fabricantes de camiones, siendo este asunto muy llamativo para su estudio ya que, además de constituir el caso de fijación de precios con la multa más alta de la historia en la Unión Europea, los camiones son un medio clave en Europa y su competitividad depende de los precios de los vehículos utilizados por los transportistas. En consecuencia, el transporte de mercancías es esencial para el mercado único y para su buen funcionamiento, afectando, por tanto, a una parte importante de la economía.

Por todo ello, este caso es un claro ejemplo del alcance de estas prácticas, de cómo afectan al correcto funcionamiento del mercado, de los perjuicios causados tanto a los transportistas como a los consumidores y su capacidad de traspasar fronteras en este actual contexto de globalización. Además, este asunto permite comprobar las dificultades que se presentan a la hora de reclamar las indemnizaciones derivadas de estas prácticas y cómo las recientes medidas establecidas ayudan a facilitar el proceso.

La actualidad, tanto del derecho de la competencia en general, como de este cártel de camiones en concreto, es otro de los factores que hacen que este caso sea interesante, para, en las siguientes páginas, ser analizado. Testigo de ello son los múltiples titulares que tienen como protagonista a este cártel de camiones: “*Sanción millonaria a los camiones por cártel*” (El mundo, 2017) o “*Los juzgados gallegos reciben las primeras demandas contra el cartel de camiones*” (La Voz de Galicia, 2018)¹.

Como manifiesta Margrethe Vestager, comisaria europea de la Competencia: “*No es aceptable que los fabricantes, que en conjunto representan alrededor de 9 de cada 10 camiones medianos y pesados producidos en Europa, fueran parte de un cártel en lugar de competir entre sí. Durante 14 años se confabularon sobre los precios. Este es también un mensaje claro para las empresas de que los cárteles no son aceptados*”.

Por tanto, ha sido la importancia de las consecuencias de estas prácticas *antitrust* en el mercado y su actualidad, los puntos clave de motivación para la elección de este trabajo.

¹ “*Multa récord a cinco fabricantes de camiones*” (El Periodico 2016), “*Las primeras sentencias en España sobre el cártel europeo de camiones tendrán lugar este año* (Europa Press, 2018), “*La Justicia ve un sobreprecio debido al cártel de camiones*” (El Economista, 2018), “*Los afectados por el cártel de camiones podrán recuperar hasta un 35% del coste de sus vehículos*” (ABC, 2018), “*Los afectados por el cártel de camiones tienen 5 años para reclamar*” (El país Economía, 2018),

En el segundo bloque, se analizará la importancia de la figura del administrador y sus competencias dentro de la sociedad, el peso de sus actos en ella y, en consecuencia, la capacidad de causar grandes perjuicios tanto a la entidad, como a sus socios como incluso a terceros. Por ello se estudiarán los deberes inherentes al cargo de administrador, la responsabilidad civil derivada de su incumplimientos así como la posible responsabilidad penal.

Un tercer bloque dedicado al arrendamiento financiero, donde, en concreto, se analizará una de sus modalidades, el *lease-back*. A pesar de ser una figura atípica en nuestro ordenamiento, es una operación muy frecuente, por lo que se estudiarán sus características, peculiaridades, sus objetivos, implicaciones así como diversos conflictos que puedan surgir derivados de su uso. Además, se analizará la posible aplicación de la Ley de Usura a este tipo de figuras, entre otras cuestiones.

BLOQUE I: EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA

I. Consideraciones previas sobre el derecho *antitrust*

En España, al igual que en la Unión Europea, rige un sistema de economía de mercado, esto es, un sistema basado en la libre competencia. Pero este planteamiento por la economía y la ordenación del mercado no ha existido siempre. La idea de que cualquiera puede operar en el mercado, se hizo realidad tras el triunfo del liberalismo con la Revolución francesa². Actualmente, se considera que la economía de mercado basada en la libre competencia es el sistema más eficiente para la asignación de los recursos, su aprovechamiento y para el crecimiento económico. La propia evolución del mercado, la globalización, la Unión Europea y con ella, la constitución de un mercado común, han dado un giro a los fundamentos esenciales del derecho a la libre competencia, ya que históricamente, se han situado más como un conjunto de medidas parciales y puntuales que no siempre han tenido una visión de conjunto³. Además, la política de competencia debe de ser un fuerte aliado, sobre todo en época de crisis, para eliminar los obstáculos que limitan el desarrollo natural del mercado y perjudican a los agentes económicos mas débiles: pymes y consumidores⁴.

A nivel europeo, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea desde sus orígenes ha contenido referencias a la competencia y a las conductas que se consideraban que podían afectar negativamente a la libertad de empresa. Pero el logro de estos objetivos requiere de una regulación específica que controle y asegure la libre competencia en el mercado. Esto es lo que tradicionalmente se contenía en los artículos 81 y siguientes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que han permanecido prácticamente invariables en el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)⁵.

A nivel interno, el derecho a la libre competencia se encuentra protegido al mas alto nivel mediante el reconocimiento, en la Constitución Española de 1978⁶ (en adelante CE), en su artículo 38, de “*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”, con las garantías que ello supone. Además, el núcleo central de la regulación de la defensa de la competencia a nivel interno se encuentra en La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC)⁷. Por todo ello, esta legislación protectora de la competencia incorpora el derecho y la obligación de competir, prohibiendo restringir o limitar la competencia con otros competidores, con el fin de alcanzar precios mejores, productos y servicios de mayor calidad, un superior desarrollo técnico y, por lo tanto, más productividad y competitividad de las empresas⁸. Además, implica, por un lado, el libre acceso al mercado de todo operador económico que quiera integrarse en el, y por otro, que

² BROSETA PONT,M. y MARTÍNEZ SANZ,F. *Manual de derecho mercantil*, volumen I. 24ª Edición. Madrid: Tecnos, 2017, p.195.

³ PASCUAL Y VICENTE, J. *Mercado, competencia y Estado*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales,2013.

⁴BERENGUER FUSTER.L.,GINER PARREÑO.C.A.,ROBLES MARTÍN-LABORD.A. *La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia*. Madrid:Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.

⁵ DOUE, núm.202, de 7 de junio de 2016.

⁶ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁷ BOE núm. 159, de 04/07/2007.

⁸ CNMC.Conductas anticompetitivas. En *Web de la CNMC*. [Consulta: 11 abril 2018]. Disponible en:<https://bit.ly/215b04Y>

estos sujetos operen en el mercado bajo las mismas reglas y de manera autónoma. Lo que se consigue con todo ello es que el empresario haga un esfuerzo continuo por mantener la competitividad de sus empresas, por mantener y/o captar clientela, y que se preocupe por tanto de crear ventajas en las prestaciones objeto de su actividad, porque si no lo hacen perderán clientela e incluso podría llegar a desaparecer. Como consecuencia de todo lo expuesto, uno de los mayores enemigos del sistema competitivo son las propias empresas, que buscan llegar a acuerdos para eliminar la competencia entre ellas o para reducirla. Este fenómeno provoca el nacimiento de las llamadas prácticas restrictivas de la competencia⁹.

Y son precisamente estas conductas restrictivas de la competencia el núcleo central del caso que nos ocupa. MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España son tres fabricantes de elementos de transporte que llevan a cabo entre ellos acuerdos de fijaciones de precios, en concreto, los precios brutos de las diferentes configuraciones y versiones de los camiones que fabrican. Además, estos fabricantes también llevan a cabo acuerdos de precios con sus empresas distribuidoras.

II. Práctica colusoria: fijación de precios

Una vez expuesto en que consiste y que implica el derecho a la libre competencia, analizaremos los hechos descritos, calificando la conducta llevada a cabo, así como sus efectos y consecuencias jurídicas.

La Ley de Defensa de la Competencia es una norma que contiene su propia tipificación de aquellas conductas o actividades que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación. En concreto, recoge las siguientes conductas prohibidas: conductas colusoria, abusos de una posición dominante en el mercado o falseamiento de la libre competencia por actos desleales¹⁰. Atendiendo al presente caso, estudiaremos en que consisten las conductas colusorias y si los hechos descritos anteriormente pueden calificarse dentro de estas.

El concepto de conductas colusorias se recoge en el artículo 101.1 del TFUE, donde se prohíben “*todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior*”. Estas conductas colusorias constituyen la práctica restrictiva de la competencia más perjudicial para el correcto funcionamiento del mercado y el bienestar general de los consumidores. Por ello, y para facilitar su análisis, tomaremos como base la estructura del propio artículo, describiendo los diferentes elementos de la prohibición¹¹:

a) Las prácticas colusorias (Acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas): El elemento común de todas estas figuras es la existencia de un verdadero concierto de voluntades entre dos o más empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, independientemente de que se plasme por escrito, que figure en un

⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. *Apuntes de derecho mercantil: Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p.319.

¹⁰ CAMPUZANO, A.B., PALOMAR OLMEDA, A. y CALDERÓN, C. *El derecho de la competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p.68.

¹¹ SOTO PINEDA, J.A. *Vías de aplicación del derecho de la competencia*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2012, p.45.

documento público o privado. Por lo tanto, para encontrarnos ante una práctica colusoria es necesaria la concurrencia de dos requisitos¹²: por un lado, un concierto de voluntades como expresión de la autonomía privada, y por otro lado, que tal concierto de voluntades tenga lugar entre dos o más empresas. Así el Tribunal Supremo¹³ expone, “*como es sabido, dicho precepto (art.1 LDC) es aplicable exclusivamente a los acuerdos bilaterales o plurilaterales pero no a las decisiones que cualquiera que sea su denominación legal o formal, sean adoptadas por un solo sujeto*”. Por lo tanto, el grupo de empresas es considerado, a efectos del Derecho *antitrust*, una sola empresa¹⁴ (Caso Akzo Nobel)¹⁵.

Dentro de las prácticas colusorias, podríamos encontrarnos tanto ante acuerdos entre empresas como ante prácticas concertadas. Acudiendo a la Decisión de la Comisión¹⁶, sobre el reciente cártel de camiones con características análogas al presente caso, esta determina que existen tanto acuerdos como prácticas concertadas, ya que el límite entre ambas es meramente formal.

En cuanto a los acuerdos entre empresas, son aquellos pactos verbales o escritos mediante los cuales varios operadores económicos acuerdan una determinada conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia. La calificación de acuerdos entre empresas dentro de los establecidos en el art. 101.1 del TFUE debe basarse en la efectiva presencia, directa o indirecta, del elemento subjetivo propio del concepto de acuerdo entre agentes económicos sobre la implantación de una política, la búsqueda de un propósito, la consecución de un fin o el establecimiento de un comportamiento determinado en el mercado¹⁷. En cuanto a las prácticas concertadas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁸, en el famoso caso del cártel de la industria europea del azúcar las, define como una forma de coordinación entre empresas que, sin llevar a cabo un acuerdo propiamente dicho y mediante una cooperación práctica y conciente entre ellas, sustituyen los riesgos de la competencia, provocando condiciones de competencia que no pueden ser explicadas por un funcionamiento normal del mercado. Según autores como Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano¹⁹, lo importante para que exista este tipo de acuerdos es que la actuación de varias empresas en el mercado ponga de manifiesto que tal actuación no puede ser explicada sin una coordinación consciente entre las empresas implicadas, es decir, el comportamiento de las empresas en el mercado sería inexplicable si no existiese algún tipo de acuerdo entre ellas. Así el Tribunal Supremo²⁰ se manifiesta en este sentido exponiendo que, “*el hecho relevante está determinado por el incremento simultáneo de las tarifas, que implica la fijación de precio idénticos en determinadas rutas y tarifas, por las Compañías Iberia, Spanair y Air España, que evidencia*

¹² CURTO POLO, M.M. “Prohibición de las conductas colusorias”, en AA, VV, *Manual Práctico de Derecho de la Competencia* (CARBAJO, CASCÓN, F., Coord). Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.99.

¹³ STS de 19 de junio de 2007 (RJ 2007, 5266).

¹⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. *Apuntes de derecho mercantil: Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial, op.cit.*, p. 344.

¹⁵ TJCE, de 10 septiembre de 2009 (TJCE 2009\274).

¹⁶ Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (2017/C 108/05).

¹⁷ SJPI de 26 octubre de 2000 (TJCE 2000\257).

¹⁸ STJUE, de 16 diciembre 1975 (JUR 2018\16898).

¹⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de derecho mercantil: Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial, op.cit.*, p.346.

²⁰ STS ,de 20 enero 2007 (RJ 2007\790).

(...) *la existencia de un acuerdo de voluntades, al no poder deducir que responda al designio unilateral de cada Compañía aérea*".

b) Que tengan por objeto o efecto: Para que una práctica colusoria entre empresas se encuentre dentro de la prohibición regulada en el art. 101.1 TFUE es suficiente que tenga por objeto la restricción de competencia, sin que sea necesario que se produzca una efectiva lesión. Es decir, no importa si la motivación o el objeto de las partes sea o no infringir consciente y voluntariamente la ley de defensa de la competencia, ya que llega con que pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsearla²¹.

c) Impedir, restringir o falsear la competencia: Cuando las empresas ven modificada su autonomía, y como consecuencia, su capacidad de decisión, se está lesionando el funcionamiento normal de un mercado competitivo. El art. 101 TFUE describe estas lesiones como impedimento, restricción o falseamiento, con lo que manifiesta distintos niveles de daño a la competencia, aunque el término restricción es utilizado para englobar todos los demás, teniendo que producir, además, efectos sensibles²². En este punto hay que tener en cuenta la distinción entre restricción de la competencia subjetiva y objetiva. Una restricción de la competencia subjetiva conlleva la realización de un comportamiento limitativo de la competencia por parte de un sujeto determinado. Sin embargo, la restricción de la competencia objetiva implica la limitación de la competencia en el mercado. Esta diferencia es importante porque lo que castiga tanto la ley española de defensa de la competencia como el TFUE, son las restricciones objetivas de la competencia, por lo tanto, las que afectan al nivel competitivo del mercado, protegiendo la competencia efectiva²³.

En relación a este tema, es importante tener en cuenta tres excepciones²⁴: en primer lugar, los llamados acuerdos de importancia menor, los cuales, cumpliendo una serie de requisitos, serán excluidos de la aplicación del artículo 101.1 del TFUE, de acuerdo con la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación *de minimis*)²⁵. En segundo lugar, las llamadas restricciones accesorias (*ancillary restrictions*), aquellas restricciones a la competencia que son necesarias para la realización de una operación lícita y en tercer y último lugar, se admiten determinadas restricciones a la competencia que aseguran el funcionamiento del mercado.

d) Que sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros: según la Comunicación de la Comisión Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado²⁶, esta condición de producir un efecto en el comercio "*entre los Estados miembros*" significa que debe haber un impacto en la actividad económica transfronteriza, haciendo referencia tanto al comercio de productos, servicios, establecimiento así como a los supuestos en los que los acuerdos o prácticas afectan a la estructura de la competencia en el mercado.

²¹ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de derecho mercantil*, op.cit., p.172.

²² CURTO POLO, M.M. "Prohibición de las conductas colusorias", op.cit., p.114.

²³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de derecho mercantil: Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, op.cit., p.354.

²⁴ CURTO POLO, M.M. "Prohibición de las conductas colusorias", op.cit., p.115.

²⁵ DOUE C 291 de 30.8.2014.

²⁶ DOUE, C 101 de 27/04/2004.

e) En el Mercado interior: Se hace referencia, por tanto que, basta con que el acuerdo o la práctica tenga efectos en el Mercado Común para que se aplique el art. 101 TFUE.

En cuanto al ámbito nacional, el artículo 1.1 LDC, define práctica colusoria como “*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*”.

La regulación interna del derecho de la competencia va de la mano de la comunitaria, por lo que comparte todos los aspectos sustantivos anteriormente comentados. Por este motivo, destacaremos a continuación los aspectos de la regulación interna mas relevantes:

- a) En cuanto al concepto de práctica colusoria, únicamente se plantea como especialidad el concepto de conducta conscientemente paralela, que no está contemplada en la normativa comunitaria, aunque la opinión mayoritaria considera que estas se encuentran incluidas dentro del concepto de práctica concertada.
- b) Por otro lado, el art. 5 LDC recoge la inaplicación de este artículo 1 (y del art. 2 y 3) a los acuerdos de menor importancia. Esta norma esta desarrollada en los artículo 1 al 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el RD 261/2008 de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia²⁷.
- c) Por último, también establece la posibilidad de que ciertas conductas prohibidas queden exentas por los efectos beneficiosos que producen para la competencia en el mercado. Estas son: las conductas exentas por Ley (art. 4 LDC) y las conductas exentas por cumplir los requisitos del art. 1.3 LDC (art. 101.3TFUE).

En este caso, los acuerdos llevados a cabo, mediante sucesivas reuniones, entre las empresas fabricantes protagonistas de los hechos descritos, son acuerdos plenamente voluntarios y conscientes, que no pretendían obligar jurídicamente a las partes, ya que el mecanismo era poner en disposición del resto de fabricantes un configurador para conocer los precios fijados, sin revestir por tanto, la forma de contrato o convenio con efectos jurídicos. Es decir, no eran acuerdos exigibles ante los tribunales si no acuerdos en los que lo que se comprometía era la palabra o la credibilidad de quienes lo pactaban, los llamados “pactos entre caballeros” (*gentlemen’s agreements*), que no generan obligaciones jurídicas, sino morales²⁸, afectando notablemente al mercado europeo. Así se pronunció, por ejemplo, el TJUE en 2016 sobre el asunto Toshiba Corporation²⁹.

Una vez estudiado el concepto de conducta colusoria y el encaje de los hechos descritos dentro de estas, hay que tener en cuenta que tanto el art.101.1 TFUE como el artículo 1.1 LDC incluyen una enumeración ejemplificativa de las colusiones prohibidas mas frecuentes o más graves, aunque hay que tener en cuenta que no es una enumeración exhaustiva, por lo que pueden producirse colusiones restrictivas de la competencia no incluidas en esta enumeración legal. En este caso se lleva a cabo una fijación de los precios brutos de los camiones, por lo que se encuadra dentro del supuesto contemplado en el artículo 1.1.a LDC

²⁷ BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008.

²⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de derecho mercantil: Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial, op.cit.*, p.345.

²⁹ TJUE, sentencia de 20 enero 2016(TJCE 2016\11).

y el artículo 101.1.a TFUE que regulan aquellas conductas que consisten en “*la fijación, de forma directa o indirecta, de precios*”.

A continuación, se llevará a cabo un análisis tanto de las restricciones horizontales, como verticales de la competencia descritos anteriormente.

II.1 Restricción horizontal: cártel

Se consideran acuerdos horizontales aquellos en los que las empresas implicadas ofrecen en el mercado el mismo tipo de producto y se encuentran en el mismo escalón de la cadena de producción y comercialización, convirtiéndose, por ello, en competidores directos³⁰. De entre las restricciones horizontales es común su distinción entre los llamados cárteles o acuerdos de restricción horizontal y los acuerdos de cooperación horizontal. En nuestro caso nos centraremos en el concepto de cártel, sus particularidades así como en la clase de cártel ante el que nos encontramos.

De acuerdo con la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel³¹, los cárteles son acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en “*coordinar su comportamiento anticompetitivo 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, (...)*”. Es decir, un cártel es un acuerdo horizontal que tiene por objeto la restricción de la competencia, interpretando “*acuerdo*” en un sentido amplio, incluyendo otro tipo de conductas igualmente prohibidas por el art. 101.1 TFUE y el art.1.1 LDC. A nivel nacional esta definición de cartel se encuentra recogida en la Disposición Adicional Cuarta, apartado segundo de la LDC. Además, la CNMC³² define el cártel entre empresas como “*la actividad que consista en coordinar el comportamiento de una empresa en el mercado o influir en los parámetros de competencia a través de conductas tales como la fijación, directa o indirecta, de precios (...)*”.

La importancia de la prohibición de los cárteles la expresa claramente las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE (antiguo apartado 3 del artículo 81 del TCE)³³, cuando manifiestan que los acuerdos de fijación de precios provocan, por una parte, un aumento en los precios que fracturan el funcionamiento natural del mercado y a su vez deriva en una inadecuada asignación de los recursos, y por otro, un perjuicio en los consumidores que pagarán precios superiores por estos bienes.

El cártel es el tipo de conducta prohibida prioritaria en el derecho competencia, por eso su normativa ha ido evolucionando para favorecer su detección y la eliminación de este tipo de acuerdos en el mercado, siendo las inspecciones domiciliarias y el programa de clemencia dos de las herramientas claves para su descubrimiento³⁴.

³⁰ CURTO POLO, M.M. “Prohibición de las conductas colusorias” *op.cit.*, p.130.

³¹ DOUE, C 298, de 8/12/2006.

³² ESTEBAN, A. ¿Qué es un cártel?. En : *CNMC Blog*. 19 febrero de 2016 [consulta 01-03-2018]. Disponible en: <https://blog.cnmc.es/2016/02/19/que-es-un-cartel/>

³³ DOUE, C 101, de 27/04/2004.

³⁴ IRÁCULIS ARREGUI, N. La lucha óptima contra los cárteles: expresión en el transporte de mercancías por carretera En *Revista de Derecho de la Competencia y de la distribución*. Madrid: Wolters Kluwer, 2014, nº 14, pp.71-98.

Después de estudiar los hechos ocurridos, no hay duda que nos entramos ante un cártel (tres fabricantes de elementos de transportes que son competidores directos) que puede clasificarse dentro de las prácticas de fijación de precios, expresamente prohibidas en el art. 101.1 a) TFUE y art. 1.1.a) LDC. El precio es uno de los factores fundamentales de la competencia, por eso constituye una de las lesiones más graves en la normativa *antitrust*, como establece el art. 62.4 de la LDC, tipificando los cárteles como infracciones muy graves. Por eso, aunque durante la explicación de las prácticas prohibidas se exigía que la restricción a la competencia fuese sensible, los principales tipos de cártel han sido expresamente excluidos de la calificación de acuerdos de importancia menor, como manifiesta el punto 11.1) de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de importancia menor así como al artículo 2.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, debido a su efecto dañino a la libre competencia las conductas de fijación de precios. La práctica comunitaria determina que no es necesario que haya un acuerdo explícito de fijación de precios para entender que hay una práctica prohibida, ya que en ciertas ocasiones no existe otra explicación razonable a la fijación de los mismos precios por parte de empresas competidoras³⁵. En los últimos tiempos, la autoridad nacional de competencia ha centrado especial atención a los acuerdos de fijación de precios, persiguiéndolos y sancionándolos. De este modo, son múltiples los casos españoles de cárteles (como el cartel gallego de concesionarios desde 2011 a 2013 castigado por la CNMC)³⁶.

II.2 Restricción vertical

Como se expuso anteriormente, también los propios fabricantes y sus empresas distribuidoras llevaban a cabo acuerdos de fijación de precios. Este tipo de acuerdos pueden tener, igualmente, importantes efectos negativos para la competencia. Es por este motivo por lo que las prohibiciones de fijación de precios y de otras cláusulas contractuales también hacen referencia a los acuerdos entre empresas no competidoras, y por lo tanto, situadas en escalones distintos de la cadena de producción y/o distribución, que son los llamado acuerdos verticales³⁷. El Tribunal de Defensa de la Competencia³⁸, en relación a este tema, declara que los acuerdos verticales están prohibidos ya que, al impedir que el distribuidor fije libremente su política de precios, restringe la competencia. La definición de acuerdo vertical se encuentra recogida en el art.1.1 a) del Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas³⁹, definiéndolas como “*los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios*”. Este reglamento, en base al art.101.3 del TFUE, declara exenta la aplicación del artículo 101.a del TFUE a ciertos acuerdos verticales que cumplan

³⁵ CURTO POLO, M.M. “Prohibición de las conductas colusorias”, *op.cit.*, p.134.

³⁶ Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de marzo (AC 2016\1436).

³⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de derecho mercantil: Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial, op.cit.*, p.342.

³⁸ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 marzo 1998 (AC 1998\3780).

³⁹ DOUE núm. 102, de 23 de abril de 2010.

una serie de condiciones⁴⁰. Pero atendiendo al presente caso, hay que acudir a su artículo cuarto, donde se recogen un conjunto de cláusulas especialmente restrictivas de la competencia que determinan la inaplicación de la exención al acuerdo vertical, en concreto en su apartado a) declara exentos los acuerdos verticales que restrinjan la capacidad del comprador de fijar un precio de compra. El Tribunal de Defensa de la Competencia⁴¹ establece que *“la fijación de precios, tanto horizontal como vertical constituye una de las infracciones más graves de las normas de la competencia, cualquiera que sea el sistema por el que se impida, o al menos se dificulte (...)”*. Además, no es suficiente con que no se cumplan los requisitos del Reglamento por exenciones por categorías, ya que al analizar la posible restricción vertical a la competencia es fundamental poder llegar a la conclusión de que la restricción afecte o pueda afectar a la competencia en el mercado en sentido objetivo para poder aplicar el artículo 101 TFUE⁴².

Lo anterior expuesto lo reflejan perfectamente las palabras del Tribunal de Defensa de la Competencia en 2007⁴³, que declara, *“aunque los acuerdos expresados no hayan sido adoptados entre competidores, constituyen conductas prohibidas al tratarse de acuerdos verticales, cuyo objeto y efecto es la fijación de precios mínimos de venta al público. Los acuerdos verticales, en principio, se encuentran exentos (...) por razón de que generalmente carecen de importancia significativa para afectar a la competencia o, en algunos casos, pueden conducir a la mejora en la producción o distribución. Esta exención no se aplica, sin embargo, a los acuerdos verticales que ocasionan restricciones especialmente graves a la libre competencia, entre los que se encuentran aquellos que producen la restricción al comprador para determinar el precio de venta al público (...)”*.

Por lo tanto, con carácter general, se considera que un acuerdo en el que el proveedor pretende fijar el precio al que el distribuidor puede vender el producto tiene importantes efectos restrictivos. Pero sin embargo, hay que diferenciar los casos en los que la fijación del precio por parte del proveedor está justificada⁴⁴, por lo que se mantiene la prohibición de precios fijos y mínimos pero autoriza los precios máximos y los recomendados, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes. Además, las Directrices Relativas a las Restricciones Verticales⁴⁵ reflejan un tratamiento menos restrictivo a la hora de valorar las eficiencias del mantenimiento del precio de reventa, reconociendo que este tipo de acuerdos pueden generar beneficios en el mercado que compensen una menor competencia. Por ello, la comisión determina una serie de situaciones concretas en las que sería favorable conceder una exención⁴⁶. En este mismo sentido, las Directrices sobre las restricciones verticales manifiestan la necesidad de analizar cada caso de distribución concreto así la posición de mercado del proveedor, el alcance y la duración de la obligación de no competencia. Por ello, analizando este caso, los fabricantes establecen un precio de venta fijo a los distribuidores a cambio de una serie de remuneraciones, por lo tanto, se imponía un precio

⁴⁰ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 29 diciembre 1999(AC 1999\8116).

⁴¹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 febrero de 1997 (AC 1997\891).

⁴² Resolución Comisión Nacional de la Competencia de 27 noviembre de 2008 (AC 2008\2134).

⁴³ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 junio del 2007 (AC 2007\970).

⁴⁴ STJCE de 28 de enero de 1986(TJCE 1986\34).

⁴⁵ DOUE, C 130 de 19.5.2010.

⁴⁶ QUINTÁNS-EIRAS, M.R. Revisión de las normas de competencia sobre acuerdos verticales y prácticas concertadas En *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. Madrid: Marcial Pons, 2009-2010, tomo 30, p.539-552.

de venta a cambio de unos incentivos, sin que se derive de ello beneficios para los consumidores. Son muy oportunas las palabras del Tribunal de Defensa de la competencia en el caso Sos-Cuétara⁴⁷: “*las restricciones de fijación de precios establecidos mediante acuerdos verticales, no sólo ha declarado sancionable la conducta de los distribuidores que preparan los acuerdos, sino también considera que las partes que los admiten son responsables de dicha conducta anticompetitiva al haber aceptado consciente y voluntariamente los precios y condiciones propuestos, renunciando de esta manera a sus respectivas políticas comerciales individuales*”.

III. Protección de la competencia

Existen dos vías de protección de la competencia: una protección pública y una protección privada. La protección pública de la competencia implica la defensa del derecho a la libre competencia por parte de un organismo gubernamental o administrativo. Sin embargo, la protección privada del derecho de la competencia, hace referencia a la aplicación de las normas sobre la competencia por parte de las empresas en sus relaciones privadas, y por lo tanto, ante los litigios ante el juez civil o de Derecho privado⁴⁸. Es interesante en este punto determinar una serie de criterios que diferencian ambos sistemas⁴⁹:

El primero de ellos, la naturaleza de la autoridad competente: la protección pública de la competencia corresponde a las autoridades administrativas o a órganos jurisdiccionales con condición de autoridades de competencia. Por el contrario, de la protección privada se encargan los jueces nacionales.

El segundo criterio, los fines perseguidos: el sistema público tienen como misión la protección del interés general (orden público económico) y al restablecimiento de las condiciones de libre competencia en el mercado, mientras que el sistema privado busca proteger los derechos de los particulares perjudicados por la conducta anticompetitiva.

El tercer y último criterio, los procedimientos o medios: el sistema público, impone las sanciones de naturaleza administrativa establecidas en el Reglamento (CE) N°1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en adelante Reglamento 1/2003)⁵⁰ o en la LDC o, en algunos caso, sanciones penales. Sin embargo, el sistema privado se limita a declarar la responsabilidad civil de los infractores de las actuaciones anticompetitiva y a declarar la nulidad de estas disposiciones.

Para resolver de la mejor manera posible el problema planteado, se acudirá en primer lugar a la vía administrativa, para a continuación, acudir a la vía civil, justificando dicha elección en los siguientes apartados, profundizando en ambas vías y analizando que consigue Cayetana en cada una de ellas.

⁴⁷Resolución Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 junio 2007 (AC 2007\970).

⁴⁸ 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). Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.256.

⁴⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de derecho mercantil: Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial, op.cit.*, p.377.

⁵⁰ DOUE, L 123 de 27.4.2004.

III.1 Vía pública:

III.1.1 Órganos: la Comisión Europea y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La comisión de la Unión Europea será la encargada de aplicar las normas de competencia de la UE, junto con las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros⁵¹. De esta forma se crea un sistema de competencias denominado "Red Europea de Competencia" (REC), en el que la Comisión y las autoridades de competencia de cada Estado miembro tienen potestad para aplicar la normativa de la competencia, siendo necesario, por tanto, la fijación de normas de cooperación entre las distintas autoridades de la competencia y entre los órganos jurisdiccionales nacionales⁵².

A partir del 1 de mayo de 2004, con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 se lleva a cabo un proceso de descentralización, por lo que la Comisión, al contrario de lo que venía ocurriendo hasta ese momento, se ocupa únicamente de algunos aspectos esenciales del control administrativo y sancionador, pasando el control y aplicación del derecho europeo de la competencia a manos de las Autoridades Nacionales de la Competencia (ANC) siempre bajo el control de los tribunales nacionales que, en todo caso, pueden acudir por la vía prejudicial al Tribunal de Justicia⁵³. En concreto en España, será la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) la encargada de la aplicación pública del derecho de la competencia. Es un organismo público con personalidad jurídica propia, independiente del Gobierno y sometido al control parlamentario, que entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013 sustituyendo a la antigua Comisión Nacional de Competencia (CNC)⁵⁴. Sus funciones⁵⁵ aparecen recogidas en el Capítulo II de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante LCCNMC)⁵⁶ y el procedimiento de aplicación del Derecho europeo de la competencia en España se regula tanto en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia como en la Ley 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Para conocer la autoridad de la competencia adecuada en este cártel, acudiremos a la Comunicación de 2004 de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia⁵⁷, donde se establecen una serie de criterios para conocer cual es la autoridad mejor situada para conocer de uno determinado asunto. En este caso, como los fabricantes protagonistas cubrían el 80% del mercado europeo, tendremos que acudir al punto 14 de dicha Comunicación, donde se establece que la "*Comisión está particularmente bien situada cuando los acuerdos tienen efectos sobre más de tres Estados miembros*", por lo que en este caso será la comisión la encargada de conocer de las prácticas restrictivas de la competencia.

⁵¹DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA(Comisión europea). *Un mejor funcionamiento de los mercados:competencia*[En línea].Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la Unión europea,2014,p.3.[consulta 22 de mayo de 2018]. Disponible en:<https://bit.ly/2xFGFyg>

⁵²Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia(DOUE, C101 de 27.4.2004).

⁵³ORDÓÑEZ SOLÍS.D.“La aplicación pública del derecho de la competencia”, *op.cit.*,p.258.

⁵⁴ CNMC.Qué es la CNMC. En *Web de la CNMC*. [Consulta: 20 abril 2018]. Disponible en:<https://bit.ly/2kL81Kb>

⁵⁵ Cfr. Capítulo II de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Funciones de la CNMC.

⁵⁶ BOE núm. 134, de 05/06/2013.

⁵⁷ DOUE, C101 de 27.4.2004.

III.1.2 Procedimiento

Existen dos modos de dirigirse a la Comisión, el primero de ellos se lleva a cabo mediante la presentación de una denuncia (Art. 7.2 del Reglamento 1/2003) y el segundo modo, consiste simplemente en facilitar información sobre el mercado⁵⁸. En este caso, el cártel afecta directamente a Cayetana, por lo que cabe presentar una denuncia formal acreditando un interés legítimo⁵⁹ (Art.2 Reglamento 1/2003) debiendo cumplir una serie de requisitos recogidos en los artículos 5 a 9 del Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE⁶⁰. Este procedimiento de la Comisión en la tramitación de las denuncias consta de varias fases, reguladas en el apartado D), denominado “*Procedimientos de la Comisión en la tramitación de las denuncias*”, de 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 (actuales artículos 101 y 102 TFUE)⁶¹.

El plazo de prescripción para interponer dicha demanda será de 5 años, empezando a contar a partir del día en que se haya cometido la infracción. Sin embargo, cuando se trate de infracciones continuas o continuadas, como es el caso, la prescripción sólo comenzará a contar a partir del día en que haya finalizado la infracción (art. 25 apartados 1 y 2 Reglamento 1/2003). Por lo tanto Cayetana, no habiéndose agotado el plazo de prescripción, presentará una demanda solicitando a la Comisión que declare la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE.

III.1.3 Declaración y sanción administrativa de la infracción

Al concluir este procedimiento administrativo, la Comisión se encargará de decretar la existencia una conducta prohibida por el art. 101 del TFUE, así como de ponerle fin a dicha conducta mediante decisión, e incluso adoptar medidas cautelares en caso de urgencia justificada (Art.7 y 8 Reglamento 1/2003).

Además, la comisión posee la facultad sancionadora de estas conductas colusorias, como así lo expone el art. 23.2a) del Reglamento 1/2003 “*la Comisión, mediante decisión, podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia infrinjan las actuaciones prohibidas del 101 TFUE*”(Caso ArcelorMittal Luxembourg contra Comisión Europea)⁶². Las sanciones previstas para los sujetos infractores, cometiendo una infracción muy grave, como es el caso del cártel, se les impondrá una multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 23.2 del Reglamento n° 1/2003). Para la determinación de esta multa se tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, así como su duración, además de otros criterios establecidos en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2,

⁵⁸ 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.

⁵⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA(Comisión europea). *Un mejor funcionamiento de los mercados:competencia, op.cit.,p.12.*

⁶⁰ DOUE, L 123 de 27.4.2004.

⁶¹ DO C 101 de 27.4.2004.

⁶² STJUE, de 29 marzo de 2011(TJCE 2011\79).

letra a), del Reglamento (CE) n° 1/2003⁶³. A estas multas, hay que añadirle otras sanciones pecuniarias llamadas multas coercitivas y reguladas en el art. 24 Reglamento 1/2003, cuyo fin es lograr que los infractores cesen en la actividad anticompetitiva, suministren información solicitada por las autoridades de la competencia en el curso o previamente a la apertura del procedimiento, cumplir con una decisión de medidas cautelares, etc.

Respecto a este proceso de determinación de la multa por parte de las autoridades de la competencia, destaca el actual cártel de camiones anteriormente comentado, ya que ha constituido una multa record para un solo cártel en los 60 años de la UE según la declaración de la Comisión Europea⁶⁴, multando a las 6 compañías involucradas por un total de 3.800 millones de euros.

III.1.4 Programa de clemencia

El programa de clemencia es, sin duda, una de las mayores novedades que introdujo la Ley 15/2007. Se encuentra regulado en los artículos 65 y 66 LDC y en la disposición adicional cuarta de dicha ley. La razón de esta modificación legislativa, tanto a nivel comunitario como nacional, se encuentra en que en pocas ocasiones existen pruebas claras de que ha habido una fijación conjunta de precios, derivado del propio carácter secreto del cártel y del hecho de que en muchas ocasiones estas prácticas colusorias no se manifiestan mediante un acuerdo explícito, sino a través de prácticas más sofisticadas (colusión tácita) que producen los mismos efectos que la colusión expresa y cuya prueba exige un especial esfuerzo a las autoridades de competencia. Este programa consiste en la eximición por parte de la CNMC 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 la investigación. Pero este beneficio solo se aplicará a la primera persona o persona que denuncie el cártel, reduciendo el importe de la multa a aquellas empresas que, sin poder beneficiarse de la exención total, colaboren con la CNMC facilitando elementos de prueba significativos⁶⁵. En un comunicado de prensa de la Comisión Europea⁶⁶, la comisionada de competencia Neelie Kroes establece que "*Para erradicar los carteles, necesitamos fuertes sanciones para disuadirlos y una política de indulgencia eficiente que ofrezca incentivos para denunciarlos*". En relación a facilitar el material de prueba, la CNC⁶⁷ manifiesta, "*siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, las declaraciones efectuadas por directivos de las empresas del cártel con una participación directa en éste gozan de una especial eficacia probatoria (...)*".

Respecto al caso de cártel de camiones comentado anteriormente, según la Declaración 17/3509 de la Comisión Europea⁶⁸, fue el propio programa de clemencia la clave que ayudó a descubrirlo, ya que este sistema alentó a MAN a revelar el cártel a la comisión proporcionando suficientes pruebas para su investigación. Además, Volvo, Renault, Daimler e Iveco también cooperaron para reducir sus multas. Sin embargo, otro productor europeo de

⁶³ DO C 210 del 1 de septiembre del 2006.

⁶⁴ Declaración / 17/3509 de la Comisión Europea.

⁶⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de derecho mercantil: Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial, op.cit.*, p.329.

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA. *Competencia: la Comisión adopta una Comunicación de clemencia revisada para recompensar a las empresas que denuncian los carteles*. 7 de diciembre de 2006. (Consulta el 29 de abril del 2018). Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1705_en.htm?locale=en.

⁶⁷ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 marzo (AC 2013\2170).

⁶⁸ Declaración/17/3509 del Comisionado Vestager sobre multar a Scania por participar en el cartel de camiones de 27 de septiembre de 2017.

camiones, Scania, decidió no cooperar con la Comisión durante la investigación y, por lo tanto, no se benefició de ninguna reducción.

III.2 Vía privada:

III.2.1 Reclamación de daños y perjuicios: La responsabilidad civil derivada de los ilícitos *antitrust*

A lo largo de estos últimos años se ha llevado a cabo un proceso gradual de incorporación, junto con la Comisión y a las Autoridades Nacionales de Competencia, que eran las únicas autoridades que hasta el momento se encargaban de proteger el derecho de competencia, de los jueces nacionales en la aplicación de las normas relacionadas con el art 101 TFUE y 1 LDC. Este fenómeno se denomina aplicación judicial, aplicación privada o “*private enforcement*”.

En el 2014 fue adoptada la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, sobre las acciones privadas en daños derivados de infracciones al derecho de la competencia (en adelante Directiva 2014/104/UE)⁶⁹. Esta Directiva constituye un gran paso para afianzar esta protección privada de la competencia, ya que su objetivo es tanto incentivar la demanda por parte de los daños como hacer efectiva su compensación íntegra⁷⁰. Ya en la Comunicación de la Comisión de 2014⁷¹ en su punto 16 se establecen las ventajas de acudir a los órganos jurisdiccionales, entre las que destaca su competencia para conceder indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de las conductas antitrust. En mayo de 2017 se traspone al derecho español esta Directiva 2014/104/UE mediante el Real Decreto-Ley 9/2017 de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (en adelante RDL 9/2017)⁷².

Aunque hay que tener en cuenta que antes de esta transposición, la aplicación privada del Derecho de la competencia se ha protegido a través de procesos civiles sin ningún tipo de especialidad por tratarse de prácticas anticompetitivas. Esta regulación, siguiendo las reglas comunes del proceso civil extracontractual (artículo 1902 del Código Civil)⁷³, ha ocasionado numerosas dificultades en los procesos de reclamación de daños y perjuicios, lo que provocaba la desmotivación de los posibles demandantes⁷⁴.

El art.3 del RDL 9/2017, modifica la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia introduciendo un nuevo Título VI denominado “*De la compensación de los daños causados*”

⁶⁹ DOUE núm. 349, de 5 de diciembre de 2014.

⁷⁰ JIMÉNEZ SERRANÍA, V. The Directive on antitrust damage actions a critical review. En *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. Madrid: Marcial Pons, 2014-1015, tomo 35, p.113.

⁷¹ Comunicación de la Comisión del 2014 sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

⁷² BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017.

⁷³ BOE núm. 206, de 25/07/1889.

⁷⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F. Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: Apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de la Ley de transposición. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid: Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Vol. 9, N°1, 2017, p.126.

por las prácticas restrictivas de la competencia”. Esta regulación, contenida en los artículos 71 al 81, se aplicará en las acciones de daños derivadas de infracciones del Derecho de la competencia que se ejerciten en territorio español, con independencia de que la infracción hubiese sido declarada por la Comisión. Se incorpora a la legislación española, entre otras novedades, el denominado *‘passing-on’*, que constituye la excepción que puede oponer el demandado frente al demandante que ha trasladado todo o parte del daño sufrido a otras empresas intermedias y/o consumidores finales.

Los perjudicados por el cártel planteado son los compradores de los camiones de los fabricantes protagonistas de este caso. En esta situación se encuentra Translogic, empresa dedicada al transporte de mercancías, la cual ha adquirido de estos distribuidores camiones de más de 6 toneladas bajo una política de renovación de flota de 5 camiones cada 6 años, estando formada su flota por 25 camiones. A continuación, se analizará los derechos que tiene Translogic en relación a los daños y perjuicios sufridos por estos acuerdos anticompetitivos.

En primer lugar, habrá que determinar la norma aplicable, ya que el cártel tiene lugar antes de la transposición de la Directiva 2014 /104/UE, por lo que cabría plantearse acudir por la antigua vía civil extrajudicial común o por el nuevo procedimiento del Real Decreto-Ley 9/2017. Sin embargo, y siguiendo la declaración de la Comisión en el caso del Cártel actual⁷⁵, el plazo de prescripción para presentar esta acción de reclamación comenzaría a contar desde la resolución de la Comisión decretando el cártel en respuesta a la denuncia previa presentada ante este órgano. Como dicha declaración se produciría después de la entrada en vigor de este Decreto-Ley de 2017, si se podría aplicar al presente caso.

Una vez esclarecida esta cuestión, habrá que acudir al título VI de la LDC de la compensación de los daños causados por estas prácticas restrictivas. El motivo de la incorporación de este nuevo título lo explica claramente el Tribunal Supremo⁷⁶ cuando manifiesta: *“Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a (...) contrarrestar los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena en la vía civil al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras. Se pretende (...) que las empresas infractoras no sólo sufran la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta”*. De este modo, el derecho a solicitar la reparación del daño causado constituye un mecanismo para reducir los acuerdos que restringen el juego de la competencia. Así lo expone también el Tribunal de las Comunidades Europeas⁷⁷, cuando afirma que estas acciones civiles pueden ayudar considerablemente al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado europeo.

Por lo tanto, el fundamento de esta responsabilidad civil es el incumplimiento de las normas de competencia, entendiendo por normas de la competencia toda infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE o del Derecho nacional en materia de competencia, como así contempla el art 71.2 a) de la LDC. En cuanto a la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, no existe duda de que posee un carácter extracontractual o ex lege, ya que aunque entre los

⁷⁵Declaración/17/3509 del Comisionado Vestager sobre multar a Scania por participar en el cartel de camiones de 27 de septiembre de 2017.

⁷⁶ STS del 9 febrero de 2015 (RJ 2015\1626).

⁷⁷ STJCE, de 13 julio 2006(TJCE 2006\204).

distribuidores infractores y Translogic existe un vínculo comercial a través de sus contratos de *leasing*, en este caso Translogic alega el incumplimiento de las normas de libre competencia y como consecuencia, los perjuicios sufridos, no el incumplimiento de obligaciones del contrato. El pilar de esta responsabilidad civil es encuentra en el derecho al pleno resarcimiento de “*cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia*” recogido en el art. 72.1 de la LDC.

III.2.1.1 Elementos estructurales de la responsabilidad civil

Para que sea exigible esta responsabilidad civil extracontractual, tienen que darse una serie de elementos que analizaremos a continuación:

a) La infracción de las normas de libre competencia

Tiene que producirse el incumplimiento de las normas antitrust, recayendo sobre el que alegue esta infracción la carga de la prueba (artículo 2 del Reglamento 1/2003 y art.76.1 de la LDC). Como la obtención de estas pruebas puede llegar a ser muy compleja debido al carácter secreto de este tipo de prácticas, hay que tener en cuenta ciertas normas cuyo fin es incentivar la denuncia de estas acciones, así como facilitar su proceso.

Cuando se trate de acciones *follow in action*, es decir, cuando la responsabilidad civil derive de una decisión administrativa relativa a estas prácticas anticompetitivas hay que acudir al artículo 9.1 de la Directiva 2014/104 y al artículo 75 de la LDC a su apartado primero donde se establece que “*la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español*”. Además, en el apartado segundo de este artículo 75, se añade que “*se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario*”. En caso de acciones *stand alone action*, es decir, de acciones que no derivan de un proceso administrativo previo, la prueba es mas complicada. Antes de la trasposición de esta Directiva, no era posible acudir directamente al orden jurisdiccional civil, ya que no eran competentes para conocer del ejercicio de acciones *stand* y únicamente de las acciones *follow on*⁷⁸.

Por todo lo anterior expuesto, aunque se podría acudir directamente a la vía civil, se aconseja a Cayetana solicitar primero a la Comisión la declaración del cártel. De este modo, no se tendría que llevar a cabo el complicado proceso de prueba de la conducta colusoria, facilitando, por tanto, la reclamación de daños y perjuicios.

b) La relación de causalidad entre el ilícito *antitrust* y el daño

⁷⁸ FERRÁNDIZ, P. Exhibición de pruebas en procedimientos de daños antitrust. En *Almacén de Derecho*.2017. (Consulta el 18 mayo de 2018) Disponible en: <https://bit.ly/2xE9DhV>

Es importante señalar que la prueba de la existencia del ilícito antitrust no acredita por sí solo la existencia del daño. Por lo tanto, para poder solicitar el resarcimiento del daño sufrido, el perjuicio tiene que ser consecuencia directa del ilícito *antitrust*⁷⁹. Este daño puede manifestarse en el pago de un sobreprecio por los productos o servicios afectados, o en el caso de que la víctima tenga la condición de empresario, en una reducción de beneficios o pérdida de ganancias⁸⁰. Atendiendo al concreto caso de cartel que nos ocupa, hay que acudir al artículo 76.3 de la Ley 15/2007 donde se declara la presunción *iuris tantum* de que las infracciones derivadas de cárteles causan daños y perjuicios, pudiendo el infractor en su caso arrebatar la presunción. El Tribunal Supremo afirma esta presunción en la sentencia del famoso Cártel del azúcar⁸¹, al considerar que un cártel genera por su propia naturaleza un daño en forma de sobreprecio, y a su vez, de daño emergente.

c) Un título o factor de imputación del daño

Se trata de determinar la responsabilidad objetiva o subjetiva. En la definición de las infracciones competitivas, no se hace referencia ni a la culpa ni a la negligencia del infractor, por eso es común presumir su culpa una vez que se confirma la infracción. Sin embargo, este puede acreditar que la conducta ha sido consecuencia de un error excusable. Es importante esclarecer la mayor o menor diligencia del infractor sobre todo para definir la responsabilidad administrativa y, en particular, para fijar el importe de la multa⁸².

d) La cuantía de los perjuicios

La norma fundamental respecto a los daños indemnizables, como se comentó anteriormente, se encuentra en el art. 72.1 LDC, donde se recoge el derecho a reclamar al infractor y a obtener de este pleno resarcimiento. En su apartado segundo, se recoge en que consiste este pleno resarcimiento, comprendiendo tanto la indemnización por el daño emergente como el lucro cesante, además del pago de intereses, como manifiesta el TJUE en el asunto Manfredi⁸³, excluyendo las indemnizaciones punitivas o múltiples, ya que estas forman parte de las sanciones administrativa. La finalidad es colocar al perjudicado en la situación en la que se encontraría de no haberse producido la infracción⁸⁴.

La determinación de la cuantía puede resultar muy compleja, por ello el art. 76 del LDC establece por un lado, en caso de difícil cuantificación de los daños, la facultad del Juez de estimar su importe y por otro, la posibilidad, en cuanto a criterios de cuantificación para el cálculo de estos daños, de solicitar a las autoridades de la competencia española un informe relativo a estos criterios. Por este motivo y ante las posibles dificultades en el cálculo de los sobrecostes, la Disposición Adicional 4.^a LDC los define como “*la diferencia entre el precio*

⁷⁹ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. “Aplicación privada o judicial del derecho de la librecompetencia”, *op.cit.*, p.313.

⁸⁰ SUÁREZ HERRERO, C. La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid: Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Vol. 8, Nº1, 2016, p.150-183.

⁸¹ STS de 7 noviembre de 2013(RJ 2014\487).

⁸² GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. “Aplicación privada o judicial del derecho de la librecompetencia”, *op.cit.*, p. 315.

⁸³ STJCE de 13 julio 2006(TJCE 2006\204).

⁸⁴ BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de derecho mercantil*, *op.cit.*, p.195.

realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del derecho de la competencia”.

Por este motivo, en relación al daño emergente, el art. 78.1 LDC aclara que el derecho al resarcimiento comprende únicamente el sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que le haya generado un daño y que no haya sido repercutido. Además, se sigue la misma política respecto al lucro cesante, reconociendo el art 78.1 el derecho del perjudicado a reclamar y obtener una indemnización como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostos. Sea como fuere, la indemnización quedará limitada siempre y en todo caso al daño efectivamente causado, ya sea en concepto de daño emergente o por el lucro cesante dejado de obtener.

En este caso, habría que estudiar y determinar tanto la variación producida en los precios de los camiones a consecuencia del cártel así como el nivel que tendrían de existir un comportamiento natural del mercado, fijándose en el cártel de camiones reales un incremento del 12,5% del precio⁸⁵. Aunque, como se expuso anteriormente, la cuantificación tanto del daño emergente como del lucro cesante, no siempre es fácil, ya que no todos los mercados se comportan de la misma manera, ni todas las marcas integrantes del cártel ni tampoco sus diferentes modelos. Su cuantificación exacta constituye una de las cuestiones más complejas en el ámbito de la responsabilidad civil por ilícitos antitrust⁸⁶. Por ello, las presunciones y las pruebas circunstanciales adoptan gran relevancia a la hora de establecer los hechos, así como recurrir a peritos económicos para determinar hechos técnicos en asuntos sobre Competencia.

III.2.1.2 Aspectos procesales de la acción de reclamación de daños y perjuicios

a) La competencia

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 establece en su punto 13 que sólo los órganos jurisdiccionales nacionales pueden conceder indemnizaciones por daños y perjuicios a un particular en caso de infracción del artículo, en este caso, 101 TFUE.

En cuanto a la competencia internacional atendiendo al artículo 7.2 del Reglamento (UE) N°1215/2012 del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁸⁷, una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. En relación a este tema, hay que destacar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁸ en la que se establece: *“cada una de esas víctimas puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel, o del lugar en el que en su caso fue concluido un*

⁸⁵ WOLTERS KLUWERS. Cártel de precio. En *Cinco Días*.2018.[Consultado el 13 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2Jma4IE>

⁸⁶ SUÁREZ HERRERO, C. La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *op.cit.*, p.150-183.

⁸⁷ DOUE, L 351 de 20.12.2012.

⁸⁸ STJUE, de 21 mayo 2015(TJCE 2015\199).

arreglo específico e identificable por sí solo como el hecho causal del perjuicio alegado, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social”.

En cuanto la competencia interna para conocer de las cuestiones del orden jurisdiccional civil que puedan surgir en procedimientos relacionados con los artículos 101 TFUE y 1 LDC, dicha competencia se encuentra en los juzgados de lo mercantil, como expone la disposición adicional 1ª LDC, así como el art. 86 ter. 2.f) de la Ley Orgánica del poder judicial. Además, la competencia territorial viene regulada en el artículo 52.1.12º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)⁸⁹, estableciendo que será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia. En el caso de que sean varios los sujetos que han contribuido a la infracción, como ocurre en este caso y sean competentes territorialmente jueces de más de un lugar, habrá que acudir al art. 53 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para determinar el Juzgado competente territorialmente⁹⁰, resolviendo que será el demandante el encargado de elegir cualquiera de ellos.

En este caso Translogic, podría imponer dicha demanda ante los juzgados españoles de lo mercantil del domicilio social de cualquiera de los infractores.

b) Legitimación

En cuanto la legitimación activa, corresponde a cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia, entendiendo esta legitimación activa de una manera amplia como expone la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Courage*⁹¹. En cuanto a la legitimación pasiva, el art. 71.1 LDC determina que los infractores del derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados, poniendo en relación este artículo con el art. 61 de la LDC, en el que se define a los sujetos infractores como aquellas personas físicas o jurídicas que realicen acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la propia Ley de Defensa de la Competencia.

Si son varios los sujetos que cometen la infracción de forma conjunta, como es este caso, su responsabilidad es solidaria, es decir, cualquiera deberá de hacer frente al importe total de la indemnización, sin perjuicio de su derecho a repetir contra los demás infractores, cuya cuantía se calculará según la responsabilidad relativa de cada uno de ellos por el perjuicio causado (art. 73.1 y 5 LDC). Sin embargo, el art. 73.2 de la LDC establece una serie de excepciones a esta responsabilidad solidaria. Por una parte, respecto de pequeñas y medianas empresas cuando su cuota de mercado en el respectivo mercado fuera inferior al cinco por ciento durante la infracción y cuando la aplicación de este régimen de responsabilidad perjudicase su viabilidad económica y causara una pérdida de todo el valor de sus activos. Y por otra parte, establece otra excepción en relación a los sujetos beneficiarios del programa de clemencia. En este caso, consideraremos que no encajan en estas excepciones y que en un principio no están sujetas a ningún programa de clemencia, pero en el caso contrario, y como establece el art. 73.4, serían responsables solidariamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y en el caso de clemencia, ante otras partes perjudicadas solo cuando

⁸⁹ BOE núm. 7, de 08/01/2000.

⁹⁰ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. "Aplicación privada o judicial del derecho de la librecompetencia", *op.cit.*, p.322.

⁹¹ TJCE (Sala Pleno), sentencia de 20 septiembre 2001(TJCE 2001\237).

no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia.

En este caso Translogic , afectado por las practicas colusoria, podría reclamar a cualquiera de los infractores la indemnización por daños, sin perjuicio del derecho de repetición de estos contra los demás integrantes del cártel.

III.2.1.3 Procedimiento judicial

Según el artículo 249.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se inicia el proceso de reclamación de daños y perjuicios derivados de la infracción de las normas de competencia, el procedimiento a seguir es el Juicio Ordinario, teniendo en cuenta que si la demanda se limita a la reclamación de una cantidad, se instaurará un Juicio ordinario en caso de que supere los 6000€, y en caso de que no los supere un Juicio verbal. La principal pretensión en este proceso es el resarcimiento de daños y perjuicios, teniendo que establecer la suma reclamada o bien las bases (artículo 219 de la LEC).

En cuanto a estos procesos judiciales, la Disposición adicional segunda de la Ley de Defensa de la Competencia, regula una serie de peculiaridades, entre las que destacaremos las siguientes:

Por una parte, una vez presentada la demanda, el juez podrá *“suspender emplazo para dictar sentencia hasta que recaiga la correspondiente resolución administrativa (...), cuando para la aplicación de los artículos 101 y 102 del tratado sobre el funcionamiento de la union europea o de los artículos 1 y 2 de la ley de defensa de la competencia resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo”* (Art. 434 y 465.6 de la LEC).

Por otra, la LDC otorga a la CNMC la posibilidad colaborar en el procedimiento judicial que tenga lugar en los juzgados de lo mercantil, facilitando información o realizando observaciones relativas a los casos relacionados con de los artículos 101 TFUE y del artículo 1 de la LDC (art. 16 LDC y artículos 212.3, 404.3 y 461.5 LEC). Además, la disposición adicional 2ª de la LDC, modificando la LEC mediante su art. 15 bis , regula la participación de los órganos nacionales y comunitarios de la competencia como *amicus curiae* en estos procedimientos, es decir, permitiendo intervenir a la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, aportando información u observaciones escritas sobre toda materia relacionada.

En materia procesal, el Real Decreto 9/2017 conlleva modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al acceso al material probatorio en este tipo de procedimientos con el objetivo de facilitarlas⁹². Existe un extenso régimen probatorio establecido del art. 283 bis a) al 283 bis k) de la LEC.

⁹² Cfr. Art. 283 bis a) al 283 bis k) de la LEC.

III.2.1.4 Plazo para el ejercicio de acciones y cómputo

En cuanto al plazo para la interposición de las acciones para reclamar la compensación de estos daños y perjuicios, se establece un período de prescripción de cinco años (artículo 74.1 de la LDC). Este plazo comienza a contar con el cumplimiento de dos circunstancias: por una parte, que la infracción haya cesado y por otra, que el perjudicado tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de la actividad y que esta constituya una infracción, del perjuicio causado y de la identidad del infractor⁹³. En este caso, se considerará que se ha tendido conocimiento de estos hechos cuando la decisión de la Comisión decreta el cártel, ya que es en este momento cuando se tiene firmeza de la existencia del cartel, la identidad del infractor y del perjuicio causado. Además, hay que tener en cuenta que este plazo de 5 años se interrumpe cuando una autoridad de la competencia inicia una investigación o directamente un procedimiento sancionador, empezando de nuevo el cómputo un año después de la firmeza de la resolución de la autoridad o el fin del procedimiento (art. 74.3 LDC). Igualmente, se interrumpirá este plazo para la parte que, para la reclamación de estos daños y perjuicios, inicien un proceso extrajudicial (art. 74.4 LDC).

III.2.2 Procedimiento extrajudicial

En la Exposición de Motivos de la directiva 2014/104/UE relativa a las demandas por daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia, la Comisión ya manifiesta que uno de sus objetivos es conseguir optimizar la relación entre las soluciones extrajudiciales y los procesos judiciales, consiguiendo, de esta forma, incentivar la resolución consensuada por parte de los perjudicados por estas prácticas. Se entiende por mecanismo de solución extrajudicial todo mecanismo extrajudicial que permita a las partes resolver un conflicto relativo al resarcimiento de daños. Dentro de estos mecanismos se encuentran tanto los acuerdos extrajudiciales, el arbitraje, como la mediación y la conciliación⁹⁴.

Por lo tanto, se constituyen como medios de resolución de conflictos alternativos al proceso judicial, cuyo fin es “proporcionar a los litigantes una forma más eficaz en cuanto al tiempo, a la flexibilidad del proceso y abiertas a la posibilidad de negociación y que puede ser más satisfactoria que el tradicional sistema de confrontación e imposición de la solución por el tribunal”⁹⁵.

Para motivar la utilización de cualquiera de estas vías alternativas a la jurisdiccional para la resolución de los procesos de compensación del daño derivado de ilícitos antitrust, es necesario establecer una serie de medidas⁹⁶:

⁹³ *Ibid.* p.197.

⁹⁴ PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C. Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracciones de competencia. En *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. Madrid: Wolters Kluwer, 2015, N.º. 16.

⁹⁵ MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 7.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013, p. 360.

⁹⁶ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. “Aplicación privada o judicial del derecho de la librecompetencia”, *op.cit.*, p.321.

La primera medida, supone la suspensión del plazo de prescripción de la acción mientras se lleve a cabo este proceso de resolución extrajudicial.

La segunda, hace referencia a la suspensión por parte de las autoridades jurisdiccionales del procedimiento judicial en curso durante un plazo máximo de dos años cuando las partes acudan a una vía de resolución extrajudicial.

La tercera, implica la consideración del abono de una indemnización como consecuencia de un acuerdo extrajudicial como una atenuante por la autoridad de la competencia antes de adoptar la sanción de multa.

La cuarta y última medida, establece que si solo se ha alcanzado un acuerdo extrajudicial con uno de los coinfractores, la acción judicial que dirigirá el perjudicado contra el resto se reducirá proporcionalmente⁹⁷. Se establece que los demás infractores no podrán exigir del infractor que hubiera sido parte en el acuerdo extrajudicial una contribución por la indemnización restante y que en caso de que los coinfractores no pudieran pagar ésta, el perjudicado podrá reclamársela al infractor con el que alcanzó el acuerdo extrajudicial salvo que en el mismo hubieran incluido pacto en contrario (artículo 77 de la LDC).

1.1.1.1 La nulidad de las conductas infractoras de la competencia

Otro de los instrumentos a través de los cuales se hace efectivo el *private enforcement* es la nulidad de los acuerdos colusorios, que aparece ya contemplada en los propios Tratados fundacionales de la Unión Europea (Art. 85.2 del Tratado de Roma)⁹⁸. Las relaciones contractuales derivadas de las conductas anticompetitivas se pueden distinguir dos niveles: por un lado, las relaciones existentes entre los infractores y por otro, las relaciones existentes entre los infractores y terceros.

En cuanto a la primera, tanto el art. 101.2 TFUE como el art. 1.2 LDC establecen como sanción la nulidad de pleno derecho (*ex tunc*) de estos acuerdos colusorios. Hay que señalar que con carácter general, en aplicación del principio de conservación de los contratos, se establece que si lo prohibido es una cláusula en particular, cabe nulidad parcial de las cláusulas que contienen la restricción anticompetitiva, siendo el resto del contrato válido⁹⁹. Las características de la nulidad son las mismas que las que se predicen de la doctrina sobre las nulidades de carácter absoluto¹⁰⁰, siendo el efecto principal de esta nulidad la eliminación del vínculo y de todos los efectos pasados y futuros, además de la restitución de aquello que han recibido más los rendimientos (frutos e intereses) obtenidos durante la duración del acuerdo según el artículo 1.303 CC.

Sin embargo, la nulidad de las relaciones contractuales entre los infractores y terceros situados en escalones inferiores son más complejas, ya que existen dos posiciones doctrinales al respecto: la primera defiende que no afecta a estos contratos, disponiendo los perjudicados de la acción civil para la protección de sus derechos y la segunda sostiene que la nulidad del acuerdo celebrado entre los infractores se extiende a los contratos derivados de

⁹⁷ GARRIGUES. Comentario: competencia y litigación y arbitraje. En *Garrigues*.2017. (Consultado el 1 de mayo de 2018) Disponible en: <https://bit.ly/2JaFmfZ>

⁹⁸ HERRERO SUÁREZ, C. La nulidad de las conductas anticompetitivas. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, Núm. 763.

⁹⁹ STS, núm. 475/2009 de 29 junio (RJ 2009\4242).

¹⁰⁰ Cfr. GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. "Aplicación privada o judicial del derecho de la libre competencia", *op.cit.*, p.326.

este. Se concluye que estos terceros (empresarios o consumidores) resultan directa o indirectamente lesionados por lo que podrían, además de instar la indemnización de los daños derivados de la indemnización, alegar la nulidad u otros remedios negociales para eliminar las relaciones contractuales contrarias a la libre competencia, cuyo ejercicio dependerá del contenido de la restricción, si el sujeto afectado es consumidor o empresario y, del interés práctico que busca satisfacer la víctima de la conducta antitrust. En este caso, como el perjudicado se trata de un empresario, sufriendo un sobreprecio, el remedio más adecuado será la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a lo que podrá sumar sus reclamaciones por la pérdida de oportunidades de negocio, la pérdida de cuota de mercado o de clientela¹⁰¹.

¹⁰¹ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. "Aplicación privada o judicial del derecho de la librecompetencia", *op.cit.*, p.330.

BLOQUE II: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

I. Introducción

Los administradores de las sociedades de capital son los encargados de actuar en nombre y representación de la sociedad que administran, debiendo cumplir con los deberes regulados en los artículos 225 y ss. del 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 TRLSC)¹⁰². La importancia de las competencias que se encomiendan a los administradores sociales y, en concreto, la representación de la sociedad, la gestión de su patrimonio social y los efectos que pueden derivar de dichas responsabilidades, son razones de peso para que la normativa societaria regule un régimen de responsabilidad para estos sujetos¹⁰³. El incumplimiento de estos deberes provoca daños directos e indirectos a la sociedad, incluso lesiones directas a los intereses de los socios o terceros, constituyendo una responsabilidad de naturaleza civil (regulada en el Capítulo V del Título V de la TRLSC)¹⁰⁴.

Además de esta responsabilidad civil, el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador pueden constituir delitos societarios y otra clase de delitos tipificados en el Código penal en relación con este cargo. Por tanto, como consecuencia de dichos incumplimientos, surge también la responsabilidad penal.

Los deberes propios del administrado societario y las distintas responsabilidades derivadas de su incumplimiento las estudiaremos a continuación a través el caso que nos ocupa. Fernando S., administrador de FIAT Chrysler España, en el año 2014 procede a dar de baja como pérdida de la contabilidad de la empresa un terreno cuyo valor estaba contabilizado por 4000000€, para, a continuación, incorporarlo a la contabilidad de la empresa PROINMNOR, SA, participada a partes iguales por el propio Fernando S. y su mujer Margarita A. Teniendo en cuenta que toda la información contable fue debidamente aprobada por la Junta General de Accionistas en tiempo y forma.

II. Responsabilidad civil del administrador en la Ley de Sociedades

Han tenido que realizarse varios ajustes legislativos para construir un patrón de responsabilidad de los administradores en los casos de incumplimiento de los deberes propios de su cargo¹⁰⁵. Destaca en este ámbito, la recientemente Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante Ley 31/2014)¹⁰⁶, entrando en vigor el 24 de diciembre de 2014. Esta ley ha modificado notablemente las normas aplicables a los administradores en

¹⁰² BOE, núm. 161, de 03/07/2010.

¹⁰³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. *Derecho de sociedades mercantiles*. 2ª Edición. Valencia : Tirant lo Blanch, 2016, p.344.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p.3. ISBN 978-84-89315-79-2

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. y COHEN BENCHETRIT.A. *Derecho de sociedades: Revisando el derecho de sociedades de capitales*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2018, p.1288.

¹⁰⁶ BOE, núm. 293, de 4 de diciembre de 2014.

las sociedades de capital, reformulando de manera mas precisa y específica cada uno de los deberes fundamentales y obligatorios para el administrador (diligencia, lealtad y secreto) y estableciendo de una serie de especialidades en relación al deber de lealtad¹⁰⁷.

Los actos que a continuación se van a estudiar tienen lugar en 2014, por lo tanto, y a falta de datos mas concretos, se puede considerar tanto la aplicación de la Ley de Sociedades anterior a la entrada en vigor de la Ley 31/2014, como la posible aplicación de las modificaciones introducidas por esta última en la Ley de Sociedades de Capital. En este caso, y dado las importantes modificaciones en este ámbito concreto, se empleará para determinar la responsabilidad del administrador la Ley para la mejora del gobierno corporativo que reforma la TRLSC.

II.1 Incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador:

El artículo 236.1 TRLSC establece cuales son los supuestos que determinan la responsabilidad de los administradores, frente a los socios y a los acreedores sociales. Así, establece que los administradores responderá de los daños causados por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo el conjunto de deberes inherentes al cargo de administrador, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. Además añade que la culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

Teniendo en cuenta el contenido del artículo y siguiendo la interpretación dada por los autores Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J.¹⁰⁸, para que el administrador sea responsable de su actuación, además de originar un daño, tienen que darse una serie de requisitos:

1. El perjudicado por la actuación indebida del administrador tiene que ser la sociedad, dando derecho a la acción de responsabilidad social.
2. Tienen que ser daños derivados tanto de actos u omisiones contrarios a la Ley o los estatutos como por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo de administrador, realizando, en este punto, una remisión al estatuto de deberes de los administradores contenidos en el Título VI, capítulo III del TRLSC. El profesor Cruz Rivero, D¹⁰⁹, considera que no existe una separación entre ambos presupuestos, ya que por una parte, entre los deberes inherentes al cargo expuestos en el art. 225.1 se encuentra el cumplimiento de la Ley o los estatutos, y por otra, cuando se incumpla la Ley o los estatutos se habrán incumplido, al mismo tiempo, los deberes inherentes al cargo.
3. La existencia de una relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño producido, no siendo suficiente la mera causalidad natural. Además, en esta actuación de los

¹⁰⁷SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad*, op.cit.,p.5.

¹⁰⁸SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen I. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 528 .

¹⁰⁹CRUZ RIVERO, D. La administración de la sociedad, en AA VV, *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*, T.XVII (Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A., coord.) Madrid : Marcial Pons, 2013, pp. 542 y ss.

administradores debe concurrir también el elemento de la culpa, presumiéndose (*iuris tantum*) si el acto es contrario a la ley o a los estatutos sociales (Art 236.1 TRLSC).

4. Se deberá cuantificar económicamente el daño producido por el administrador, teniendo que ser probados por la parte que inste la acción de responsabilidad.

Los actos de Fernando suponen el incumplimiento de la ley, y por tanto, y al mismo tiempo, los deberes inherentes al desempeño del cargo, actuando en contra del patrón de diligencia y lealtad que ha de seguir su actuación como administrador, causando un daño a la sociedad y, en consecuencia, dando lugar a una responsabilidad civil por su infracción dolosa. Además ya advierte el texto legal que el hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado autorizado o ratificado por la junta general, como ocurre en el presente caso, no exonera de responsabilidad a los administradores (art. 236.2 TRLSC).

A continuación, se analizan los deberes de diligencia y lealtad violados por Fernando y las consecuencias de este incumplimiento.

II.1.1 Deber de diligencia

El deber general de diligencia se encuentra regulado en el art. 225 TRLSC, donde se establece que los administradores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un “ordenado empresario”, constituyendo una patrón de conducta a la hora de ejercer su cargo y, a la vez, un conjunto de obligaciones. Además, añade “*teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos*”, es decir, se realiza una distinción dependiendo de la posición que ocupe dentro del órgano de administración. Además, ejercer efectivamente el cargo de administrador con una diligencia oportuna, supone cumplir con otros deberes recogidos en los apartados segundo y tercero de dicho art. 225 de la TRLSC¹¹⁰, como son el deber de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad así como el deber de informarse adecuadamente¹¹¹.

En cuanto al artículo 226 incorporar a nuestro ordenamiento la regla denominada del buen criterio empresarial que es una traducción de la conocida doctrina jurisprudencial estadounidense “*business judgement rule*”¹¹². Este artículo establece que se entiende cumplido el estándar de diligencia de un ordenado empresario cuando “*el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado*”.

II.1.2 Deber de lealtad

El deber de lealtad se encuentra regulado en el art. 227.1 TRLSC, estableciendo que “*los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”.

El Derecho de sociedades moderno ha venido definiendo el deber de lealtad como “*aquél consistente en el desempeño del cargo de administrador como un representante leal*”. Este

¹¹⁰ Cfr. Artículo 225 apartados segundo y tercero.

¹¹¹ URÍA MENÉNDEZ. Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil[En línea]. En *Guías Uría Menéndez*. [Consultad en 14 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2uzE0Ui>

¹¹² SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad*, op.cit.,p.6.

concepto se refleja en el artículo 227.1 TRLSC, pero mejorado, especificando que se exige que la actuación del administrador se haga conforme al criterio de la lealtad propia de un fiel representante. Aunque ya se había utilizado antes el deber de lealtad como criterio para medir el grado de diligencia del administrador social, no ha sido hasta la entrada de la Ley 31/2014, cuando se establece el régimen específico de responsabilidad¹¹³.

Por lo tanto, el administrador a la hora de administrar y representar la sociedad, debe actuar de buena fe y orientado por aquello que resulte más favorable para la sociedad que administra¹¹⁴. Una vez definido el concepto de deber de lealtad habrá que acudir al nuevo artículo 228 de la TRLSC, donde se enumeran una serie de casos particulares de este deber de lealtad. Este artículo diferencia dos tipos de conductas, unas positivas y otras negativas o de abstención respecto a este deber de lealtad¹¹⁵.

Este incumplimiento del deber de lealtad del administrador, dará lugar no solo a 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 (artículo 227.2 LDC). En consecuencia, constituye un supuesto dentro de la acción social regulada en el art. 238 LDC, ya que se produce un daño al patrimonio social, no a los intereses de los socios o un tercero. El artículo 227.2 de la TRLSC constituye uno de los supuestos legales en los que no se requiere la causalidad entre el comportamiento negligente del administrador y la producción del daño para exigir la responsabilidad del administrador.

II.1.3 Acción social de responsabilidad

El Derecho positivo distingue diferentes acciones de responsabilidad de naturaleza indemnizatoria que cabe ejercitar frente a los administradores, es decir, que buscan obtener la reparación de un daño: la acción social y la acción individual. En este caso concreto, tiene lugar la acción social de responsabilidad pues esta tiene como finalidad la reparación del daño causado por los administradores a la sociedad que administran y representan (art. 238.1 TRLSC). Se define como *“aquella que concede la ley a la propia sociedad o a una minoría cualificada de socios o los acreedores sociales con la finalidad de indemnizar al patrimonio social de los daños y perjuicios causados por acción u omisión de los administradores sociales que sean contrarios a la ley, a los estatutos social o el incumplimiento de sus obligaciones como administradores”*. En definitiva, en la acción social es la sociedad la directamente perjudicada, convirtiéndose en potencial beneficiaria de la condena que pueda fijarse por el juzgado¹¹⁶.

En cuanto a la legitimación pasiva, después de lo anterior expuesto, es evidente que serán responsables los administradores sociales que tuvieran un nombramiento válido, formal y vigente en el momento en que se dieran los actos y omisiones que pudieran justificar tal responsabilidad. Esta regla de legitimación pasiva ha de extenderse necesariamente a los administradores de hecho, a los que hubieran sido administradores de la sociedad y a los supuestos recogidos en los apartados 4 y 5 del artículo 236 TRLSC. Es importante señalar

¹¹³ Ibid, p.7.

¹¹⁴ URÍA MENÉNDEZ. Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil, *op.cit.*, p.12.

¹¹⁵ Cfr. Art. 228 TRLSC.

¹¹⁶ SÁNCHEZ VIZCAÍNO RODRIGUEZ, J. *Materiales docentes de derecho de sociedades*. Murcia: Aedicio, 2016, p.112.

que se trata de una acción de carácter social, pudiendo dirigirse contra todos los administradores que hayan adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo a la sociedad, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél (art. 237 TRLSC)¹¹⁷.

En cuanto a la legitimación activa, y teniendo en cuenta el interés que protege dicha acción social, y como destaca la jurisprudencia a lo largo de diferentes sentencias, la acción social busca reparar el daño causado por los administradores o reconstruir el patrimonio de la sociedad, por lo que será esta la encargada de ejercitar dicha acción (STS 22 de marzo de 2006)¹¹⁸.

El art. 238.1 atribuye, en concreto, a la junta general la competencia para adoptar el acuerdo de ejercitar la acción, así como para transigir o renunciar al ejercicio de la misma, siempre y cuando no se opongan a tal transacción o renuncia socios que titulen, al menos, un cinco por ciento de la cifra del capital social¹¹⁹. El acuerdo de ejercitar la acción social de responsabilidad de los administradores, provocará el cese de estos y por tanto la destitución de los administradores afectados (art. 238.3 LSC). Si la sociedad no ejercita estas acciones, la Ley de Sociedades prevé una legitimación subsidiaria, permitiendo que sean los socios o acreedores los que lleven a cabo estas acciones, en los términos que prevé el artículo 239 y 240 de la LSC¹²⁰.

Además, de esta acción social, la sociedad podrá ejercer las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores que actúen incumpliendo su deber de lealtad (Artículo 232 TRLSC). Así, el Juzgado de Primera Instancia se manifiesta al respecto estableciendo que *“el deber de lealtad no es una norma de conducta cuya infracción se limite a dar lugar a una acción social de responsabilidad contra el administrador por daño directo a la sociedad. Este artículo (232 TRLSC) nos indica que la infracción de este deber también puede dar lugar a acciones de anulación de contratos celebrados por el administrador”*¹²¹.

Otra de las reformas de la Ley 31/2014 se encuentra en el nuevo artículo 241.bis TRLSC, aclarando el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de dicha acción¹²². De esta forma, determina que las acciones de responsabilidad contra los administradores sea social o individual prescribirán a los 4 años desde el día en que hubiera podido ejercitarse¹²³. Así la Audiencia Provincial determina que el día desde el cual se puede ejercitar la acción individual de responsabilidad es desde el momento de la producción del daño¹²⁴.

Por lo tanto, FIAT Chrysler España podría presentar una demanda de acción social de responsabilidad ante los Juzgados de lo mercantil (Art. 86.ter.2.a LOPJ).

¹¹⁷ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. *Derecho de sociedades mercantiles, op.cit.*, p.346

¹¹⁸ STS de 22 marzo de 2006(RJ 2006\4896).

¹¹⁹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. *Derecho de sociedades mercantiles, op.cit.*, p.346.

¹²⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MB. y COHEN BENCHETRIT.A. *Derecho de sociedades: Revisando el derecho de sociedades de capitales,op.cit.*, p.1296.

¹²¹ SJPI de 8 febrero DE 2017(JUR 2017\114960).

¹²² BENITO OSMA, F., et al. *GPS:Derecho de sociedades*. 3ª Edición. Valencia : Tirant lo Blanch, 2018, p.286

¹²³ SÁNCHEZ VIZCAÍNO RODRIGUEZ,J. *Materiales docentes de derecho de sociedades, op.cit.*, p.144.

¹²⁴ SAP de 26 septiembre de 2016(AC 2016\2253).

III. Responsabilidad penal del administrador

La responsabilidad del administrador tiene lugar cuando actúa como tal, es decir, dicha responsabilidad derivada del incumplimiento de las funciones inherentes a su cargo. Los delitos societarios son un conjunto de delitos cometidos por aquellas personas que ostentan el control de una empresa, afectando gravemente a su funcionamiento o su patrimonio en perjuicio de las empresa, socios o terceros¹²⁵.

En el 2015 entra en vigor 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 Penal¹²⁶, provocando una importante modificación en materia de administración desleal y societaria. Las actuaciones del administrador tienen lugar en 2014, por lo tanto, y siguiendo el principio de irretroactividad regulado en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP)¹²⁷ sería aplicable el Código penal anterior a dicha reforma, por cometerse estos actos antes de su entrada en vigor. Pero dicho principio encuentra una excepción en los casos en los que la ley sea mas favorable al reo (art. 2.2 CP y art. 9.3 de la Constitución española). Por ello, a continuación, se analizarán los hechos conforme a cada una de las dos leyes de posible aplicación, en primer lugar, al Código Penal anterior a la reforma y en segundo lugar, a su reforma de 2015, determinando la pena concreta que correspondería al autor en cada una de ellas, para, a continuación, compararlas y decidir cuál es la más favorable¹²⁸.

III.1 Regulación del Código Penal de 1995 antes de la reforma del 2015

El capítulo XIII del título XIII del Código Penal regula los delitos societarios contra la sociedad mercantil y a los socios, y ocasionalmente a terceros. El artículo 290 del CP, en concreto, regula el delito de falseamiento de las cuentas anuales de una sociedad, provocando con ello un perjuicio económico a la misma. Como expone el Tribunal supremo, este delito tutela la transparencia externa de la administración social y el delito consiste en la infracción del deber de fidelidad en la elaboración de las cuentas anuales o cualquier otro documento propio de la sociedad que deba reflejar su situación jurídica y económica, con el fin de perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero¹²⁹. A continuación, analizaremos dicha figura delictiva para conocer si los actos llevados a cabo por Fernando pueden calificarse como delito de falseamiento de cuentas.

En cuanto al bien protegido, existen varios criterios doctrinales pero el mayoritario (Martínez-Buján), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³⁰, defienden que se trata de una figura pluriofensiva, en la que se protege por un lado, el patrimonio de la sociedad, de

¹²⁵ GARCÍA MARTÍN, R. Responsabilidad penal de los administradores: el administrador como sujeto responsable[en línea] En *Lemat*. 2015. [Consultado el 15 de mayo de 2018] Disponible en: <https://bit.ly/2LJbsgL>

¹²⁶ BOE, núm. 77, de 31/03/2015

¹²⁷ BOE, núm. 281, de 24/11/1995

¹²⁸ MAQUEDA ABREU, M.L. *El derecho penal en casos. Parte general: teoría y práctica*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.53

¹²⁹ STS de 3 diciembre (RJ\2015\5256) y STS de 16 julio de 2009(RJ 2009\6989).

¹³⁰ STS de 10 diciembre de 2015(RJ\2005\1084).

los socios y de terceros y por otro, la funcionalidad del propio documento de la sociedad como instrumento interviniente en las relaciones jurídicas de la sociedad¹³¹.

En cuanto al sujeto pasivo, el art. 290 se refiere expresamente a la “*sociedad constituida o en formación, sus socios o un tercero*”¹³². El Tribunal Supremo¹³³, al respecto, ha exigido que el sujeto pasivo debe de ser una o varias personas concretas, “*no la generalidad. La tipicidad exige concretar los intereses económicos de contenido patrimonial (...)*”.

En cuanto al sujeto activo, se atribuye a los administradores de hecho o de derecho, designados expresamente (Art. 290 CP).

El art. 290 define el objeto material como “*las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*”, realizando, por tanto, una descripción amplia. Así, el Tribunal Supremo¹³⁴ especifica que el objeto material regulado en este delito constituye una enumeración “*numerus apertus*” nombrando, a modo de ejemplo, las cuentas anuales (Art. 254 de la Ley de Sociedades de Capital). Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado se encontrarán, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, con veracidad y transparencia, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado¹³⁵.

La conducta típica del art. 290 CP se describe como “*falsear los distintos documentos configurados como objeto material del delito, de forma idónea para causar un perjuicio económico*”. Especificando, en primer lugar, que la acción de falsear debe interpretarse como la alteración, modificación, simulación o adulteración de alguno de los documentos mencionados. En segundo lugar, la acción de falsear debe de ir acompañada de una idoneidad para ocasionar un perjuicio económico a la sociedad, los socios o a un tercero¹³⁶. Se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad cuando el perjuicio no llega a producirse (Art. 290, párr. 1º), y otro de resultado, dando lugar a la agravación prevista en el párrafo 2º del mismo artículo¹³⁷.

En este caso Fernando falsea las cuentas anuales para poder dar de baja el terreno, causando un perjuicio económico a la sociedad, por lo que su actuación encaja en este tipo delictivo, castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses por el falseamiento de las cuentas de la empresa que administraba. Como en este caso el daño económico fue efectivo, se impondrán estas penas en su mitad superior (art. 250 CP).

Mayor problema presentan las figuras de administración desleal del art. 195 del CP, regulado como delito societario, y la apropiación indebida del art. 252 del CP. Debatiremos a continuación si los actos delictivos descritos en el presente caso pueden ser considerados administración desleal o apropiación indebida según el código penal de 1995 antes de la reforma de 2015.

¹³¹LAUNA ORIOL, C. *Falsedad documental societaria: Art.290 del Código Penal*(Ponencia).2017. [Consultado el 15 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2LY7DnU>

¹³²Cfr. GALÁN MUÑOZ, A. *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

¹³³ STS de 24 noviembre de 2016(RJ 2016\5633).

¹³⁴ STS, de 13 julio de 2010(RJ\2010\7340) y STS, de 17 marzo de 2016(RJ\2016\1096).

¹³⁵LAUNA ORIOL, C. *Falsedad documental societaria: Art.290 del Código Penal*(Ponencia).2017. [Consultado el 15 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2LY7DnU>

¹³⁶ STS de 17 marzo de 2016 (RJ\2016\1096).

¹³⁷ STS de 14 abril de 2003(RJ 2003\4659) y STS de14 julio de 2006(RJ 2006\6088).

Siguiendo a la jurisprudencia y a la opinión doctrinal mayoritaria, la sensible diferencia entre ambos delitos radica en la apropiación definitiva o temporal de los bienes, y en consecuencia, del grado de gravedad. Mientras que el delito de apropiación indebida del art.252 hace referencia exclusivamente a los supuestos en que se acredita una auténtica apropiación de bienes, ya sea en beneficio del autor ya sea en beneficio de una tercera persona, por el contrario, la administración desleal del art. 295 hace alusión a las conductas apropiatorias no definitivas pero capaces de causar un perjuicio al patrimonio administrado¹³⁸. Lo que exige la doctrina jurisprudencial para apreciar el delito de apropiación indebida es que se haya superado lo que se denomina el "*punto sin retorno*", es decir, que se constate que se ha alcanzado un momento en que se aprecie una voluntad definitiva de incorporación de los fondos a los que se ha accedido indebidamente¹³⁹. Esta idea la manifiesta claramente Conde-Pumpido: "*la diferencia entre ambas figuras consiste en que en la administración desleal del art. 295 se incluyen actuaciones (...) que abusan del patrimonio social de una forma desleal, pero sin apropiación definitiva de los bienes de la sociedad. En el delito de apropiación indebida del art. 252 CP se incluyen los supuestos de apropiación genuina con animus rem sibi habendi*". También el Tribunal Supremo defiende esta postura en múltiples sentencias¹⁴⁰, "*las conductas descritas en el art. 295 reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero no implican necesariamente apropiación, (...) y, por tanto, menos graves que los contemplados en el art. 252 del CP*".

También fue discutido el concepto "*activo patrimonial*" dentro del objeto material de este artículo 252 de apropiación indebida, ya que existían corrientes doctrinales que no entendían dentro de este concepto los bienes inmuebles¹⁴¹. Sin embargo, en contraposición, existen corrientes doctrinales (Martínez Buján) a favor de incluir en el artículo 252 los bienes inmuebles, entendiendo objeto material del delito "*dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, pudiendo incluirse entre estos últimos la propiedad de bienes inmuebles*"¹⁴².

Teniendo en cuenta todo lo anterior expuesto, y siguiendo la doctrina mayoritaria, en este caso tendría lugar un delito de apropiación indebida del art. 252 del CP, cuyo bien jurídico protegido es la propiedad, el sujeto activo es la sociedad propietaria del inmueble y el sujeto pasivo en este caso es Fernando, ya que se apropia definitivamente del terreno con *animus rem sibi habendi*¹⁴³, siendo castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses recogidas en el artículo 250.2 del CP.

III.2 Regulación del Código Penal de 1995 tras la reforma del 2015

Mientras que el delito de falseamiento regulado en el art. 290 se mantiene inalterado tras la reforma, la intensa polémica doctrinal y jurisprudencial entre las figuras de apropiación indebida y administración desleal, expuesta anteriormente, así como sus diversos problemas

¹³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Pasado, Presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida. En *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela : Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, vol. XXXV ,2015.

¹³⁹ TST de 28 marzo de 2012(RJ 2012\8194).

¹⁴⁰ STS de 22 octubre de 2013 (RJ 2013\7117).

¹⁴¹ STS de 28 octubre de 2005(RJ 2005\8168).

¹⁴² STS de 11 diciembre de 2017(RJ 2017\5809).

¹⁴³ MUÑOZ CONDE, F.*Derecho penal parte especial*.Ed. 19ª .Valencia : Tirant lo Blanch, 2013, p.418.

interpretativos constituyó uno de los motivos de la reforma del Código Penal del 2015¹⁴⁴. Se creó un nuevo delito de administración desleal genérico en el art. 252, suprimiendo el delito societario del art. 295, quedando los tipos societarios específicos tipificados en los artículos 290 a 297 CP.

El antiguo artículo regulador del delito de administración desleal societario fue denunciado por parte de la doctrina (Faraldo), en parte porque al ser calificado de delito societario, era castigado con una pena inferior a las conductas apropiatorias¹⁴⁵. Por ello, la reforma introduce una regulación de la administración desleal en la Sección 2ª del Capítulo VI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse “*De la administración desleal*” y que comprenderá el artículo 252. De este modo, se constituye como una herramienta genérica para dar respuesta a todo tipo de administración desleal, ya se trate de un patrimonio individual como de patrimonio societario. Además, esta reforma modificó el delito de apropiación indebida, que ahora se encuentra regulado en el actual artículo 253, alterando su contenido incluyendo en el objeto material las expresiones “*dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble*”, excluyendo por tanto los activos patrimoniales de dicho artículo. De este modo, la actuación de Fernando después de la reforma de 2015 no puede ser calificada de apropiación indebida, al ser un terreno el bien en disputa, quedando, por tanto, fuera de su objeto material. Además, y apoyando esta idea, se elimina de su redacción el concepto de administración. Por lo tanto, la administración desleal comprende actos apropiatorios sobre bienes no fungibles, en beneficio propio o de terceros y, como en este caso, actuando *animus rem sibi habendi*, evitando de esta forma entrar de nuevo en la anterior disputa entre ambas figuras¹⁴⁶. Todo ello nos lleva a afirmar que después de la reforma del 2015, la actuación de Fernando sería calificada de administración desleal, siendo castigado por las penas del artículo 250.1.5 CP (pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses).

III.3 Ley mas favorable al reo: Falseamiento de cuentas y apropiación indebida

Tanto en el Código Penal de 1995 como en su posterior reforma de 2015, ambos delitos son castigados con las mismas penas, por lo que no puede considerarse la retroactividad más favorable al reo. En consecuencia, y siguiendo el principio general de irretroactividad, este administrador será juzgado por un concurso medial de los delitos de falseamiento de cuentas del artículo del 290 CP y de apropiación indebida del 252 del Código penal de 1995 anterior a la reforma. El principio general de perseguibilidad de oficio de las infracciones penales posee una excepción en el caso de los delitos societarios, en los que la persecución queda legalmente condicionada al cumplimiento de un determinado requisito procedimental, la interposición de la denuncia (art. 296 CP), por lo que la sociedad FIAT Chrysler España deberá interponer denuncia ante la Audiencia Provincial de su domicilio social (art. 14.4 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal)¹⁴⁷.

¹⁴⁴FARALDO CABANA, P. *Los Delitos societarios: La reforma del código penal de 2015*. 2ªEdición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p.408.

¹⁴⁵CADENA SERRANO, F.A. *Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida tras la reforma de 2015*.2016.(Ponencia)[Consultado el 16 de mayo de 2018] Disponible en:<https://bit.ly/2iUmXIs>

¹⁴⁶ FLORES CACHO, D. y REMÓN PEÑALVER, A. *Delitos societarios : comentarios a los artículos 290 a 297 del Código penal*. Hospitalet de Llobregat : Wolters Kluwer, 2017, p.207.

¹⁴⁷ BOE, núm. 260, de 17/09/1882.

BLOQUE III: ARRENDAMIENTO FINANCIERO

I. Introducción

El contrato de arrendamiento financiero o contrato de *leasing* es definido por Broseta Pont¹⁴⁸ como toda “Operación de financiación a medio y largo plazo, mediante la cual quien necesita un bien contrata con un intermediario financiero, para que éste lo adquiera del fabricante con el fin de cederle posteriormente su uso por tiempo determinado mediante el pago de un canon periódico, transcurrido el cual dispondrá de un derecho de opción, que le permitirá quedarse con el bien (pagando el valor residual del mismo) o no (generalmente, se concertará una nueva operación de leasing)”. Actualmente, este contrato se encuentra definido¹⁴⁹ en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 10/2014 de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito¹⁵⁰.

Nos encontramos, por tanto, ante una operación financiera en la que tiene lugar una relación triangular donde intervienen: El proveedor o fabricante del bien que será puesto a disposición del cliente, el arrendador o intermediario financiero o *lessor* que adquiere el bien al fabricante (la sociedad de *leasing*) y el arrendatario financiero o *lessee*, persona que usa el bien pagando unos cánones periódicos al intermediario financiero¹⁵¹.

Además, la definición anterior recoge la denominada “opción de compra”. Es decir, al vencimiento del contrato, el cliente puede, o pagar un valor residual y adquirir definitivamente el elemento patrimonial o, por el contrario, no ejercitar la opción de compra y devolver el bien, constituyendo por lo tanto no una obligación, si no una posibilidad¹⁵².

En España la regulación del contrato de arrendamiento no es muy abundante, por ello, desde la primera sentencia del Tribunal Supremo del año 1981 hay más de doscientas sentencias sobre el *leasing*, por lo que habrá que acudir a la jurisprudencia del Tribunal supremo, tanto en sus salas de lo civil como de lo Penal como de lo Contencioso Administrativo, e incluso al Tribunal Constitucional, para conocer en profundidad esta figura financiera¹⁵³.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*, ha sido considerada por la jurisprudencia de atípica. No es un arrendamiento¹⁵⁴, no es una venta a plazos, ni tampoco es

¹⁴⁸ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*. Volumen II. Madrid. Tecnos, (2009), p. 277.

¹⁴⁹Cfr. Disposición Adicional Tercera de la Ley 10/2014 de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito.

¹⁵⁰ BOE» núm. 156, de 27/06/2014.

¹⁵¹URREA SALAZAR, M.J. Algunas consideraciones acerca del contrato de lease back[en línea].En: *Economist&Juris*2017.2017.[Consulta: 20 de mayo de 2017]Disponible en: <https://bit.ly/2sBaFpY>

¹⁵²FERRUZ AGUDO,L. y LÓPEZ ARCEIZ,F.J. Arrendamiento financiero: Estudio jurídico-contable y aplicación práctica. Legal and accounting research and practical application.En: *Análisis Financiero*[en línea] Madrid: Instituto Español de Analistas Financieros,2013, no.121, pp. 80-89. [Consulta: 16 de mayo de 2018]Disponible en:<https://bit.ly/2sBshSN>

¹⁵³BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, M.P. *Arrendamiento financiero: Aspectos contractuales y concursales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.62.

¹⁵⁴ STS de 19 enero de 2000(RJ 2000\139).

un préstamo¹⁵⁵. Al principio, la doctrina jurisprudencial, al tratarse de un nuevo contrato, intentó asimilarlo a los contratos típicos del Código Civil, en concreto a la compraventa. Sin embargo, pronto la jurisprudencia empezó a cambiar, debido a que, aunque este contrato tiene tanto elementos propios del arrendamiento por la cesión de uso, como elementos de la compraventa derivados de la opción de compra, es un contrato con causa propia y autónoma, con una finalidad jurídica distinta¹⁵⁶. Tanto la Sentencia de 10 de Abril 1981 como la posterior de 18 de Noviembre 1983 se centran en la diferenciación entre el arrendamiento financiero y la compraventa. Así se establece que “*no parece posible predicar identidad de naturaleza entre ambas figuras, el leasing constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, (...) es un contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme*”. Como consecuencia, el valor residual también fue un tema muy disputado por la jurisprudencia. Pero el Tribunal Supremo¹⁵⁷ resuelve el dilema afirmando que el importe del valor residual no altera la naturaleza jurídica del contrato financiero ni transforma el contrato en una compraventa a plazos simulada, aunque dicho valor residual sea simbólico¹⁵⁸. Todo ello, lo resume la Sala Civil del Tribunal Supremo¹⁵⁹, definiendo *leasing* como “*institución del derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptuado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil*”.

II. Calificación del contrato: *Lease-back*

En el presente caso, Seudbank, empresa de arrendamiento financiero, celebra en 2015 dos contratos con Translogic: en el primero, Translogic vende a Seudbank una nave industrial, utilizada hasta ese momento para la actividad económica de la empresa, siendo la cantidad obtenida por la compraventa destinada al pago de deudas pendientes. En el segundo, constituye un arrendamiento financiero con opción de compra con una duración de 120 meses.

Teniendo en cuenta los hechos descritos, nos encontramos ante un arrendamiento financiero, inmobiliario y de retro, donde el usuario y proveedor se confunden. Es el denominado *Leasing* de retro o *Lease-back*¹⁶⁰, que se constituye como una modalidad de *leasing*, careciendo, en consecuencia, de naturaleza típica y consagrándose fundamentalmente en nuestro derecho en el artículo 1255 del Código Civil¹⁶¹. Sin embargo, son diversas las alusiones a esta figura, sobre todo desde un punto de vista tributario. Así, por ejemplo, el *Leasing* de retro o *lease-back*, fue definido por el Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos

¹⁵⁵ STS de 5 octubre de 2000(RJ 2000\7542).

¹⁵⁶ZUNZUNEGUI,F. Arrendamiento financiero[en línea].En *Regulación financiera*. Disponible en: <https://bit.ly/2JheMSA>

¹⁵⁷ STS de 30 diciembre de 2003(RJ 2003\9000).

¹⁵⁸BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, M.P. *Arrendamiento financiero: Aspectos contractuales y concursales.*, *op.cit.*,p.68.

¹⁵⁹ STS, de 11 febrero de 2010(RJ 2010\531).

¹⁶⁰ SAN, de 20 mayo 2004 (JT 2004\1079).

¹⁶¹URREA SALAZAR, M.J. Algunas consideraciones acerca del contrato de lease back[en línea].En: *Economist&Juris*2017.2017.[Consulta: 20 de mayo de 2017]Disponible en: <https://bit.ly/2sBaFpY>

de suerte, envite o azar y apuestas¹⁶², en su artículo 26.3 como “*la venta realizada a una Empresa de arrendamiento-financiero, cuando ésta arriende el bien en el mismo acto a su vendedor*”.

La operación consiste en que el propietario de un activo (mueble o inmueble) lo enajena a una sociedad de *leasing* para conseguir la liquidez que necesita, celebrando a continuación un contrato de arrendamiento financiero sobre el mismo con el comprador¹⁶³. Por lo tanto, como ocurre en este caso, la titularidad del bien se transmite al comprador (a la sociedad de *leasing* Seudbank), pero la sociedad vendedora (*Translogic*) mantiene el derecho de seguir usándolo. Este procedimiento permite a una empresa convertir sus propios bienes en dinero, permitiendo solucionar problemas de financiación o tesorería¹⁶⁴.

El Tribunal Supremo, en cuanto a la peculiaridad de la desaparición de la figura del tercero proveedor del bien, al contrario del *leasing* típico, reconoce este contrato como lícito y válido¹⁶⁵. En posteriores sentencias, el Tribunal Supremo declara el contrato de *lease-back* como una modalidad de arrendamiento financiero donde “*desaparece la figura del tercero proveedor del bien y si bien se trata de un contrato lícito y válido, al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, para registrarlo como tal se exige que haya mediado efectiva compra de la financiera a la arrendataria con la consiguiente tradición, aun en la forma simbólica de solo consensu (artículo 1.463 del Código Civil), pero, en todo caso, es necesario y determinante dejar de poseer en concepto de dueño o como dueño*”¹⁶⁶.

En relación a este tema, destaca la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo¹⁶⁷, donde se lleva a cabo un estudio completo de la naturaleza jurídica del *lease-back* inmobiliario, confirmando la absoluta licitud jurídica de dicho contrato. En ella se establecen los elementos determinantes para clasificar el contrato de *lease-back* como un contrato distinto del préstamo y con una finalidad económico financiera causalmente autónoma. Entre estos elementos destaca¹⁶⁸:

1. La condición de entidad de crédito del arrendador financiero, es decir, como empresa dedicada habitualmente a la concertación de contratos de esta naturaleza con las debidas autorizaciones (DA1ª Ley 3/1994). En este caso, Seudbank está inscrita debidamente en el Registro y en cuyo objeto social se encuentra la celebración de contratos de *leasing*.
2. La cualidad empresarial del arrendatario financiero, es decir, tiene que ser una persona física o jurídica dedicada a la realización de actividades mercantiles comprendidas en el ámbito del objeto del contrato, como la empresa *Translogic*, dedicada al transporte.
3. La naturaleza y características del bien objeto del contrato, ya que tiene que ser instrumentalmente apropiado para la realización de actividades agrícolas, industriales, profesionales o de servicios, insistiendo en este requisitos diversas sentencias del Tribunal

¹⁶² BOE, núm. 56, de 7 de marzo de 1977.

¹⁶³ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A.J. Lease back o venta con arrendamiento financiero posterior[en línea] En *INEAF Business School*. 2013.[Consulta el 21 de mayo de 2018] Disponible en: <https://bit.ly/2JxY8NS>

¹⁶⁴ BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, M.P. *Arrendamiento financiero: Aspectos contractuales y concursales, op.cit.*, p.74.

¹⁶⁵ STS, núm. 964/1999 de 20 noviembre(RJ 1999\8615).

¹⁶⁶ STS, núm. 632/2001 de 22 junio(RJ 2001\5073).

¹⁶⁷ STS, núm. 10/2006 de 2 febrero(RJ 2006\494)

¹⁶⁸ PARRA LUCÁN, M.A. Lease-back inmobiliario. Naturaleza del contrato. Usura. Pacto comisorio. En *Nul: comentarios de sentencias*. España: Nulidad de los actos jurídicos, 2007, N°3., ISSN-e 1699-3519.

Supremo¹⁶⁹. En este supuesto, se trata de una nave industrial empleada para la actividad empresarial, por lo que se cumplen este requisito.

4. La compraventa previa del inmueble ligada al arrendamiento financiero posee la finalidad perseguida por la empresa arrendataria de movilizar su activo inmobiliario para obtener liquidez mediante el abandono provisional de un inmueble, como ocurre en este caso en el que Cayetana celebra este tipo de contrato para poder saldar deudas.

5. El contrato debe poner de manifiesto la voluntad de las partes de continuar con el uso del bien mediante un arrendatario financiero, requisito indudable en los hechos descritos al celebrar un contrato de arrendamiento financiero con el consiguiente derecho de uso del bien.

6. La duración del contrato debe ser razonable teniendo en cuenta su finalidad, poniendo en relación este plazo con el plazo mínimo legal de diez años a efectos fiscales (art. 115.2 TRLIS), como el presente contrato firmado por Cayetana, con una duración de 120 meses.

7. Tiene que existir un equilibrio entre el precio de la compraventa previa y el precio del arrendamiento financiero y la sustancial equivalencia de las sumas establecidas con el valor real del bien, unido al carácter homogéneo o progresivo de la amortización (art. 115.4 TRLIS). A falta de datos, y no siendo destacado en el supuesto, se entiende cumplido este requisito.

8. Debe de haber un equilibrio entre las prestaciones determinadas en función de la amortización del bien y la carga financiera, ajustada a los tipos de interés habituales en operaciones similares. En este caso, se establece un interés de demora del 2% mensual y una cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas. Una cláusula de esta naturaleza no puede considerarse descompensada entre ambas partes, ya que el incumplimiento del contrato puede generar perjuicios considerables en contra del arrendador, así como múltiples inconvenientes derivados de la recuperación del crédito. Analizando las circunstancias en las que se produce el incumplimiento y, aunque en dicho momento la empresa pasase por una situación complicada, no puede apreciarse que fue aceptada por una situación angustiosa. Siguiendo al Tribunal Supremo¹⁷⁰, no puede considerarse que tenga lugar un desequilibrio entre las partes, ya que, en un principio, se entiende que el cobro íntegro del crédito no impide ejercer la opción de compra en favor del arrendatario financiero. Además, el ejercicio previo de la cláusula resolutoria por parte del arrendatario no se considera desproporcionado ya que Translogic solo hace efectivas una parte mínima de las cuotas en relación a las pactadas.

9. Debe de existir un derecho de opción de compra a favor del arrendatario financiero al finalizar el contrato por un precio equivalente a su valor residual, teniendo en cuenta el grado de amortización del bien, por lo que el precio fijado para el ejercicio de la opción de compra podrá ser muy inferior a su valor inicial (art. 115.3 TRLIS y STS de 2 de diciembre de 1999). Como se expuso al comienzo, el contrato de *leasing* incorpora dicho derecho de opción de compra.

Por lo tanto, se cumplen todos los requisitos que definen la figura de *lease back* y no existe duda de que Translogic y Seudbank firman un contrato de esta modalidad de arrendamiento financiero.

¹⁶⁹ STS de 10 febrero de 2005(RJ 2005\1405).

¹⁷⁰ STS de 2 febrero de 2006(RJ 2006\494).

III. Cláusulas usurarias

Este contrato de arrendamiento financiero cuenta, además, con una cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas que permite a la entidad financiera exigir el importe de todos los recibos impagados, vencidos y por vencer además de un interés de demora del 2%. Translogic se plantea emprender acciones legales para declarar dicho contrato nulo por haber sido aceptada dicha cláusula por encontrarse en una situación angustiosa. Ante dicha pretensión, esta empresa de transportes tendría que presentar la demanda reclamando la nulidad del contrato ante el Juzgado de Primera Instancia de La Coruña, ya que es competente el tribunal del lugar en que esté sita la finca (art. 52.1.7 LEC).

Para considerar las intenciones de Translogic, a continuación se llevará a cabo un análisis de dicha figura, determinando si pueden ser considerada abusiva y si se encuentran, por tanto, dentro de la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios¹⁷¹.

La usura puede definirse, en síntesis, como el cobro de tipos de interés desmesurados sobre los préstamos¹⁷². La ley sobre contratos de préstamos usurarios o Ley Azcárate, prohíbe los intereses abusivos tanto en consumidores como en empresarios, sean remuneratorios o de demora, o estén en el tipo o camuflados mediante comisiones¹⁷³. Como se llevó a cabo en la anterior cuestión, se acudirá a la jurisprudencia para abordar el presente tema. El Tribunal Supremo, en su ya comentada sentencia 409/2006¹⁷⁴, niega la aplicación tanto del art. 1 de la Ley sobre represión de la usura en relación al art. 1281¹⁷⁵ del Código Civil como del artículo 9 de dicha ley. La imposibilidad de su aplicación, según este tribunal, se encuentra en la calificación del contrato como lease-back, ya que no se puede considerar que se haya celebrado una operación sustancialmente equivalente a un préstamo (art. 9 de la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios)¹⁷⁶. La entidad de leasing no presta directamente dinero al usuario sino que le compra la nave para después cedérsela en arrendamiento financiero, sin que Translogic, por tanto, adquiera la propiedad de los bienes. Es decir, el lease-back, aun faltándole el requisito de la intervención de un tercero como proveedor diferente al arrendatario financiero, mantiene las características y la finalidad económico-social propias del contrato de leasing, con una particular estructura causal y autonomía contractual frente al préstamo puro. Por lo tanto, la razón de ser del préstamo y lo relevante es recibir dinero, sin embargo en el *leasing* se financia directamente la adquisición del objeto¹⁷⁷. Además, no se puede excluir de la definición de los contratos de *lease-back* aquellos contratos en los que la cantidad obtenida antes del arrendamiento financiero por la

¹⁷¹ BOE, núm. 206, de 24/07/1908.

¹⁷² WOLTERS KLUWER. Usura. En *Guías Jurídicas Wolters Kluwer* [Consultado el 21 de mayo de 2018]. Disponible en <https://bit.ly/2L3Pgg5>

¹⁷³ BURGUERA ABOGADOS. Nueve puntos clave sobre la Ley de Usura [en línea] En *Burguera Abogados*. 2017. [Consultado el 21 de mayo de 2018] Disponible en: <https://bit.ly/2sJEcNF>

¹⁷⁴ STS de 2 febrero de 2006(RJ 2006\494).

¹⁷⁵ Artículo 1281: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

¹⁷⁶ Artículo 9: "Lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido".

¹⁷⁷ PERRUCA ALBADALEJO.V. Contrato mercantil de arrendamiento financiero: leasing. En *Noticias Jurídicas*. 2008. [consultado el 18 de mayo de 2018] Disponible en: <https://bit.ly/2M52vOY>

venta del bien vaya destinado al pago de deudas de la sociedad, ya que *“la liquidación del pasivo constituye una de las actividades encaminadas a garantizar el buen funcionamiento de las empresas mercantiles”*¹⁷⁸.

Aunque hay que señalar que existen posiciones doctrinales que consideran asimilable la naturaleza del contrato de *leasing* con la del préstamo basándose en su carácter financiero, donde la transmisión de la propiedad sería puramente formal y limitada a los efectos propios de garantía¹⁷⁹. En este sentido autores como M^a Ángeles Parra Lucán declara que *“es erróneo entender, como hace el Supremo, que la Ley de usura sólo es aplicable a los préstamos. Cuando la finalidad de un contrato, típico o atípico, o de una operación financiera compleja, es crediticia, y sin necesidad de entender que hay un préstamo encubierto, que hay simulación, procede la aplicación de la Ley de usura”*.

Por todo ello, no cabría la nulidad del contrato de *lease-back*si alegando la aplicación de la Ley La ley sobre contratos de préstamos usurarios o Ley Azcárate.

IV. Acciones del arrendador

Seudbank, ante el impago de las cuotas por parte de Translogic, en 2017 inicia un proceso pretendiendo el cumplimiento del contrato, sobre el que recayó sentencia el 20 de diciembre del mismo año, pero no consta que Seudbank llegase a cobrar lo reclamado a Translogic.

En el caso de que Traslogic iniciase acciones legales contra Seudbank, esta empresa de arrendamiento financiero podría contestar a la demanda solicitando la ejecución de la sentencia en la que se condena a Translogic al cumplimiento del contrato.

Hay que tener en cuenta que Seudbank previamente inicia un procedimiento reclamando el cumplimiento de la obligación, por lo que no podría solicitar la resolución del contrato. Este acreedor solo podría solicitar la resolución del contrato cuando *“aun después de haber optado por el cumplimiento, éste resultare imposible”* (art. 1124 CC). La falta de cumplimiento efectivo de la deuda no se puede equiparar con la imposibilidad de cumplimiento de la misma, como exige la jurisprudencia en diversas sentencias del Tribunal Supremo, cuando manifiesta que la falta de ejecución (voluntaria) de la sentencia que condena al cumplimiento del deudor no es asimilable a un caso de imposibilidad del cumplimiento a que se refiere el art. 1124 CC¹⁸⁰. Además, aclara la imposibilidad de que la sociedad de *leasing* logre simultáneamente los efectos del cumplimiento y de la resolución del contrato (art. 71.3 LEC)¹⁸¹.

La exigencia de las cuotas vencidas y de las pendientes (incluida, en un principio, la opción de compra) no impide que la propiedad del inmueble pase al usuario. Sin embargo, si la sociedad de *leasing* no hubiera iniciado previamente el ejecutivo y hubiera optado por formular demanda de resolución del contrato de *leasing* la sociedad conservaría la propiedad del objeto del contrato, como defiende la jurisprudencia.

¹⁷⁸ STS de 2 febrero de 2006(RJ 2006\494).

¹⁷⁹ STS de 26 marzo de 1993(RJ 1993\2241).

¹⁸⁰ STS de 29 mayo de 2000(RJ 2000\3944).

¹⁸¹ STS de 4 marzo de 2002(RJ 2002\2658).

Conclusiones

BLOQUE I

- I. La libertad de empresa y de mercado desaparece cuando tienen lugar fijaciones de precios, provocando el deterioro de la competencia en el mercado, en este caso, de camiones. No hay duda de que el hecho de que estos fabricantes de camiones hayan participado en un cartel en lugar de competir por completo, además de los acuerdos con sus distribuidores, constituye una clara infracción de las normas de competencia de la UE y sea cual sea la condición del acuerdo colusorio, horizontal o vertical, el perjuicio de este tipo de actos en el mercado es indudable.
- II. El cártel es el tipo de conducta prohibida prioritaria en el derecho de la competencia, por eso su normativa ha ido evolucionando para favorecer su detección y la eliminación de este tipo de acuerdos en el mercado, ya que el precio, en este caso, de los camiones, es uno de los factores fundamentales para mantener la competencia en este mercado, permitiendo ofrecer este tipo de vehículos a los consumidores en los términos más favorables.
- III. Para lograr un correcto funcionamiento del mercado, tanto en la Comunidad Europea como en España, existen dos vías de protección de la competencia: Una protección pública, cuyos intereses son defendidos por organismos gubernamentales o administrativos, así como una protección, por parte de los jueces civil o de Derecho privado, de los intereses privados de los afectados por estas prácticas restrictivas de la competencia, fenómeno denominado “*private enforcement*”.
- IV. La Comisión Europea, por el considerable impacto de dichas prácticas en el mercado europeo de camiones, en virtud del artículo 101 del TFUE, será competente para declarar la existencia, tanto del cártel como de las prácticas de restricción vertical, así como la imposición de la correspondiente multa administrativa a los infractores, fabricantes y distribuidores.
- V. El objetivo de la Directiva 2014/104/UE es favorecer el proceso de reclamación de daños derivados de las infracciones *antitrust* e incentivar su demanda. En concreto, la declaración del cártel de camiones por parte de la Comisión facilita, a continuación, el proceso probatorio en el procedimiento civil de reclamación de dichas indemnizaciones.
- VI. La entidad Translogic, en virtud al Título VI de la Ley de defensa de la Competencia, se considera legitimada para solicitar el pleno resarcimiento (tanto el daño emergente como el lucro cesante) del perjuicio sufrido derivado directamente de la conducta *antitrust*, presentando demanda ante los Juzgados de lo Mercantil del domicilio social de cualquiera de los infractores, dada la responsabilidad social que tiene lugar entre ellos. Además, junto con dicha indemnización, podrá solicitar, en su caso, la nulidad contractual de dichos actos, eliminando todo vínculo pasado, presente o futuro.

BLOQUE II

- VII. La importancia de las competencias que se encomiendan a los administradores sociales y los efectos que pueden causar dichas responsabilidades, tanto a la sociedad, como a los socios como a terceros, son razones suficientes para que la normativa societaria regule un régimen de responsabilidad civil para aquellos que ejerzan estos cargos, así como una serie de deberes inherentes al cargo de administrador, creando un patrón de actuación reforzado recientemente en la Ley 31/2014. Además, dichas actuaciones dan lugar, de igual forma, a responsabilidades penales, dada la gravedad de las consecuencias.
- VIII. La conducta llevada a cabo por Fernando constituye un incumplimiento de la ley y de los estatutos, que conlleva, a su vez, a un incumplimiento de los deberes inherentes de los administradores (Art. 225 y ss del TRLSC), en concreto, el deber de diligencia y el deber de lealtad, dando lugar a la acción social de responsabilidad (Art. 238 TRLSC) por parte de la Sociedad FIAT Chrysler España.
- IX. Estas actuaciones constituyen, de acuerdo al Código Penal anterior a la reforma del 2015, un delito de falseamiento de las cuentas anuales de la entidad así como un delito de apropiación indebida, en virtud de los artículos 290 y 252 del Código Penal respectivamente.

BLOQUE III

- X. El *lease-back* no deja de ser una modalidad de arrendamiento financiero, constituyéndose, por tanto, como una operación autónoma y de naturaleza atípica. Su particularidad respecto del *leasing* típico o tripartito se encuentra en la confusión del proveedor con el arrendatario financiero, considerándose, a pesar de ello, una figura igualmente lícita.
La finalidad de esta clase de arrendamiento es conseguir liquidez, evitando las exigencias propias que conlleva la solicitud de un préstamo. Por lo tanto, y atendiendo a sus características y a su naturaleza autónoma, no se puede considerar al *lease-back* equiparable a un contrato de préstamo y, en consecuencia, susceptible de ser sometido a la Ley de Usura o Ley Azcárate. Por todo ello, si no hay préstamo, si no hay negocio que encubra préstamo ni abuso de situación angustiosa, no cabe la nulidad del contrato.
- XI. Ante las pretensiones de Translogic de declarar el contrato nulo, Seudbank, al haber optado previamente por el cumplimiento del contrato, podrá solicitar la ejecución de la sentencia condenatoria pero no podrá exigir la resolución del contrato, salvo que probase que el cumplimiento resultó imposible, condición que en el presente caso no se cumple ya no puede considerarse imposible por el hecho de que Translogic no haya cumplido con su deuda. La exigencia de las cuotas vencidas y de las pendientes (incluida, en un principio, la opción de compra) no impide que la propiedad del inmueble pase al arrendatario. Sin embargo, si la sociedad de *leasing* no hubiera iniciado previamente el ejecutivo y hubiera optado por formular demanda de resolución del contrato de *leasing* la sociedad conservaría la propiedad del objeto del contrato.

Bibliografía

- BENITO OSMA, F., et al. *GPS:Derecho de sociedades*. 3ª Edición. Valencia : Tirant lo Blanch, 2018, p.286.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. *Apuntes de derecho mercantil: Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*. Navarra:Thomson Reuters Aranzadi,2016.
- BERENGUER FUSTER.L .,GINER PARREÑO.C.A.,ROBLES MARTÍN-LABORD.A. *La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia*. Madrid:Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales , 2010.
- BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, M.P. *Arrendamiento financiero: Aspectos contractuales y concursales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.62.
- BROSETA PONT,M. y MARTÍNEZ SANZ,F. *Manual de derecho mercantil*, volumen I. 24ª Edición. Madrid: Tecnos, 2017.
- BURGUERA ABOGADOS. Nueve puntos clave sobre la Ley de Usura [en línea]En *Burguera Abogados*.2017.[Consultado el 21 de mayo de 2018] Disponible en: <https://bit.ly/2sJEcNF>
- CADENA SERRANO, F.A. *Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida tras la reforma de 2015*.2016.(Ponencia)[Consultado el 16 de mayo de 2018] Disponible en:https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20%20Cadena%20Serrano%20Fildel.pdf?idFile=afb72647-93ea-4e9e-9669-a700366bf04c
- CAMPUZANO, A.B., PALOMAR OLMEDA,A. y CALDERÓN, C.: *El derecho de la competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- CNMC.Conductas anticompetitivas. En *Web de la CNMC*. [Consulta: 11 abril 2018]. Disponible en:<https://bit.ly/2l5bO4>
- CNMC.Qué es la CNMC. En *Web de la CNMC*. [Consulta: 20 abril 2018]. Disponible en:<https://bit.ly/2kL81Kb>
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro Verde de la Comisión sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* N°5. Bruselas, 2002.
- CRUZ RIVERO, D. La administración de la sociedad, en AA VV, *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*, T.XVII (Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A., coord.) Madrid : Marcial Pons, 2013, pp. 542 y ss.
- CURTO POLO,M.M. “Prohibición de las conductas colusorias”, en AA, VV, *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*(CARBAJO, CASCÓN, F.,Coord). Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA(Comisión europea). *Un mejor funcionamiento de los mercados:competencia*[En línea].Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la Unión europea,2014,p.3.[consulta 22 de mayo de 2018].Disponible en:<https://bit.ly/2xFGFy>
- ESTEBAN, A. ¿Qué es un cártel?. En : *CNMC Blog*.19 febrero de 2016 [consulta 01-03-2018]. Disponible en:<https://blog.cnmc.es/2016/02/19/que-es-un-cartel/>
- FARALDO CABANA, P. *Los Delitos societarios: La reforma del código penal de 2015*. 2ªEdición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pag 408.
- FERRUZ AGUDO,L. y LÓPEZ ARCEIZ,F.J. Arrendamiento financiero: Estudio jurídico-contable y aplicación práctica. Legal and accounting research and practical application.En: *Análisis Financiero*[en línea] Madrid: Instituto Español de Analistas Financieros,2013, no.121, pp. 80-89. [Consulta: 16 de mayo de 2018]Disponible en:<https://bit.ly/2sBshSN>
- FLORES CACHO, D y REMÓN PEÑALVER, A. *Delitos societarios : comentarios a los artículos 290 a 297 del Código penal*. Hospitalet de Llobregat : Wolters Kluwer, 2017, p.207.
- GARCÍA MARTÍN, R. Responsabilidad penal de los administradores: el administrador como sujeto responsable[en línea] En *Lemat*. 2015. [Consultado el 15 de mayo de 2018] Disponible en: <https://bit.ly/2LJbsgL>
- GARRIGUES. Comentario: competencia y litigación y arbitraje. En *Garrigues*.2017. (Consultado el 1 de mayo de 2018) Disponible en: <https://bit.ly/2JaFmfZ>
- FERRÁNDIZ, P. Exhibición de pruebas en procedimientos de daños antitrust . En *Almacén de Derecho*.2017.(Consulta el 18 mayo de 2018)Disponible en: <https://bit.ly/2xE9DhV>
- HERRERO SUÁREZ, C. La nulidad de las conductas anticompetitivas. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* . Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017,Núm. 763.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MB. y COHEN BENCHETRIT.A. *Derecho de sociedades: Revisando el derecho de sociedades de capitales*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2018, p.1288.
- GALÁN MUÑOZ, A. *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.”Aplicación privada o judicial del derecho de la librecompetencia”en AA, VV, *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*(CARBAJO, CASCÓN, F.,Coord). Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.311.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. *Derecho de sociedades mercantiles*.2ª Edición. Valencia : Tirant lo Blanch, 2016, p.344.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: Apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de la Ley de

- transposición. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid: Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Vol. 9, Nº1 ,2017, p.126.
- IRÁCULIS ARREGUI,N. La lucha óptima contra los cárteles: expresión en el transporte de mercancías por carretera En *Revista de Derecho de la Competencia y de la distribución*. 2014, nº 14.
- JIMÉNEZ SERRANÍA,V. The Directive on antitrust damage actions a critical review. En *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. Madrid:Marcial Pons, 2014-1015, tomo 35, p.113.
- LAUNA ORIOL, C. *Falsedad documental societaria: Art.290 del Código Penal*(Ponencia).2017. [Consultado el 15 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2LY7DnU>
- MAQUEDA ABREU, M.L *El derecho penal en casos. Parte general : teoría y práctica*.5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.53
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Pasado, Presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida. En *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela : Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, vol. XXXV ,2015.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A.J. Lease back o venta con arrendamiento financiero posterior[en línea] En *INEAF Business School*. 2013.[Consulta el 21 de mayo de 2018] Disponible en: <https://bit.ly/2JxY8NS>
- MORENO CATENA,V. *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, 7.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013, pág. 360.
- MUÑOZ CONDE, F.*Derecho penal parte especial*.Ed. 19ª .Valencia : Tirant lo Blanch, 2013, p.418.
- 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). Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pag.256.
- PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C. Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracciones de competencia. En *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. Madrid: Wolters Kluwer, 2015 , no.16.
- PARRA LUCÁN, M.A. Lease-back inmobiliario. Naturaleza del contrato. Usura. Pacto comisorio. En *Nul: comentarios de sentencias*. España: Nulidad de los actos jurídicos, 2007, Nº3., ISSN-e 1699-3519.
- PASCUAL Y VICENTE, J. *Mercado, competencia y Estado*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales,2013.
- PERRUCA ALBADALEJO.V. Contrato mercantil de arrendamiento financiero: leasing. En *Noticias Jurídicas*. 2008.[consultado el 18 de mayo de 2018]Disponible en:<https://bit.ly/2M52vOY>
- QUINTÁNS-EIRAS, M.R. Revisión de las normas de competencia sobre acuerdos verticales y prácticas concertadas En *Actas de derecho industrial y derecho de autor*.2009-2010, tomo 30.
- SAN JOSÉ,M.A. y GUTIÉRREZ,A. La actividad en materia de competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en 2015 En *Actas de derecho industrial y derecho de autor*.2015-2016, tomo 36.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen I. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 528 .
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p.3. ISBN 978-84-89315-79-2
- SÁNCHEZ VIZCAÍNO RODRIGUEZ,J. *Materiales docentes de derecho de sociedades*. Murcia: Aedicio ,2016, p.112.
- SOTO PINEDA, J.A. *Vías de aplicación del derecho de la competencia*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2012.
- SUÁREZ HERRERO, C. La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid: Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Vol. 8, Nº1 ,2016, p.150-183.
- URÍA MENÉNDEZ. Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil[En línea]. En *Guías Uría Menéndez*. [Consultad en 14 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2uzE0Ui>
- URREA SALAZAR, M.J. Algunas consideraciones acerca del contrato de lease back[en línea].En: *Economist&Juris*2017.2017.[Consulta: 20 de mayo de 2017]Disponible en: <https://bit.ly/2sBaFpY>
- WOLTERS KLUWERS. Cártel de precio. En *Cinco Días*.2018.[Consultado el 13 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://bit.ly/2Jma4IE>
- WOLTERS KLUWER. Usura. En *Guías Jurídicas Wolters Kluwer* [Consultado el 21 de mayo de 2018]. Disponible en <https://bit.ly/2L3Pgg5>
- ZUNZUNEGUI,F. Arrendamiento financiero[en línea].En *Regulación financiera*. Disponible en: <https://bit.ly/2JheMSA>

Apéndice legislativo y documentos sin carácter normativo

Constitución Española de 1978.

Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia(2004/C 101/03).

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(2004/C 101/05).

Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel(2006/C 298/11).

Comunicación 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.

Declaración/17/3509 del Comisionado Vestager sobre multar a Scania por participar en el cartel de camiones de 27 de septiembre de 2017.

Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE.

Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) nº 1/2003.

Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado(2004/C 101/07).

Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE (antiguo apartado 3 del artículo 81 del TCE).

Directrices Relativas a las Restricciones Verticales(2010/C 130/01).

Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Ley 31/2014 de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Ley 10/2014 de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas.

Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

Reglamento (CE) N°1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Reglamento (CE) N° 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el RD 261/2008 de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Reglamento (UE) N° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Apéndice jurisprudencial y resoluciones

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 16 diciembre 1975(JUR 2018\16898).

STJCE de 28 de enero de 1986(TJCE 1986\34).

STJCE de 20 septiembre 2001(TJCE 2001\237).

STJCE de 13 julio 2006(TJCE 2006\204).

STJCE de 10 septiembre de 2009(TJCE 2009\274).

STJUE de 29 marzo de 2011(TJCE 2011\79).

STJUE de 21 mayo 2015(TJCE 2015\199).

STJUE de 20 enero 2016(TJCE 2016\11).

Tribunal supremo

STS de 26 marzo de 1993(RJ 1993\2241).

STS de 20 noviembre de 1999(RJ 1999\8615).

STS de 19 enero de 2000(RJ 2000\139).

STS de 29 mayo de 2000(RJ 2000\3944).

STS de 5 octubre de 2000(RJ 2000\7542).

STS, núm. 632/2001 de 22 junio(RJ 2001\5073).

STS de 4 marzo de 2002(RJ 2002\2658).

STS de 14 abril de 2003(RJ 2003\4659).

STS de 30 diciembre de 2003(RJ 2003\9000).

STS de 10 febrero de 2005(RJ 2005\1405).

STS de 28 octubre de 2005(RJ 2005\8168).

STS de 2 febrero de 2006(RJ 2006\494).

STS de 22 marzo de 2006(RJ 2006\4896).
STS de 14 julio de 2006(RJ 2006\6088).
STS de 20 enero 2007 (RJ 2007\790).
STS de 19 de junio de 2007(RJ 2007, 5266).
STS de 29 junio de 2009(RJ 2009\4242).
STS de 16 julio de 2009(RJ 2009\6989).
STS de 11 febrero de 2010(RJ 2010\531).
STS de 13 julio de 2010(RJ\2010\7340) .
TST de 28 marzo de 2012(RJ 2012\8194).
STS de 22 octubre de 2013 (RJ 2013\7117).
STS de 7 noviembre de 2013 (RJ 2014\487).
STS del 9 febrero de 2015 (RJ 2015\1626).
STS, de 3 diciembre de 2015 (RJ\2015\5256).
STS de 10 diciembre de 2015(RJ\2005\1084).
STS de 17 marzo de 2016(RJ\2016\1096).
STS de 24 noviembre de 2016(RJ 2016\5633).
STS de 11 diciembre de 2017(RJ 2017\5809).

Audiencia Nacional

SAN de 20 mayo de 2004(JT 2004\1079).

Audiencia provincial

SAP de 26 septiembre de 2016(AC 2016\2253).

Juzgado de Primera Instancia

SJPI de 26 octubre de 2000 (TJCE 2000\257).

SJPI de 8 febrero DE 2017(JUR 2017\114960).

Resoluciones

Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de marzo(AC 2016\1436).

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 marzo 1998 (AC 1998\3780).

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 junio del 2007 (AC 2007\970).

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 29 diciembre 1999(AC 1999\8116).

Resolución Comisión Nacional de la Competencia de 27 noviembre de 2008 (AC 2008\2134).

Resolución Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 febrero de 1997(AC 1997\891).

Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 25 marzo(AC 2013\2170).