



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
Fin de Grado

El Cártel de Camiones
y las Restricciones a
la Competencia

Alumno: José María Portela Vázquez

Tutor: Rafael Colina Garea

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

ÍNDICE SUMARIO.

ÍNDICE DE TABLAS	3
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
SUPUESTO DE HECHO	4
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	7
II. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA, ¿CONLLEVARÍAN LAS PRÁCTICAS LLEVADAS A CABO POR LOS FABRICANTES ALGÚN TIPO DE LIMITACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA? ¿Y LOS ACUERDOS ENTRE FABRICANTES Y DISTRIBUIDORES?.....	9
1. De la limitación a la libre competencia de las prácticas llevadas a cabo por los fabricantes.....	9
2. De la limitación a la libre competencia de los acuerdos entre fabricantes y distribuidores.....	12
III. TENIENDO EN CUENTA QUE LA CONCLUSIÓN A LA QUE LLEGA CAYETANA ES CIERTA, ¿TENDRÍA DERECHO A RECLAMAR ALGÚN TIPO DE INDEMNIZACIÓN?.....	14
1. De la conclusión a la que llega Dña. Cayetana.....	14
2. De las dificultades relativas a la reclamación.....	15
IV. ¿QUÉ VÍAS O CAUCES PODRÍA UTILIZAR CAYETANA PARA LLEVAR A CABO LA MISMA?	20
1. De las pretensiones de Dña. Cayetana.....	20
2. De las acciones que podría emprender TRANSLOGIC para la obtención de la indemnización.....	21
3. De los aspectos procesales del ejercicio de la acción.....	22
V. CALIFIQUE Y ANALICE LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE SE DESPRENDEN DE LA CONDUCTA LLEVADA A CABO POR FERNANDO S. RESPECTO DE LA CONTABILIDAD DE LA EMPRESA.....	25
1. De la conducta de Fernando S.	25
2. De las posibles figuras delictivas.....	27
A). De la procedencia del delito de administración desleal.....	28
B). De la procedencia del delito de apropiación indebida.....	29
C). De la procedencia del delito de falsedad en cuentas de la sociedad.....	30
VI. ¿ANTE QUÉ ÓRGANO JURISDICCIONAL PLANTEARÍA TRANSLOGIC LA DEMANDA? ¿CONSIDERA QUE ES NULO EL CONTRATO DE LEASING? ¿QUÉ PODRÍA HACER SEUDBANK SI EFECTIVAMENTE TRANSLOGIC LLEVA A CABO ACCIONES LEGALES?	32
1. Del órgano jurisdiccional competente.....	32
2. De la nulidad del contrato de leasing.	33
3. De la defensa de SEUDBANK.....	36
VII. CONCLUSIONES FINALES	38
VIII. BIBLIOGRAFÍA	41
IX. JURISPRUDENCIA	44
1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	44
2. Tribunal Supremo.....	44
3. Audiencias Provinciales.....	45

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Asiento en el libro diario realizado por Fernando S.	25
Tabla 2. Implicaciones del asiento en la cuenta de pérdidas y ganancias.....	26
Tabla 3. Implicaciones del asiento en el balance de la sociedad.	26

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CC.	Código Civil
CE.	Comunidad Europea
Cit.	Citado
CNC.	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC.	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CP.	Código Penal
Dña.	Doña
Dir.	Director
Dirs.	Directores
EEE.	Espacio Económico Europeo
LDC.	Ley de Defensa de la Competencia
LEC.	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO.	Ley Orgánica
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial
nº	Número
P.	Página
Pp.	Páginas
S. A.	Sociedad Anónima
TCE.	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE.	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE.	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
SAP.	Sentencia de la Audiencia Provincial
STJUE.	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

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

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

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

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

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

Por su parte, Fernando S. – director de FIAT Chrysler España – tras haber dedicado más de 20 años de su carrera profesional a la citada compañía y no haber visto suficientemente recompensado dicho esfuerzo, en el año 2014 procede a realizar la siguiente operación:

como administrador de la sociedad encargado de su contabilidad procede a dar de baja de la contabilidad de la empresa un elemento de inmovilizado material registrado en la cuenta 220 (“Inversiones en terrenos”) cuyo valor en contabilidad era de 4.000.000 euros. Dicho importe decide llevarlo a la cuenta 672 (“Pérdidas procedentes de inversiones inmobiliarias”). El balance de situación de la empresa, junto con los demás documentos que conforman la información contable fueron debidamente aprobados por la Junta General de Accionistas en tiempo y forma.

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

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

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

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

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

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

Durante los primeros meses, TRANSLOGIC paga en tiempo y forma las cuotas establecidas. Sin embargo, tras hacer efectivas las 15 primeras cuotas, deja de cumplir su obligación. Ante esta situación, SEUDBANK SA instó procedimiento ejecutivo sobre el

que recayó sentencia el 20 de diciembre de 2017 pero no consta que en dicho pleito se hiciera efectiva la deuda.

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

CUESTIONES:

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

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

En este trabajo de fin de grado se pretende abordar la problemática suscitada por los principales comportamientos llevados a cabo por los diferentes actores presentados en el supuesto de hecho, así como sus efectos en sus diferentes esferas de influencia, para así arrojar luz sobre una serie de interrogantes que se presentarán a continuación y encabezará cada uno de los apartados en los que se divide el trabajo.

Podemos diferenciar tres bloques que, conectados, proporcionan un hilo conductor a través de unos hechos que se remontan hasta los primeros años de la última década del siglo XX y que continúan en el presente.

El primero de los bloques correspondería al Derecho de la Competencia, donde 3 empresas con un gran poder de mercado en Europa, respecto a un mismo producto, coordinan sus actuaciones y arrastran con su conducta a un conjunto de empresas, unas de manera consciente, a cambio de una compensación económica, y otras que sin saberlo soportaran los daños de dichas acciones perniciosas. En relación a esto, se analizará no solo la naturaleza de los acuerdos que llevan a cabo las principales empresas, sino también la de los pactos realizados por estas últimas y sus distribuidores.

Para ello se estudiará la principal norma española que regula el ejercicio y la defensa de la libertad de competencia, la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia y su interpretación por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (y su predecesora, la Comisión Nacional de la Competencia) y por parte de la doctrina. Adicionalmente, con motivo de la europeidad del ámbito de actuación de las empresas, se hará hincapié en la legislación europea reguladora de la misma materia, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Concretamente dentro de este análisis se tratará de arrojar, cuanto menos, un poco de claridad (apoyándonos en los tres principales materiales utilizados por la ciencia jurídica, legislación, jurisprudencia y doctrina) acerca de las siguientes cuestiones:

- Cuál va a ser la clase de responsabilidad que han de soportar las culpables.
- Cuáles van a ser las vías de que disponen las empresas perjudicadas para la satisfacción de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Así como cuáles serán los aspectos procesales de las mismas de acuerdo con la legislación vigente.
- Cuáles serán las dificultades que las empresas afectadas tendrán que afrontar para poder obtener el pleno resarcimiento por los daños producidos. A saber, en primer lugar, la demostración de la existencia de una subida de precios por parte de empresas que, no siendo partícipes de los acuerdos se aprovechan de su existencia y, subsecuentemente, en segundo lugar, superar la probable respuesta de las demandadas basada en el posible hecho de que el daño haya sido trasladado por las demandantes a sus propios clientes.

El segundo de los bloques corresponde al ámbito del Derecho Penal, aquí se analizarán las consecuencias jurídicas derivadas de una alteración en el libro diario de una de las empresas cuyo comportamiento en el mercado va ser cuestionado en el primer bloque. En concreto, el administrador único de la sociedad habría dado de baja de dicha contabilidad un bien inmueble con la intención de aprovecharlo en otra compañía copropiedad de él mismo y de su esposa.

Legislación, jurisprudencia y doctrina serán examinadas con el fin de dilucidar cuál de las diversas figuras delictivas bajo las cuales se podría subsumir la ya mencionada conducta, dicho análisis se realizará bajo la consideración del cambio legislativo en materia que supuso la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal debido que los hechos se produjeron en el año 2014 y se están analizando en el año 2018.

A tales efectos, es fundamental no vulnerar ni el principio de legalidad penal (expresado por Feuerbach con el aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, ni el principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable. En consecuencia, para determinar si se cumplen los requisitos necesarios, se analizarán los delitos que a priori parecen adecuados, tanto antes de la ya mencionada reforma como después, siendo estos los de:

- Administración desleal,
- Apropiación indebida y
- Falsedad en las cuentas de la sociedad.

Finalmente, el tercero y último de los bloques en los que se pueden clasificar el conjunto de conductas recogidas en el supuesto de hecho propuesto se encuadra en el ámbito legal de la usura. Ante un contrato de arrendamiento financiero, se plantea la cuestión de si un interés moratorio de un 2% mensual debe ser considerado abusivo, y, por lo tanto, en aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura, dicho contrato deberá ser considerado nulo. Con respecto a la problemática aquí sucinta se estudiarán legislación jurisprudencia y doctrina para tratar de dar respuesta a las siguientes cuestiones:

- Que órgano jurisdiccional resulta competente para conocer de la cuestión.
- Cuáles podrán ser los argumentos que pueden plantear el arrendatario financiero TRANSLOGIC para obtener la declaración de nulidad del contrato de leasing.
- Sobre que razonamientos puede la financiera SEUDBANK defender la inexistencia de usura en el contrato.

II. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA, ¿CONLLEVARÍAN LAS PRÁCTICAS LLEVADAS A CABO POR LOS FABRICANTES ALGÚN TIPO DE LIMITACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA? ¿Y LOS ACUERDOS ENTRE FABRICANTES Y DISTRIBUIDORES?

Para poder dar respuesta a estas dos cuestiones se requiere, primero, un análisis no solo de las vicisitudes del acuerdo, sino también de las condiciones de los participantes y, también, de los efectos que dicho pacto puede producir. El Derecho de la competencia español se apoya en dos sistemas normativos complementarios. Por un lado, tenemos el regulador de la competencia desleal cuyo objetivo es la corrección en el desarrollo de las acciones competitivas en el mercado. Por otro lado, tenemos el segundo, el cual se orienta hacia la defensa de la libertad de la competencia y que veta o examina el comportamiento de los intervinientes en el mercado que pueden llegar a anular la existencia de competencia en el mismo¹.

1. De la limitación a la libre competencia de las prácticas llevadas a cabo por los fabricantes.

En los hechos anteriormente planteados, una serie de empresas, las cuales ostentan el 80% de la cuota de mercado de un producto concreto (en este caso camiones rígidos y las cabezas tractoras consideradas como camiones medianos o pesados), llevan a cabo una serie de reuniones, las cuales, a partir de 1997 adquieren la finalidad de “fijar los precios brutos de los camiones con sus diferentes configuraciones y versiones y determinar las condiciones respecto de las empresas distribuidoras.”

Si esta clase de acciones se pueden considerar o no, lesivas para la libre competencia nos lo va a indicar la normativa defensora de la libertad de competencia. A tales efectos, el legislador ha provisto de una definición de cártel en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), la cual expresa que “se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales”.

Por lo tanto, solamente en el caso de que los pactos llevados a cabo por las empresas MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España se puedan subsumir dentro de esta definición, se podrá hablar de la existencia de un cártel en los términos previstos por la normativa española, y, en consecuencia, de la existencia de acciones lesivas de la libertad de competencia.

De la definición de cártel contenida en la LDC, se pueden extraer una serie de requisitos que han de cumplirse para poder hacer tal afirmación. El primero de ellos consiste en que el concierto ha de realizarse con respecto a dos o más competidores, de tal manera que si el pacto se realiza entre fabricantes participantes de mercados diferentes no se podría hablar de cártel. Sin embargo, las tres empresas pactantes se dedican a la comercialización del mismo producto, además se trata de empresas que en conjunto suponen el 80% de ese

¹ ALONSO SOTO, R. “Derecho de la competencia (I)”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho mercantil Volumen I*. A. Menéndez y A. Rojo (dir.). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2013, p. 303.

mercado, lo cual, de por sí, otorga un gran poder. Dicho poder va a ser utilizado con vistas a cumplir con el segundo requisito exigido por la LDC.

Este requisito consiste en que el objetivo de tal pacto ha de ser bien coordinar el comportamiento competitivo de las empresas participes o bien influir en los parámetros de competencia. Además, la definición ofrece, a modo de ejemplo, una serie de prácticas las cuales identifica con tales fines, entre las cuales se encuentra la fijación de precios. Ya que en el seno de las reuniones el tema central era el intercambio de información con vistas a que “los diferentes fabricantes decidían (...) ese mismo momento, cuál sería el incremento de esos precios para los meses siguientes”. Por lo tanto, podemos afirmar la existencia de una práctica consistente en la fijación de precios. A través del establecimiento de precios, las empresas participes coordinan su actuación en el mercado y además influyen en los parámetros de competencia. Por todo ello se puede calificar el pacto entre fabricantes como un cártel.

Ahora bien, la LDC va más allá de ofrecer una definición de las conductas que atentan contra la libertad de competencia. También las prohíbe, así en su artículo 1.1.a) se recoge el veto a “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 y, en particular, los que consistan en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.”

A mayores, la LDC clasifica como muy graves (art. 62.4 LDC) cualquier acción encaminada a quebrantar dicha prohibición, y de acuerdo con el art. 63.1.c) de la misma ley, dichas vulneraciones pueden acarrear una pena pecuniaria de hasta el 10% del volumen de negocios total obtenido por la empresa infractora en el ejercicio económico inmediatamente anterior a la imposición de la multa. A estos efectos, el Tribunal Supremo ha desarrollado el concepto de volumen de negocios a los efectos de la sanción, de tal manera que debe entenderse como el volumen de negocios total y no solo el volumen de ventas afectado por la práctica anticompetitiva.²

Sin embargo, la duración de la conducta lesiva abarca un periodo que va desde el año 1997 hasta, suponemos la actualidad, puesto que no se ofrece información concerniente a la finalización de dichas acciones. 20 años durante los cuales han estado vigentes, sucesivamente, dos normas con rango de ley. Por un lado, la ya mencionada LDC y, por otro lado, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Surge, por lo tanto, la duda de si aplicar la normativa actualmente vigente es compatible con el principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable, puesto que se vulneraría en caso de que la redacción de la actual ley de competencia fuera menos beneficioso para los infractores.

Como consecuencia de esto, la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) ha precisado a través de diferentes resoluciones que, la normativa aplicable ha de ser aquella que más favorezca al infractor, conforme a los principios de irretroactividad de la norma penal desfavorable. A tales efectos, la CNMC ha considerado en su resolución de 21 de noviembre de 2017 (Expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT) que el régimen contenido en la LDC es, globalmente, más propicia para quien

² STS de 29 de enero 2015 (RJ 2015\311); STS de 14 de julio de 2017 (RJ 2017\3695); STS de 24 de febrero de 2017 (RJ 2017\1913), entre otras.

lo vulnera que el contenido en la Ley 16/1989. Subsecuentemente la ley aplicable a la hora de analizar las conductas de las empresas partícipes del cártel será la LDC.

Es necesario mencionar, que debido a que las empresas participantes del cártel engloban el 80% de la cuota de mercado de los camiones en el ámbito europeo, hay que traer a colación la redacción del artículo 101.1.a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) por el cual “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos 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 y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción”³.

Nos encontramos ante otra norma que recoge la antijuridicidad de las conductas llevadas a cabo por el cártel (un acuerdo entre empresas con el fin de impedir o restringir la libre competencia). De tal forma que las acciones llevadas a cabo por el cártel conformado por las empresas MAN España, Daimler España y Fiat Chrysler España también se encuentran prohibidas por el Ordenamiento Jurídico europeo. Ante esta situación la problemática que se nos plantea es cómo van a interaccionar ambas normativas frente a las acciones anticompetitivas de estas empresas.

La respuesta la encontramos 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, recoge, en su artículo 11.1 que “la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros aplicarán las normas de competencia comunitarias en estrecha colaboración.” Este régimen de colaboración, sin embargo, no se manifestaría en la práctica, en condiciones de igualdad.

Esto es debido a que, si es la autoridad de competencia de un Estado Miembro (en nuestro caso la CNMC) quien primero actúa frente a acciones anticompetitivas del art. 101 TFUE simplemente deberá informar por escrito a la Comisión. Pero, si por el contrario, es la Comisión quien incoa un procedimiento con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del Capítulo III del mismo reglamento (esto es, constatación y cese de la infracción, medidas cautelares, compromisos y declaraciones de inaplicabilidad) esta actuación por parte del ente europeo privará a dichas autoridades de competencia estatales de su competencia (valga la redundancia) incluso si la CNMC ya se encuentra actuando en el asunto concreto, aunque, deberá consultar primero a la autoridad de competencia estatal⁴.

³ Nótese que dicho artículo 101.1.a) TFUE se corresponde con el antiguo artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) que estuvo vigente con anterioridad a 2009.

⁴ GUILLÉN CARAMÉS, J., “La compleja interacción entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional en la aplicación pública del Derecho de la competencia: a propósito de los programas de clemencia”. *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, N° 59, 2016, pp. 105-106.

2. De la limitación a la libre competencia de los acuerdos entre fabricantes y distribuidores.

La cuestión que se plantea aquí es saber si, los distribuidores, aun no habiendo participado activamente en las reuniones de fijación de precios realizadas por los fabricantes, serían también partícipes de la lesión a la libre competencia.

Se nos indica en el supuesto de hecho que los distribuidores habrían aceptado las condiciones de las empresas miembros del cártel. Pero dicha aceptación no está condicionada a la poderosa situación de mercado de los cartelistas (que recordamos ostentan el 80% de la cuota de mercado europeo), sino porque se les ofrece una suma de dinero a modo de compensación por la pérdida de competitividad que la acción del cártel les puede ocasionar.

Así las cosas, podemos afirmar que, en condiciones normales, la actuación del cártel claramente perjudicaría a los distribuidores, es decir, estos últimos serían víctimas de la conducta contraria a la competencia y estarían legitimados a exigir la reparación del daño. Sin embargo, aquí los distribuidores aceptan las condiciones a sabiendas de lo dañino de sus consecuencias y actúan a favor del cártel a cambio de una suma de dinero. Por lo tanto, los distribuidores devienen en parte perjudicante y no perjudicada pues su conducta es contraria al derecho a la libre competencia.

Una vez analizada la globalidad de los acuerdos, nos encontramos en condiciones de clasificarlos. Por un lado, existen unos pactos entre fabricantes, empresas al mismo nivel y por lo tanto horizontales. Por otro lado, hay acuerdos entre fabricantes y distribuidores, empresas a distinto nivel y por lo tanto verticales. Esta clase de acuerdos donde hay presentes tanto elementos horizontales como verticales son denominados por la doctrina “acuerdos complejos”⁵. A mayores, cabe decir que como la conducta no busca un propósito favorable a la libre competencia (más bien todo lo contrario), se puede catalogar dicho pacto como “naked restraint” o “hard core restraint”⁶.

A estos efectos, la jurisprudencia del TJUE se produce la conducta antijurídica en ambos pactos, tanto en el pacto entre fabricantes como el pacto entre fabricantes y distribuidores (e incluso en la propuesta de pacto⁷), aunque estos últimos no hayan sido directamente partícipes de las reuniones.⁸ Esto es debido a que los distribuidores también habrían actuado en contra de la libre competencia, puesto que accedieron a trasladar la subida de precios aguas abajo a cambio de una prestación económica. Esta postura también ha sido adoptada por la antigua Comisión Nacional de la Competencia⁹ (en adelante CNC), que

⁵ CORTI VARELA, J. “Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC”. *Serie: Política de la Competencia de Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos*, N° 33, 2013, p. 14.

⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”. *InDret, revista para el análisis del derecho*, N° 4, 2004, p. 6.

⁷ GARCÍA VIDAL, Á., “El comercio paralelo de medicamentos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, N° 2, 2013, pp. 320.

⁸ STJUE de 6 de enero de 2004 (asuntos acumulados Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión de las Comunidades Europeas contra Bayer AG, C-2/01 P y C-3/01 P).

⁹ Nótese que actualmente ha sido sustituida por la CNMC.

en diferentes resoluciones ha condenado a cárteles compuestos por fabricantes y distribuidores a consecuencia de vulneraciones de los art. 1 LDC y 101 TFUE¹⁰

Así las cosas, tanto fabricantes como distribuidores devienen responsables por los daños causados a consecuencia de las acciones del cártel y deberán enfrentarse no solo a las reclamaciones que en virtud de la ley podrán entablar los particulares y empresas afectadas por los daños causados, sino también a las sanciones previstas para tales vulneraciones del Derecho de la competencia.

En cuanto al régimen de responsabilidad para las empresas infractoras (tanto fabricantes como distribuidoras), la normativa española establece que “Las empresas (...) que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción” (Art. 73 LDC), y se puntualiza en el art. 72.2 de la misma norma que el pleno resarcimiento consiste “en devolver a la persona que ha sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción”. Además, se especifica en el mismo artículo que dicho resarcimiento se compondrá el derecho a la indemnización tanto por el daño aparente como por el lucro cesante, incluyéndose el pago de los intereses.

Este régimen de solidaridad recogido en la ya mencionada norma se caracteriza por ser una solidaridad impropia debido a que para su declaración se requiere de un doble pronunciamiento de autoridad: por un lado, que el conjunto de empresas constituya un cártel y, por, que dichas empresas hayan actuado conjuntamente en contra del Derecho de la competencia¹¹.

Sin embargo, es posible que la responsabilidad pueda no llegar a ser solidaria entre todos los partícipes de la conducta antijurídica, puesto que la LDC prevé una excepción a este régimen de responsabilidad para el caso de que se cumplan ciertos requisitos, en cuyo caso solo serían responsables frente a sus compradores directos e indirectos. Tales requisitos se contemplan en el art. 73.2 LDC y consisten en:

- Que la cuota de mercado de la empresa infractora en el respectivo mercado sea inferior al 5% en todo momento durante la infracción, y
- Que la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria mermase irremediabilmente la viabilidad económica de la empresa infractora y causase una pérdida de todo el valor de sus activos.

No obstante, esta excepción a la solidaridad perderá su identidad en caso de que se cumpla alguna de las siguientes circunstancias recogidas en el art. 73.3 LDC, las cuales son:

- Que la empresa hubiera dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción, o
- Que la empresa hubiera sido anteriormente declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia.

¹⁰ Resolución CNC de 24 de junio de 2011 (Expediente S/0185/09 Bombas de Fluidos) y Resolución CNC de 2 de diciembre de 2011 (Expediente S/0251/10 Envases Hortofrutícolas).

¹¹ CARRASCO PERERA, Á., “Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 1, 2018, pp. 71-84.

En consecuencia, MAN España, Daimler España y Fiat Chrysler España no podrán beneficiarse de esta excepción al régimen de solidaridad, puesto que entre ellas comprenden el 80% de la cuota de mercado, incumpliendo el primero de los requisitos y descartando automáticamente esta opción. Esta excepción estaría dirigida a pequeñas y medianas empresas, por lo que habría que examinar las circunstancias de cada uno de los distribuidores para determinar si finalmente podrían ser solo responsables de sus compradores directos e indirectos¹².

III. TENIENDO EN CUENTA QUE LA CONCLUSIÓN A LA QUE LLEGA CAYETANA ES CIERTA, ¿TENDRÍA DERECHO A RECLAMAR ALGÚN TIPO DE INDEMNIZACIÓN?

Con el fin de responder a esta pregunta, es necesario, primero hacer un inciso con respecto a en que consiste la conclusión de Dña. Cayetana. Una vez examinadas las implicaciones de la misma, continuaremos exponiendo la problemática existente en relación con la eventual reclamación de una indemnización.

1. De la conclusión a la que llega Dña. Cayetana.

De lo recogido en el supuesto de hecho se desprende que Dña. Cayetana, una vez asume el control de la compañía TRANSLOGIC, examina los documentos relativos a la compraventa de “camiones de más de 6 toneladas”. Averiguando que, aunque la cuantía del precio de los vehículos recogidos en los contratos firmados en 1997, 2003 y 2009 eran muy similares, sí que existía una “notable diferencia” entre los precios de los contratos firmados en 1993 y 2014.

El primer interrogante que debemos plantearnos al respecto es si TRANSLOGIC ha adquirido el mismo producto que el comercializado por los fabricantes y distribuidores partícipes en el cártel, y, a mayores, si TRANSLOGIC ha adquirido los camiones de distribuidoras partícipes del cártel.

El cártel que nos atañe fabrica y comercializa “camiones rígidos y las cabezas tractoras consideradas como camiones medianos o pesados”. TRANSLOGIC por su parte ha adquirido entre los años 1993 y 2014 “camiones de más de 6 toneladas”. Para dilucidar si se trata de la misma clase de camiones debemos apoyarnos en la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 (Asunto AT.39824 — Camiones), la cual define a los camiones de más de 6 y menos de 16 como camiones medianos y aquellos que pesan más de 16 toneladas como camiones pesados¹³. Por lo tanto, como TRANSLOGIC ha estado comprando camiones de más de 6 toneladas, éstos serían camiones medianos de acuerdo con la Comisión Europea, pudiendo llegar a ser camiones pesados en el caso de pesar más de 16 toneladas. En conclusión, tanto los camiones producidos y distribuidos por el cártel, como los adquiridos por TRANSLOGIC corresponden al mismo tipo de producto.

¹² NAVAS MARQUÉS, J. I., “Introducción a la Directiva 2014/104/CEE: acciones frente a la infracción del Derecho de competencia”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 898, 2015, p. 8.

¹³ Decisión de la Comisión Europea, del 19 de julio de 2016, relativa al procedimiento bajo el artículo 101 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Por otro lado, hay que analizar si TRANSLOGIC ha adquirido sus camiones medianos o pesados de empresas partícipes del cártel. De ser así, el proceso de la reclamación será mucho más sencillo que en el caso de no estar ante empresas de tal condición. Ahora bien, TRANSLOGIC ha adquirido sus camiones de las distribuidoras de las mercantiles VOLVO e IVECO. La no participación de VOLVO en el cártel esta fuera de toda duda al no estar relacionada con las empresas MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España¹⁴. Sin embargo, la no participación de IVECO en el cártel de los camiones es más dudosa, puesto que, hasta el año 2011, tanto IVECO como FIAT España¹⁵ eran filiales de la misma compañía, FIAT. Teniendo en cuenta que una filial es, una sociedad dedicada a una actividad idéntica o distinta que otra sociedad, la cual ostenta, sino la totalidad, al menos la mayor parte de las acciones o participaciones en las que se divide el capital de aquella¹⁶, podríamos pensar, como mínimo, que, aunque IVECO no participase en las reuniones del cártel, sí que estaba al tanto de la existencia y actividad del mismo.

En cualquier caso, el hecho de que las empresas de las que adquirió TRANSLOGIC los camiones no hayan participado en las conductas antijurídicas del cártel no debería ser un impedimento para que la empresa afectada no pueda reclamar el resarcimiento por los daños ocasionados ante la jurisdicción competente. Esto es posible gracias a que cumple con los requisitos del artículo 72.1 LDC, el cual recoge que “Cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria.”

2. De las dificultades relativas a la reclamación.

El hecho de que las mercantiles de las cuales adquirió TRANSLOGIC los camiones no sean partícipes del cártel va a conllevar una serie de dificultades a la hora de reclamar el pleno resarcimiento mencionado en el articulado de la LDC.

Es cierto que el TJUE ha determinado que “El artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación y a una aplicación del Derecho interno de un Estado miembro consistente en excluir de manera categórica, por motivos jurídicos, que empresas participantes en un cártel respondan civilmente por los daños resultantes de los precios que una empresa no participante en dicho cártel ha fijado, teniendo en cuenta la actuación de dicho cártel, en un nivel más elevado que el que habría aplicado de no existir el cártel”¹⁷. Sin embargo, TRANSLOGIC habrá de probar en primer lugar que la subida de precios de las mercantiles VOLVO e IVECO se ha producido a causa de la actuación del cártel, y, en segundo lugar y en vistas a la posible contestación de las empresas demandadas, que no ha repercutido el daño a sus clientes.

El primero de los obstáculos a superar consiste en demostrar que se ha producido lo que técnicamente se conoce como *umbrella pricing* o efecto paraguas. El efecto paraguas es

¹⁴ VOLVO es una empresa fundada completamente con capital sueco, que el 1999 fue adquirida por la FORD MOTOR COMPANY. Actualmente es propiedad del Holding chino Zhejiang Geely.

¹⁵ Nótese que ha sido renombrada como FIAT Chrysler España a consecuencia de la adquisición del grupo CHRYSLER por el grupo italiano FIAT.

¹⁶ ROJO, A. “El establecimiento mercantil”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho mercantil Volumen I*. A. Menéndez y A. Rojo (dir.). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2013, pp. 89-90.

¹⁷ STJUE de 5 de junio de 2014 en el asunto C-557/12 KONE AG y otros contra Infrastructur AG.

el término con el que se define a la decisión tomada por las empresas del mismo sector que las del cártel, pero ajenas al mismo, de subir los precios a consecuencia de los pactos sobre el precio del propio cártel¹⁸.

Así las cosas, la mayor salvedad a la que se va a enfrentar TRANSLOGIC es la necesidad no solo de probar la existencia de daño sufrido, sino también ha de cuantificarlo, además de demostrar la acción antijurídica, siendo altamente importante establecer una relación de causalidad directa y adecuada entre la conducta del cártel y la generación de dicho daño, puesto que la subida en el precio puede haber sido producida por la acción directa del cártel o bien se trata de unos perjuicios remotos, y en tal caso no se podría responsabilizar al cártel.¹⁹

Con respecto a la cuantificación del daño producido por la conducta de las empresas cartelistas, éste deberá calcularse de acuerdo con los principios recogidos tanto en la Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; como en el Libro Blanco, de 2 de abril de 2008, relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. En el cual se establece que se han de seguir los siguientes principios:

- El daño que se reclama ha de compensar por la alteración en el beneficio de la víctima de la acción contraria al Derecho de la competencia, dicha alteración incluye la pérdida real o daño emergente (la parte de margen comercial sobre ventas no obtenido a consecuencia del sobrecoste), el lucro cesante (el descenso en el volumen de ventas a consecuencia de un posible aumento de precios) y los intereses perdidos.
- Para el cálculo del daño sufrido es necesario comparar el beneficio real de la víctima con aquel beneficio que la víctima hubiera obtenido de no existir la acción antijurídica.
- Para el cálculo de dicha diferencia habrá de tenerse en cuenta los factores económicos ajenos a la influencia del cártel que habrían supuesto una variación en los costes y precios del producto o servicio.
- Para dicho cálculo ha de tenerse en cuenta la posibilidad (en la que se profundizará más adelante) de que la víctima hubiera podido trasladar la pérdida o parte de esta a sus clientes (esta situación se conoce como *Passing On*). En tal caso la víctima solo

¹⁸ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho Interno”, en AA.VV. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortíz*. M. J. MORILLAS, P. PERALES VISCASILLA, y L. J. PORFIRIO CARPIO (dirs). Universidad Carlos III, Madrid 2015, p. 1119.

¹⁹ OLMEDO PERALTA, E., “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (umbrella pricing): Una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº 15, 2014, pp. 122-123.

podría ser compensada en la cuantía correspondiente al perjuicio efectivamente sufrido²⁰

Por otro lado, con respecto a la existencia o no de una relación de causalidad entre la subida del precio generalizado del mercado y la actuación del cártel, es importante mencionar que parte de la doctrina aboga por que la jurisprudencia sea especialmente estricta a la hora de examinar y analizar dicha relación causal en relación con la actuación de empresas no participantes en el cártel (y en el caso que nos atañe, con especial relación a IVECO); puesto que éstas se habrían lucrado de la subida de precios en sus productos provocada por el cártel, que no se hubieran producido de no existir el mismo, pero sin haber participado en él. Creando así una situación extremadamente ventajosa para estos *free-riders*, ya que quienes serían considerados responsables serían exclusivamente las cartelistas, y quienes intuyeron la existencia de los pactos y se aprovecharon de los mismos (pero desde una posición silenciosa) no²¹.

Aún en el caso de que TRANSLOGIC consiguiese demostrar el daño, cuantificarlo y probar la existencia de una relación de causalidad directa y adecuada entre el daño y la conducta del cártel; deberá superar la más que probable contestación de los demandados basada en la existencia del fenómeno del *Passing On*.

El *Passing On* es un mecanismo de excepción que posee el demandado en los procesos de indemnización por daños y perjuicios a raíz de vulneraciones del Derecho de la competencia. Se fundamenta en que, en última instancia, el demandante no ha sufrido daño alguno a consecuencia del aumento de precio provocado por la conducta anticompetitiva puesto que lo habría repercutido a sus clientes mediante el aumento del precio de sus servicios²².

Esta doctrina se recoge en la LDC como consecuencia de la transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014²³. Así en el art. 78.1 LDC se estipula que: “El derecho al resarcimiento enunciado en este título se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido y le haya generado un daño”

Completando esta posición, el artículo 78.3 de la misma norma señala que “el demandado podrá invocar en su defensa el hecho de que el demandante haya repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la Competencia”. A estos efectos, el mismo art. 78.3 LDC indica que corresponde al demandado la carga probatoria concerniente a la repercusión del sobrecoste por parte del demandante. El demandado podrá, en la medida de lo razonable, exigir la exhibición de pruebas en poder del demandante o terceros.

En relación con esto, un sector doctrinal ha resaltado que no basta con acreditar una subida de precios por parte del demandante para entender repercutido el sobrecoste.

²⁰ REQUEJO, A. “La cuantificación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia: comentarios al Libro Blanco de la Comisión Europea”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nº 5, 2008, p. 51-52.

²¹ OLMEDO PERALTA, E. “Daños derivados de la subida...”, cit. p. 14.

²² GONZÁLEZ DURÁNTEZ, H. “La reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 13, 2006, pp. 62-63.

²³ Transposición realizada a través del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo.

Puesto que las variaciones en el precio pueden derivarse de las múltiples circunstancias que pueden afectar al precio de un producto o servicio, para acreditar la existencia de *Passing On*, deberá de incluirse la prueba de que dicho sobrecoste ha sido provocado por la acción anticompetitiva del cártel y que, por lo tanto, de no haber existido éste, el demandante no hubiera podido incrementar los precios²⁴.

La jurisprudencia, sin embargo, ha concretado aún más que circunstancias conllevan la acreditación de existencia de *Passing On*. El Tribunal Supremo precisa en su sentencia número 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014\487), la cual dilucidaba la cuestión del posible traslado a los clientes de las demandantes del sobrecoste en el caso de un cártel de empresas productoras de azúcar, que “en realidad lo que debe haberse repercutido a los clientes no es el tal incremento del precio sino el perjuicio económico derivado del mismo, el daño”. Entendiendo así que la elevación de los precios de los productos de los demandantes es condición necesaria para entender producida la repercusión del daño, pero no es condición suficiente. La condición suficiente consiste en que el comprador directo no haya sufrido daño alguno porque ha logrado su repercusión total a terceros. En el caso de que con el aumento del precio el comprador directo no ha conseguido repercutir la totalidad del daño a sus clientes no podrá estimarse la defensa del demandado basada en la doctrina del *Passing On*, o al menos no podrá hacerse en su totalidad.

Así las cosas, hay que analizar si TRANSLOGIC cumple con las exigencias jurisprudenciales para entender producido el *Passing On*. En primer lugar, mencionar que la empresa que aquí nos atañe se dedica al “transporte de mercancías” y no de personas. Esto la convierte en una empresa intermediaria, puesto que no estaría ofreciendo sus servicios directamente al consumidor final. Es, por lo tanto, susceptible de haber podido trasladar el daño a sus clientes. Habrá que examinar pues, las vicisitudes de la compañía para poder determinar si, a ojos del Tribunal Supremo, cumple ambas condiciones. Desde nuestro punto de vista, la condición necesaria de aumento del precio sería la que reviste más importancia, ya que una vez desmantelada ésta, automáticamente se desestimaría la defensa del demandado basada en la repercusión del daño. Aun así, de cumplirse dicha condición, se podría desvirtuar la condición suficiente analizando el comportamiento de sus clientes.

En los supuestos de hecho no se nos indica expresamente si TRANSLOGIC ha incrementado los precios de sus servicios. Sin embargo, a partir de determinados datos si ofrecidos podemos especular acerca de lo que ha ocurrido con el precio. En primer lugar, se nos indica, con respecto a las empresas cartelistas, que ésta se “encuentran en un mercado con tanta competencia” y que “la mayoría de los compradores eran otras empresas, cuyas decisiones de inversión eran sumamente reactivas a vaivenes en el ciclo económico”. Además, se hace referencia a la mala situación económica en la que se encuentra TRANSLOGIC la cual parece haber llevado a la empresa a hacer decisiones financieras poco aconsejables.

Podemos extraer, en consecuencia, que el mercado que nos atañe está compuesto por un número elevado de vendedores (aunque 3 empresas ostenten una cuota de mercado del 80% el 20% restante puede estar muy repartido) y también un número elevado de compradores, empresas dedicadas al transporte como TRANSLOGIC y que serían a su vez, competidoras de ésta última. Además, estos competidores de TRANSLOGIC

²⁴ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “La función normativa de la responsabilidad...”, cit. p. 13.

tomarían sus decisiones con el fin de adaptarse rápidamente a las variaciones de la economía, y esto sería consecuencia de que los clientes de dichas empresas también serían especialmente reactivos a los cambios económicos. Esto nos llevaría a pensar que TRANSLOGIC no habría subido los precios de sus servicios, puesto que de incrementarlos correría el riesgo de provocar una fuga de su clientela en favor de sus competidores.²⁵

Así las cosas, TRANSLOGIC habría soportado el daño producido por el sobrecoste derivado de la conducta antijurídica del cártel puesto que al no subir los precios de sus servicios habría visto disminuido su margen sobre ventas y en consecuencia su beneficio, lo que explicaría su mala situación financiera. En vistas a esto, al desvirtuarse la condición necesaria de aumento del precio, no se podría estimar la existencia de una repercusión del daño “aguas abajo”, impidiendo la defensa de las cartelistas basada en la doctrina del *Passing On*.

No obstante, tampoco se puede rechazar que la mala situación de TRANSLOGIC se deba a que hubiera decidido aumentar los precios debido al sobrecoste de adquisición de los camiones y que, en consecuencia, haya sufrido una paulatina fuga de clientes y un correlativo descenso en el volumen de ventas. En este caso, sí que se cumpliría la condición necesaria requerida por el Tribunal Supremo. Sin embargo, la condición suficiente, tampoco se habría producido completamente, puesto que el descenso en las ventas habría impedido trasladar la totalidad del daño.

Resumiendo, en ambas opciones la empresa TRANSLOGIC habría soportado alguna clase de daño. En el caso de haber mantenido los precios para no perder clientela estaríamos ante un daño emergente, consistente en la inmediata disminución de los beneficios, aunque dicho mantenimiento en el nivel de precios de los servicios habría evitado la generación de un lucro cesante ya que habría conservado a sus clientes. Por el contrario, de haber subido los precios, el daño emergente se habría absorbido “aguas abajo”, al haberse trasladado a los clientes. Sin embargo, sí que se habría producido un lucro cesante debido al descenso de los beneficios producido por la fuga de clientes hacia las empresas competidoras²⁶.

En consecuencia, en ninguna de las situaciones se podría estimar la existencia de una repercusión total de los daños producidos por el cártel a los clientes directos de la empresa demandante. Así las cosas, la TRANSLOGIC le bastaría con probar la existencia del efecto paraguas en el mercado de los camiones medianos y pesados; que a consecuencia de dicho efecto paraguas ha sufrido un daño y cuantificarlo.

Un último aspecto a tratar, en relación con la posible defensa de las cartelistas, es el planteamiento, por parte de las empresas integrantes del ya mencionado cártel del azúcar, de una línea de defensa basada en que las empresas demandantes no habrían cumplido con su deber de mitigar el daño producido por el cártel, ya que, pudiendo adquirir su

²⁵ Idea obtenida a partir de la publicación realizada por Xavier Sala i Martín (Catedrático en la Universidad de Columbia en Nueva York y titular de la “Jerome and Matthew Grossman Chair of Development Economics”) en su blog personal el 15 de julio de 2012, titulada “Zara Buena, Funeraria Mala” que se puede encontrar en el siguiente enlace: <http://salaimartin.com/randomthoughts/item/374-zara-buena-funeraria-mala-¿qué-empresas-van-a-repercutir-el-iva-en-el-precio-final?.html>.

²⁶ CARRASCO PERERA, Á., “Pasar el daño aguas abajo en el cártel del azúcar”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 879/2014, pp. 1-2.

producto en otros mercados donde éste no hubiese tenido influencia, las demandantes no lo hicieron. Tal línea de defensa fue descartada por el Tribunal Supremo, en la ya citada sentencia número 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014\487), en la cual entendió que “el éxito de la actuación del cártel solo se explica por las dificultades de los fabricantes españoles de productos que utilizan el azúcar como materia prima para comprar azúcar en el mercado exterior y a mejor precio. De no haber existido tales dificultades, que el propio cártel acentuó, la práctica restrictiva de la competencia no habría sido posible.”

El Tribunal Supremo aplica frente a este argumento defensivo la más pura de las lógicas. Si el cártel no hubiera restringido la libertad de elección de las demandantes con respecto a sus proveedores, entonces la conducta antijurídica no hubiera surtido efectos. Siguiendo esta línea jurisprudencial, TRANSLOGIC no perdería su oportunidad de ver sus daños resarcidos por no tratar de mitigar el daño (en el caso de que no hubiera subido los precios con el fin de mantener a su clientela sí que hubiera evitado la propagación del mal, aunque lo hiciese con miras a su propio beneficio y no con la intención de minorar los perjuicios provocado por el cártel).

Además, la estimación por parte del Tribunal de este argumento de defensa supondría que las empresas vulneradoras del Derecho de la competencia se beneficiarían de sus propios actos viles, mediante el traslado de la culpabilidad hacia la víctima, algo que la ya citada sentencia califica de “no razonable” puesto “Quien causa el daño solo puede verse liberado de indemnizarlo, en todo o en parte, si se prueba que quien lo sufrió, lo agravó con su conducta negligente.”

IV. ¿QUÉ VÍAS O CAUCES PODRÍA UTILIZAR CAYETANA PARA LLEVAR A CABO LA MISMA?

Una vez que se ha puesto de manifiesto la posibilidad de obtener una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a TRANSLOGIC a consecuencia de la acción contraria a la competencia por parte de las empresas cartelistas, vamos a precisar cuáles son las acciones de que dispone Dña. Cayetana para entablar la reclamación en el ámbito del Derecho de la competencia. Además, se analizará la legislación actual para determinar que cauces deberán seguirse para iniciar el proceso judicial que podría desembocar en la percepción de dicha indemnización.

1. De las pretensiones de Dña. Cayetana.

Para abordar estas cuestiones, primero debemos analizar qué es lo que Dña. Cayetana, como administradora de TRANSLOGIC, pretende obtener de la acción de la justicia. A estos efectos, a partir del supuesto de hecho presentado, se desprende que lo que se busca no es la resolución del contrato de compraventa de los camiones, sino una reparación por los daños y perjuicios causados.

Así las cosas, nos encontraríamos ante una reclamación sustentada en el principio de que quien causa un daño está obligado a repararlo (art. 1902 CC). Además, dicha reclamación

sería extracontractual, puesto que se exige una indemnización por la imposición de un precio excesivo, y no la anulación del contrato²⁷.

2. De las acciones que podría emprender TRANSLOGIC para la obtención de la indemnización.

En el ámbito del Derecho de la competencia, y más específicamente, en lo relativo a la reparación de daños y perjuicios consecuencia de una infracción del derecho de competencia encontramos dos figuras distintas.

Por un lado, tenemos las acciones denominadas *Follow On*, las cuales están apoyadas en la existencia de un procedimiento sancionados previo el cual justificará las pretensiones de la demandante en la jurisdicción civil puesto que servirá como acreditación de la existencia de los hechos antijurídicos y el origen de los daños causados.

Por otro lado, están las acciones denominadas *Stand Alone*, las cuales no se apoyan en una decisión administrativa previa y que, como consecuencia, requieren que el demandante por si solo acredite la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, el daño, la responsabilidad y la relación causal.²⁸

Ante el interrogante que se nos plantea de si TRANSLOGIC podría ejercer una acción colectiva junto con otras empresas afectadas por el cártel la respuesta ha de ser negativa. Esto es debido a que el procedimiento está reservado a consumidores²⁹. Teniendo en cuenta la definición de consumidor recogida en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; TRANSLOGIC no cumpliría con los requisitos para ser considerado consumidor y ejercitar dicha acción puesto que, a estos efectos, es necesario ser persona física (que TRANSLOGIC no es) y actuar “con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial oficio o profesión”. TRANSLOGIC habría adquirido los camiones con el fin de realizar su objeto social, el transporte de mercancías, y por lo tanto no estaría actuando con un propósito ajeno a su actividad comercial o empresarial.

También sería posible obtener la reparación que exige Dña. Cayetana a través de un acuerdo extrajudicial. Esta vía no ofrece la mejor solución puesto que para obtener el pleno resarcimiento por daños y perjuicios deberá llegarse a tal acuerdo con cada una de las empresas del cártel, ya que, según el art. 77 LDC, el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios del afectado que llegase a un acuerdo extrajudicial se reducirá en la parte proporcional “que el sujeto infractor con quien hubiera alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó.” Por lo tanto,

²⁷ CALVO CARAVACA, A. L. y SUDEROW, J. “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, N° 2, 2015, p. 119.

²⁸ SUDEROW, J. “Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, n° 2, 2016, p. 309.

²⁹ 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 ley de trasposición”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, n° 1, 2017, pp. 125-152.

aunque consiguiese llevar a cabo el acuerdo con uno de los partícipes aun tendría que llegar a un acuerdo con respecto al resto, si bien es cierto que si el acuerdo se efectuase con respecto de MAN España, Daimler España o FIAT Chrysler España; TRANSLOGIC vería la mayor parte del daño resarcido.

En conclusión, descartadas las acciones colectivas de consumidores afectados por no concurrir los requisitos necesarios para ser considerado consumidor y descartar también el acuerdo extraprocésal por la gran dificultad de resarcir la totalidad del daño, quedan las acciones de *Follow On* y las de *Stand Alone*. Esta última debería descartarse debido a la gran dificultad práctica que supone para una sola empresa el cumplimiento de requisitos de acreditación de la infracción y demostración del daño y la relación causal. Sin embargo, una acción de *Follow On* parece la opción más segura, siempre y cuando exista un procedimiento sancionador previo que permita acreditar todo lo anterior, y que, aunque no se menciona expresamente en el supuesto de hecho, existe.³⁰

Por último, añadir, con respecto a las opciones de TRANSLOGIC, que debido a que existe tal procedimiento sancionador previo, hay empresas cuyo objeto social es la reclamación de daños provocados por las acciones de un cártel³¹. TRANSLOGIC podría ceder onerosamente los derechos a la reclamación de los daños y perjuicios generados, basándose en el art. 1112 CC ya que según este precepto todos los derechos que han sido adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario.³²

3. De los aspectos procesales del ejercicio de la acción.

En el supuesto de que TRANSLOGIC decidiese llevar a cabo acciones judiciales por sí misma, sin ceder onerosamente los derechos a la reclamación, y que siguiese nuestro consejo y desease entablar una acción de las de *Follow On*, se nos plantean una serie de interrogantes.

El primero es relativo a cuál es el orden jurisdiccional competente para conocer de esta clase de acciones. La doctrina aquí se encuentra dividida entre el orden mercantil y el orden civil. Los partidarios del primero defienden su postura argumentando que el fundamento jurídico de una acción de daños derivada de un incumplimiento de la normativa sobre la competencia se encuentra, no en el Código Civil, sino en la LDC y en el TFUE. De tal manera que habría que acudir al art. 86 ter 2.f) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, donde se recoge que “Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de (...) los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia.” Considerando, este sector doctrinal que es voluntad del legislador enmarcar aquí las acciones de *Follow On*.

³⁰ Véase Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2016 relativa a un procedimiento en virtud del art. 101 TFUE y el art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 Camiones).

³¹ Sirva como ejemplo la empresa Cartel Damage Claims.

³² GASCÓN INCHAUSTI, F. “Aspectos procesales de las acciones...”, cit. p. 21.

Por otro lado, encontramos a los partidarios de que esta clase de acciones se sustancien ante el orden jurisdiccional civil, apoyando sus argumentos en el hecho de que en el ámbito de las acciones de *Follow On*, como ya existen un procedimiento administrativo sancionador previo (en el cual se apoyan), el Tribunal no tendría a priori que pronunciarse acerca de la existencia o no de una infracción del Derecho de la competencia puesto que dicho expediente sancionador ya habría aclarado ese aspecto. Además, la propia LDC recoge en su art. 72.1 que las empresas damnificadas por una conducta contraria a la libre competencia tendrán derecho a “obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria”. Expresándose así una voluntad específica del legislador consistente en que las acciones por las que se reclama la reparación de daños y perjuicios a causa de vulneraciones del Derecho de la competencia han de sustanciarse ante el orden civil.

Sirva además de complemento que, con respecto a la práctica judicial habitual, no son pocas las sentencias relativas a vulneraciones de la normativa sobre la competencia que han sido emanadas del orden jurisdiccional civil, sin que haya habido controversia alguna entre las partes en lo relativo a la jurisdicción competente.³³

El segundo interrogante se nos plantea con respecto a la competencia territorial, dónde deberá TRANSLOGIC de entablar la acción de *Follow On*. A tal fin es necesario recordar que las empresas cartelistas MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España ostentan el 80% de la cuota de mercado a nivel europeo y que, por lo tanto, los efectos de la acción contraria a la competencia habrán surtido efectos también a nivel europeo. En consecuencia, habrá que traer a colación el Reglamento (UE) n° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; y el Reglamento (CE) n° 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”).

El primer reglamento establece que una persona domiciliada en un Estado miembro puede ser demandada en otro Estado miembro, entre otras cosas, en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el daño. A mayores, el segundo reglamento recoge que, salvo disposición en contrario, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño; independientemente del país donde se produzca el hecho generador del mismo y cualesquiera que sean los países en que se produzcan las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

Así las cosas, en principio parece posible que TRANSLOGIC entable la acción en el lugar donde se ha producido el daño, puesto que carecen de relevancia tanto el lugar donde se hubiese realizado la acción antijurídica, como el lugar donde se produzcan las consecuencias indirectas de dicha acción.

A estos efectos, el TJUE ha entendido que el lugar de materialización del daño ha de ser donde el perjuicio que se alega se haya manifestado de forma concreta. Específicamente, en el caso de un perjuicio que consista en el pago de unos sobrecostes, el lugar de producción del daño es identificable en relación con cada una de las víctimas,

³³ STS número 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014\487); STS número 634/2014 de 9 de enero (RJ 2015\745) y SAP de Madrid número 370/2011 de 3 de octubre (JUR 2011\386351) entre otras.

individualmente consideradas³⁴. Dicho lugar correspondería al domicilio de la víctima, en este caso el domicilio social de TRANSLOGIC.

A ojos del TJUE, el domicilio de la víctima es el lugar que “reúne todas las garantías para la eficaz sustanciación de un posible proceso ya que el enjuiciamiento de una demanda de reparación del perjuicio supuestamente causado a una empresa singular por un cártel ilícito (...) Siendo así, el tribunal del lugar donde ésta tiene su domicilio social es evidentemente el mejor situado para conocer de esa demanda.”

Por lo tanto, TRANSLOGIC deberá presentar la demanda por daños y perjuicios derivados de la acción antijurídica del cártel ante el Juzgado de Primera Instancia del orden civil correspondiente al partido judicial en el que radique su domicilio social.³⁵

Finalmente, con respecto a los aspectos procesales de la demanda de daños, la legitimación pasiva corresponde a cualquiera de las empresas participantes del cártel debido al régimen de responsabilidad solidaria que no exige el litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo, hemos de tener en cuenta la cláusula de excepción a la responsabilidad solidaria, ya mencionada en la primera pregunta y recogida en el art. 73.1 LDC, para las pequeñas y medianas empresas participantes del cártel que reúnan los requisitos en él recogidos.

³⁴ STJUE de 21 de mayo de 2015 (asunto Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros, C-352/13).

³⁵ Indeterminado, no se nos proporciona información concreta con respecto al domicilio social de TRANSLOGIC, en el supuesto de hecho se la sitúa geográficamente en el “norte de España”.

V. CALIFIQUE Y ANALICE LOS EFECTOS JURÍDICOS QUE SE DESPRENDEN DE LA CONDUCTA LLEVADA A CABO POR FERNANDO S. RESPECTO DE LA CONTABILIDAD DE LA EMPRESA.

A fin de determinar que figuras delictivas encajan en la conducta que Fernando S. lleva a cabo como administrador único de la empresa cartelista FIAT Chrysler España, debemos examinar, primero, en que consiste dicha conducta, para seguidamente determinar cuáles son las consecuencias inmediatas de la misma.

Una vez hayamos determinado todas las circunstancias que rodean a la conducta de Fernando S. podremos tratar de subsumirlas en el articulado del Código Penal para así poder conocer las consecuencias jurídicas de la misma.

1. De la conducta de Fernando S.

Del supuesto de hecho presentado se desprende que Fernando S., con el ánimo de enriquecerse a sí mismo y a su mujer (con la que comparte al 50% una empresa dedicada a la promoción inmobiliaria llamada PROINMNOR), y en uso de sus funciones como administrador único de FIAT Chrysler España, decide eliminar de la contabilidad de esta última un elemento de inmovilizado material, concretamente un bien inmueble (un terreno) cuyo valor en libros era de 4,000.000,00€ (cuatro millones de euros), para posteriormente, y con el fin de hacerlo suyo, darlo de alta en la contabilidad de PROINMNOR de su propiedad. Para llevar a cabo tal operación tuvo que hacer el asiento contable en el libro diario que se muestra en la tabla 1.

Tabla 1. Asiento en el libro diario realizado por Fernando S.

DEBE		LIBRO DIARIO		HABER	
4,000.000,00€	Pérdidas procedentes en inversiones inmobiliarias (672)	a	Inversiones en terrenos (220)	4,000.000,00€	

Elaboración propia a partir de la información proporcionada por el supuesto de hecho.

En tal asiento, Fernando S. elimina del mayor de la cuenta “inversiones en terrenos” un activo por valor por de 4 millones de euros. La contraparte de la operación es que dicho valor se carga a la cuenta “pérdidas procedentes de inversiones inmobiliarias”, una cuenta que en contabilidad se denomina “del grupo 6”, es decir, de gastos. Las cuentas de gastos no se encuentran entre las cuentas que se muestran en el balance; aparecen en la denominada “Cuenta de Pérdidas y Ganancias” la cual se utiliza para obtener el Beneficio neto, el cual posteriormente se repartirá entre la empresa (mediante la imputación de este a las reservas) y los socios (mediante el reparto de dividendos). Así, tal operación en la cuenta de pérdidas y ganancias provocará que, en conjunto, las partidas del beneficio neto y del Impuesto sobre beneficios sean inferior en 4.000.000,00€. Como se puede apreciar en la tabla 2.

Tabla 2. Implicaciones del asiento en la cuenta de pérdidas y ganancias.

CUENTA DE PERDIDAS Y GANANCIAS

CONCEPTO	CON CONDUCTA DE FERNANDO S.	SIN CONDUCTA DE FERNANDO S.
1. Importe neto de la cifra de negocios	XXXXX€	XXXXX€
11. Deterioro y resultado por operaciones del inmovilizado	- 4,000.000,00€	0,00 €
RESULTADO DE EXPLOTACIÓN (A)	XXXXX€ - 4,000.000,00€	XXXXX€
RESULTADO FINANCIERO (B)	FFFFF€	FFFFF€
RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS (A+B)	RAI€ - 4,000.000,00€	RAI€
17. Impuestos sobre beneficios (A+B)xTipo Gravamen	ISE - 4,000.000,00€ x tipo gravamen	ISE
BENEFICIO NETO	BN€ - 4,000.000,00€ x (1-tipo gravamen)	BN€

Elaboración propia a partir de la información proporcionada por el supuesto de hecho y el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias proporcionado por el Plan General Contable.

Esto se va a reflejar posteriormente en el balance, donde se va a mostrar que la disminución de 4,000.000,00€ de la parte izquierda del balance (correspondiente al activo de la compañía) tiene su contraparte en una disminución de la misma cuantía en el lado derecho del mismo (correspondiente al patrimonio neto y al pasivo) como se puede observar en la tabla 3.

Tabla 3. Implicaciones del asiento en el balance de la sociedad.

BALANCE

ACTIVO NO CORRIENTE	PATRIMONIO NETO
Inversiones en terrenos 4,000.000,00€	Capital social CCCCC€
 4,000.000,00 €	Resultado ejercicio anterior BN€ - 4,000.000,00€ x (1- tipo gravamen IS)
	 4,000.000,00€ x (1 - tipo de gravamen)
ACTIVO CORRIENTE	PASIVO
	Hacienda publica acreedora por IS ISE - 4,000.000,00€ x tipo de gravamen
	 4,000.000,00€ x tipo de gravamen

Elaboración propia a partir de la información proporcionada por el supuesto de hecho y el modelo de balance proporcionado por el Plan General Contable.

El balance va a ser la cuenta que dilucide las consecuencias finales de la conducta de Fernando S., así como indicarnos quienes van a ser los perjudicados por las mismas. Como se puede observar, la partida de Resultado del ejercicio anterior va a ser inferior en

una cuantía idéntica al valor contable del inmovilizado que se dio de baja, pero reducida en el montante correspondiente al impuesto de sociedades. Las consecuencias directas de esto van a ser:

- Primero, los accionistas van ser perjudicados económicamente al percibir un dividendo menor del que debería ser, de no haber realizado el administrador el asiento contable en el libro diario.
- Segundo, el montante imputado a reservas que tenga origen en los beneficios del ejercicio anterior va a ser inferior al que debería haber sido. Por lo tanto, la sociedad también se ve perjudicada económicamente.

A mayores, debido a que el resultado antes de impuestos va a ser 4,000.000,00€ inferior al que debería ser, la Base Imponible correspondiente al impuesto de sociedades también va a ser menor, y en consecuencia la cantidad que percibirá la Administración Tributaria por ese concepto va a ser inferior, siendo también perjudicada económicamente. Sin embargo, podría pasar que la Administración Tributaria descubriese la inclusión en la contabilidad de FIAT Chrysler España de esta pérdida ficticia, lo cual desembocaría en la imposición de una sanción a la compañía, que, por lo tanto, se vería doblemente perjudicada.

2. De las posibles figuras delictivas.

Atendiendo a lo ya expuesto acerca de la conducta de Fernando S. como administrador único de FIAT Chrysler España, a primera vista podríamos pensar en los siguientes artículos:

- Art. 252.1 del Código Penal (en adelante CP), que recoge el delito de administración desleal: “Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.”
- Art. 290 CP, por el cual: “Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegase a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.”

Sin embargo, estos dos artículos se refieren al CP resultante de los cambios introducidos en el año 2015 por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Sin embargo, cuando Fernando S. realizó los asientos contables, en 2014, se encontraba vigente el CP anterior a dicha reforma. En consecuencia, habrá que analizar también la normativa vigente en tal momento puesto que de ser ésta más favorable al reo, entonces no se podrá aplicar la actualmente vigente gracias al principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable.

Así las cosas, observando el Código Penal vigente en el año 2014, encontramos por un lado un delito de administración desleal recogido en el artículo 295 CP que establecía que: “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.” Este artículo fue suprimido por el art. Único 160 de la ya mencionada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Por otro lado, el artículo 252 recogía el delito de apropiación indebida de la siguiente forma: “Serán castigados con las penas del artículo 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.”

Sin embargo, el ya citado artículo 290, que recoge el delito de falsedad en documento contable, no vio afectada su redacción con motivo de la reforma.

Por lo tanto, en aras a determinar los efectos jurídicos de la conducta llevada a cabo por Fernando S., deberemos primero determinar en qué tipo penal podemos subsumirla para posteriormente, en su caso, determinar cuál de las dos redacciones es la más favorable para así no vulnerar el principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable.

A). De la procedencia del delito de administración desleal.

En primer lugar, analizaremos la figura de la administración desleal. Este delito se configura en nuestra norma penal como un delito de resultado, pues se exige que se cause un perjuicio a los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de lo administrado. No basta solo con causar un perjuicio, es necesario que éste dicho sea económicamente evaluable.

A mayores, la figura del sujeto activo se encuentra delimitada al administrador de una sociedad constituida o en formación, independientemente de que sea administrador de hecho o de derecho. Además, el perjuicio anteriormente mencionado ha de serlo con respecto de la sociedad que él administre. Adicionalmente, ha de consistir en actividades fraudulentas de disposición de bienes.³⁶ En este sentido, los actos de disposición de bienes son definidos en la STS número 88/2013 de 22 de febrero (RJ 2013\2150) como aquellos actos que representan la enajenación total o parcial, la imposición de un gravamen o la alteración de la sustancia material de la cosa.

³⁶ STS número 396/2013 de 7 de mayo (RJ 2013\7317).

Deberemos ahora responder al interrogante de si, la inscripción en el libro diario del asiento contable por el cual se daba de baja y se trasladaba a pérdidas un terreno consiste un acto de disposición.

Teniendo en cuenta que la conducta que Fernando S. realiza no va más allá de una modificación en las cuentas anuales de la sociedad (como se mostró en el apartado anterior) y que el Plan General de Contabilidad³⁷ recoge que la finalidad de las cuentas anuales es mostrar la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y de los resultados de la empresa; consideramos que no estamos ante actos de disposición, puesto que, aunque la intención de Fernando S. fuese arrebatar para sí el activo, la acción no es idónea para la obtención de tal fin, y esto es porque mediante la alteración de la contabilidad, lo único que se ha producido es una mácula en el reflejo de la realidad que debe proyectar esa contabilidad.

Así las cosas, aunque se cumplan los requisitos de causación de un perjuicio económicamente evaluable a los socios, y que este haya sido llevado a cabo por el administrador de la sociedad, como no se cumple el requisito de realizarse a través de un acto de disposición, descartamos la existencia de un delito de administración desleal en el sentido del art. 295 CP vigente en 2014. A su vez descartamos también el delito de administración desleal recogido tras la reforma de 2015, puesto que, si la conducta no constituyó delito de administración desleal en el momento de su realización (año 2014), tampoco podrá ser considerada delito de administración desleal con posterioridad. Esto se apoya en principio de legalidad penal, recogido en el art. 25.1 de la Constitución Española de 1978 que recoge que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

B). De la procedencia del delito de apropiación indebida.

Una vez descartado el delito de administración desleal, vamos a centrar nuestro análisis en relación a la comisión de un delito de apropiación indebida. Para ello, debemos comprobar también que la conducta de Fernando S. reúne todos los requisitos exigidos para poder calificarla como tal. En este caso, los presupuestos requeridos para poder hablar de apropiación indebida son los que se enuncian a continuación.

El primero de ellos es que ha de producirse la apropiación de la cosa. A tales efectos, el Tribunal Supremo ha puntualizado que es indiferente el modo en el cual se extrajo el objeto del lugar donde estaba guardado, lo decisivo es que se compruebe la falta, y es esa desaparición la que constituye el elemento típico del daño sobre la propiedad.

El segundo de los requisitos es que haya un título de entrega que tenga su origen en un título traslativo de la posesión que genere una obligación de devolver el bien a quien lo cedió o a un tercero.

El tercer requisito, es relativo a la naturaleza de lo indebidamente apropiado. Según la doctrina, el bien jurídico protegido es, en general, el derecho a la propiedad de las cosas muebles. Sin embargo, es necesario mencionar que, en caso de que el bien mueble fuese

³⁷ Véase el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. En la 1ª Parte “Marco Conceptual de la Contabilidad”, 1º Cuentas Anuales. Imagen Fiel. En la página 14 del suplemento número 278 del BOE del martes 20 de noviembre de 2007.

de naturaleza fungible, el bien jurídico protegido, más que el derecho a su propiedad, sería el cumplimiento de la obligación de devolver otro tanto de la misma calidad y especie.³⁸ El Tribunal supremo también ha respaldado esta posición doctrinal en la STS número 235/1998 de 20 de febrero (RJ 1998\1182) y en la STS número 509/1999 de 29 de marzo (RJ 1999\2766). Concretamente, en esta última sentencia, el Fundamento de Derecho séptimo claramente expresa que “la apropiación indebida se caracteriza por la transformación que en el sujeto activo se produce en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió dinero, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó que aquéllos le fueran entregados.”

En consecuencia, debido al hecho de que la apropiación indebida solo puede entenderse realizada en relación con bienes de naturaleza mueble, y dado que el Plan General Contable establece que en la cuenta 220, en la que se recogía el terreno referido en el supuesto de hecho, es relativa a “Activos no corrientes que sean inmuebles y que se posean para obtener rentas”³⁹ y por lo tanto a bienes de naturaleza inmueble; no podemos entender producida una conducta subsumible en la figura delictiva de la apropiación indebida.

C). De la procedencia del delito de falsedad en cuentas de la sociedad.

Finalmente, con respecto a la conducta de Fernando S., queda por determinar si procede aplicar aquí el art. 290 CP el cual correspondería al delito de falsedades en documentos de la sociedad que, recordemos, su redacción no resultó alterada tras la modificación llevada a cabo en 2015 mediante la LO 1/2015 de 30 de marzo.

Con este tipo penal, la doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio. No obstante, cierto sector doctrinal añade un segundo bien jurídico protegido, a saber, la funcionalidad del documento en las relaciones jurídicas. Asimismo, los sujetos pasivos serían la sociedad, los socios y aquellos terceros que se encuentran relacionados jurídica o económicamente con la sociedad.⁴⁰

El Tribunal Supremo entendió en su sentencia número 863/2009 de 16 de julio (RJ 2009\6989) que para este delito penal concurra se han de cumplir dos requisitos, a saber:

- Que se refleje falsamente la situación económica o jurídica de la sociedad.
- Que esto último sea idóneo para causar un perjuicio económico a la empresa, a sus socios o al tercero.

En lo que respecta al primero de los requisitos (el reflejo falso de la situación económica o jurídica), el Tribunal Supremo, entiende que consistiría en mentir, alterar o no reflejar

³⁸ CAMACHO ROSALES, F. J. “Apropiación indebida vs Administración desleal”, en AA.VV. *Experto Universitario en Derecho Penal: Aspectos Materiales y Procesales*. O. García Pérez y C. Pérez Raya (dirs). Universidad Internacional de Andalucía 2013, pp. 6-7.

³⁹ Véase el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. En la 5ª Parte “Definiciones y Relaciones Contables”, Grupo 2 “Activo no corriente”, cuenta 220. En la página 108 del suplemento número 278 del BOE del martes 20 de noviembre de 2007.

⁴⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C. “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI): delitos societarios”, en AA.VV. *Derecho Penal, Parte Especial*. J.L. González Cusac (dir). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 493-494.

la verdadera situación de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho.⁴¹ No obstante, el Alto Tribunal también ha introducido una cautela al estimar que en la contabilidad también pueden hacerse juicios de valor y en relación a los mismos, estos pueden ser incorrectos sin que se esté delante de una falsedad.⁴² Esta cautela no resultaría de aplicación en el caso que nos atañe, ya que lo que Fernando S. inscribió en la contabilidad no se corresponde con un juicio de valor, sino con un relato fáctico (la pérdida total de valor de un activo) que jamás sucedió. Esto conlleva el cumplimiento del primer requisito puesto que el administrador de FIAT Chrysler España mintió y alteró el documento que debía reflejar la verdadera situación económica y jurídica de la sociedad (las cuentas anuales).

En relación al segundo requisito (la idoneidad de la alteración para producir un perjuicio económico) se exige que la falta de verdad de los documentos que reflejen la situación económica y jurídica de la sociedad sea idónea para causar perjuicio. El Tribunal Supremo puntualizó en su sentencia número 355/2012 de 4 de mayo (RJ 2012\5989) que no es necesario que tal perjuicio haya sido causado para poder apreciar la comisión del delito de falseamiento en cuentas de la sociedad, de producirse el mismo se estaría ante el subtipo agravado. Adicionalmente, en la misma sentencia, exige también la concurrencia de un dolo directo de perjudicar. Dicho dolo se puede apreciar en el supuesto de hecho cuando se menciona que “Fernando S. tras haber dedicado más de 20 años de su carrera profesional a la citada compañía y no haber visto suficientemente recompensado dicho esfuerzo (...) procede a realizar la siguiente operación.”

Así las cosas, la conducta de Fernando S. fue idónea para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos, puesto que, con la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014, los dividendos percibidos en 2015 por los socios fruto del reparto de beneficios obtenidos en el ejercicio anterior serían sustancialmente inferiores. También sería inferior la cuantía de dicho resultado destinado a las reservas constituidas por la sociedad, y finalmente se expone a la misma a una sanción por parte de la Administración Tributaria a consecuencia de la inclusión de una pérdida ficticia a la hora de determinar la base imponible del impuesto sobre sociedades, la cual se calcula a partir del resultado contable antes de impuestos (que era inferior en 4,000.000,00€ al que debería haber sido). Entendemos, por lo tanto, cumplido el segundo requisito de idoneidad para la generación de un perjuicio económico.

Adicionalmente, si analizamos el caso desde el presente (año 2018) podemos estimar que parte de los perjuicios se han producido efectivamente. Aunque desconocemos si la Administración Tributaria ha emprendido acciones contra FIAT Chrysler España, si sabemos que los dividendos correspondientes al ejercicio 2014 fueron percibidos por los accionistas en el ejercicio siguiente (ejercicio de 2015), lo que ha supuesto un menor ingreso para los accionistas y por lo tanto un perjuicio. Por otra parte, también se habrá destinado a reservas la parte del beneficio correspondiente, habiéndose causado un perjuicio también a la sociedad. En consecuencia, procedería la aplicación del subtipo agravado al cumplirse el requisito de la efectiva causación de un perjuicio económico, lo cual conlleva a la imposición de la pena en su mitad superior.

⁴¹ STS número 439/2016 de 24 de mayo (RJ 2016\2285).

⁴² STS número 884/2016 de 24 de noviembre (RJ 2016\5633).

VI. ¿ANTE QUÉ ÓRGANO JURISDICCIONAL PLANTEARÍA TRANSLOGIC LA DEMANDA? ¿CONSIDERA QUE ES NULO EL CONTRATO DE LEASING? ¿QUÉ PODRÍA HACER SEUDBANK SI EFECTIVAMENTE TRANSLOGIC LLEVA A CABO ACCIONES LEGALES?

La quinta y última pregunta pretende arrojar luz al interrogante de si resulta nulo un contrato de leasing con un interés de demora estipulado de un 2% mensual, realizado entre la empresa de transportes TRANSLOGIC y la financiera SEUDBANK. A continuación, se mostrará cual es, a nuestro juicio, el órgano jurisdiccional competente, así como los fundamentos de ambas partes para defender sus intereses en sede judicial.

1. Del órgano jurisdiccional competente.

La primera de las cuestiones que ha de resolverse en aras a determinar ante que órgano ha de entablar TRANSLOGIC la acción de nulidad sobre el contrato de leasing. La jurisdicción civil parece ser la adecuada a tenor de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), cuyo art. 36.1 estipula que “la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.” Por lo tanto, acudiendo a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (LOPJ), encontramos, en su art. 9.2, que “los Tribunales y Juzgados del Orden Civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”.

Adicionalmente, la misma norma establece (art. 22) que, en el orden civil, los juzgados y tribunales españoles serán competentes, con carácter general, cuando el demandado tenga su domicilio en España. Resulta necesario mencionar que, con respecto a este caso, los juzgados de lo mercantil no resultarían ser el orden jurisdiccional competente, puesto que las competencias atribuidas al mismo, mediante el art. 86 *ter* LOPJ, son incompatibles con las circunstancias que se presentan en el supuesto de hecho.

En lo que respecta a la competencia objetiva ésta correspondería a los juzgados de primera instancia, en aplicación del art. 45 LEC que atribuye el conocimiento de todos los asuntos que, por disposición legal expresa, no se hallen atribuidos a otros tribunales. A mayores, el segundo punto de este mismo artículo también dispone que conocerán los juzgados de primera instancia del orden civil, de los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuya la LOPJ.

Finalmente, queda por concretar cuál sería el Juzgado de Primera Instancia de lo civil territorialmente competente. A tal fin nos dirigiremos a la LEC, cuyo art. 51.1 recoge que, salvo disposición en contrario, las personas jurídicas han de ser demandadas en el lugar de su domicilio, aunque también podrán ser demandadas en el lugar en donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.

En consecuencia, el órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción de nulidad del contrato de leasing firmado entre TRANSLOGIC y la financiera SEUDBANK ha de ser el Juzgado de Primera Instancia de lo civil, bien correspondiente al partido judicial donde la financiera SEUDBANK tenga su domicilio, o bien donde el contrato de leasing hubiese surtido efectos en caso de que ésta última tuviera un establecimiento abierto al público o un representante habilitado para actuar en su nombre.

2. De la nulidad del contrato de leasing.

En este apartado vamos a tratar de dar respuesta al interrogante de si hay base legal para poder considerar el contrato de leasing firmado por TRANSLOGIC y la financiera SEUDBANK nulo a consecuencia de la cláusula contenida en el mismo la cual estipula un interés de demora del 2% mensual. Para ello es necesario analizar si concurren los presupuestos recogidos en la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura (en adelante y comúnmente conocida como Ley Azcárate por ser Gumersindo de Azcárate el ministro que la impulsó).

A estos efectos, la Ley Azcárate recoge en su art.1 que: “Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.”

En primer lugar, habrá que determinar si podemos aplicar esta ley al contrato de leasing, puesto que, a primera vista, el ya mencionado art.1 solo hace referencia expresa a “todo contrato de préstamo”, pero, el caso que aquí nos atañe es con respecto a un contrato de leasing. Aun así, la misma ley Azcárate amplía posteriormente el tipo de contratos que son objeto de nulidad a consecuencia de incorporar en ellos, algún tipo de cláusula en la que se pacte un interés usurario en los términos establecidos en la misma norma. Esto es gracias a que estipula, en su art. 9, que “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.”

Así las cosas, no es escasa la jurisprudencia que entiende aplicable la Ley Azcárate a contratos muy diferentes, tales como contratos de compraventa⁴³ o venta con pacto de retro.⁴⁴ Por lo tanto, podemos entender factible una aplicación de la norma a el contrato de leasing firmado entre TRANSLOGIC y SEUDBANK. Sin embargo, una calificación de las partes no es suficiente para considerar el contrato como usurario, sino que se requiere de un exhaustivo y complejo examen de la finalidad del mismo, así como de cada uno de los elementos que integran su contenido.⁴⁵

A mayores, es necesario analizar la aplicabilidad de la ley de Azcárate a los contratos mercantiles, aquellos que, como es el caso, cumplen los requisitos establecidos por el art. 311 del Código de Comercio, a saber: que alguna de las partes contratantes sea

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 24 de mayo de 1988 (RJ 1988\4331).

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 7 de febrero de 1989 (RJ 1989\754).

⁴⁵ ÍÑIGO FUSTER, A. “Nulidad y usura. La nulidad del préstamo usurario a la luz de la Ley de Represión de la Usura”. *Sentencias de Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y otros tribunales*, nº 16, 2003, pp. 5-7.

comerciante y que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio. Inicialmente el Tribunal Supremo no permitía tal cosa, como ocurrió en el año 1919, cuando en su sentencia del 13 de enero entendió que la Ley Azcarate no podría ser de aplicación a los contratos de carácter mercantil. No obstante, actualmente la interpretación que se hace de la norma permite su aplicación en el ámbito mercantil, si bien es cierto que los jueces y tribunales examinan con un nivel de exigencia mayor el cumplimiento de las condiciones. La doctrina justifica esta ampliación en la interpretación de la Ley Azcárate en el hecho de que en ningún momento la norma excluye expresamente a los contratos de carácter mercantil y por lo tanto su interpretación no debería realizarse de una manera tan rigorista que marginase del ámbito de la usura a las operaciones mercantiles.⁴⁶

Por otro lado, es necesario determinar si, efectivamente, estamos ante un supuesto de usura debido al nivel de intereses acordado en el contrato. El art.1 de la Ley Azcárate hace una distinción entre dos clases de usura. En primer lugar, tendríamos la conocida como usura objetiva, la cual aparece cuando se acuerda un interés notablemente superior al legal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, o cuando se entiende recibida una cantidad mayor que la efectivamente percibida (Art.1 II). Con respecto a este interés notablemente superior y desproporcionado, el Ordenamiento Jurídico español no cuenta con un límite cuantificado y preciso a partir del cual un tipo de interés pueda ser declarado usurario. En consecuencia, la usura se trata de un concepto relativo que se ha de determinar por el sobre coste de la operación en comparación con el coste medio en el mercado.⁴⁷

Va a ser, entonces, principalmente en la jurisprudencia donde encontremos la cuantificación indiciaria acerca de qué nivel de interés puede ser considerado usurario y cual no. Así las cosas, encontramos numerosas sentencias las cuales ofrecen ejemplos de este tipo, si bien son todas referidas a cuestiones en las que al menos una de las partes tenía la consideración de consumidor, circunstancia que no concurre en la figura de TRANSLOGIC como se ha puntualizado anteriormente a la hora de valorar las diferentes opciones de las que disponía para demandar a las empresas cartelistas. Tal ejemplo es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 265/2015 de 22 abril (RJ 2015\1360) que entendió abusivo un nivel de intereses moratorios no negociados el cual superaba en más de un 10% el nivel de intereses remuneratorios. Y también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 578/2010 de 23 de septiembre (RJ 2010\7296) que declaró abusivos unos intereses de demora del 29% por ser 2,5 veces superiores al legal del dinero.

A primera vista, un interés del 2% mensual puede no parecer excesivo, pero, si se calcula el interés equivalente para un periodo anual, la cifra de intereses sí que puede resultar impactante, puesto que nos encontraríamos ante un interés de demora del 26,82% anual (cercano al nivel de intereses declarado abusivo en la última STS mencionada) y, además, teniendo en cuenta que el interés legal del dinero para el año 2015 se fijó en un 3,5%. Así las cosas, podemos entender cumplido el requisito recogido en la ley de Azcárate consistente en que el tipo de interés pactado sea notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

⁴⁶ VIZCARRO, F. *El Préstamo Usurario*. Ed. Nereo Colección. Barcelona 1963, p. 101.

⁴⁷ ZUNZUNEGUI, F. “Diez preguntas sobre la usura”. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, noviembre 2016, pp. 1-2.

No obstante, en el supuesto de hecho se menciona también que TRANSLOGIC habría aceptado las condiciones del contrato de leasing, a sabiendas de lo perjudicial de las mismas, debido a “lo angustioso de la situación”. Esto está relacionado con la segunda faceta de la usura recogida también en el art.1 de la Ley Azcárate, la usura subjetiva.

Dentro de la usura subjetiva, se ha de diferenciar entre dos situaciones diferentes. La primera, derivada de la ignorancia, inexperiencia o limitación de facultades mentales del prestatario. En este caso concreto resulta dificultoso aplicar esta clase de subjetividad, puesto que el equivalente actual está conectado con la falta de transparencia de las verdaderas condiciones de contratación y relacionado con la normativa de protección de los consumidores⁴⁸ (Recordemos que TRANSLOGIC no es consumidor).

La segunda de las situaciones en las que se puede apreciar usura subjetiva vendría dada por aquella en la que el prestamista se aprovecha de la angustiosa posición en la que se encuentra el prestatario. A estos efectos, la doctrina relaciona esta clase de subjetividad con la rescisión por lesión reconocida en algunos Ordenamientos Jurídicos extranjeros, y no con el concepto de cláusula abusiva que pretende evitar un desequilibrio objetivo en las prestaciones del contrato del préstamo, más que entrar a valorar las vicisitudes subjetivas.⁴⁹

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo que basta con que se dé una de las dos clases de subjetividad en la usura para entender el contrato de préstamo como usurario.⁵⁰

Habrà que analizar, entonces que se entiende por situación angustiosa para poder afirmar si se habría producido usura subjetiva. Estamos ante uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, por lo que corresponderá al juez determinar la concurrencia o no de tal situación angustiosa. La doctrina entiende como angustiosa, en el ámbito de la usura, aquella situación apremiante del prestatario, la cual conlleva una agobiante necesidad o, cuanto menos, un grave apremio económico. En este sentido parte de la doctrina ha visto favorable traer a colación factores no económicos para determinar si una situación es angustiosa o no, aunque la jurisprudencia sea tendente a valorar solo aspectos económicos para determinar la existencia de la misma.⁵¹

Teniendo en cuenta que la empresa TRANSLOGIC ha venido desde el año 1997 sufriendo los efectos perniciosos de un cártel lo que ha conllevado a bien una pérdida de sus clientes a consecuencia de un incremento en los precios de sus productos o bien una pérdida por la reducción de su margen sobre las ventas (o una combinación de ambos) se

⁴⁸ SABATER BAYLE, E. “Intereses moratorios del 30% en préstamo usurario entre empresarios y particulares. Carga de la prueba de la cantidad entregada. Concurrencia de la Ley de Represión de la Usura con las normas de protección de los consumidores. Delimitación de sus respectivos ámbitos. Nulidad del contrato de préstamo y de las obligaciones accesorias. Restitución de la cantidad prestada. (Comentario a la STS nº 677/2014 de 2 diciembre)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, nº 7, 2015, pp. 134-135.

⁴⁹ SABATER BAYLE, E., “Rescisión por lesión y usura en el Derecho español con algunas referencias al Derecho argentino” en AA.VV. *Libro Homenaje a los Congresos de Derecho Civil Argentino “Comentario a las leyes 499 a 507 del Fuero Nuevo”*. E. RUBIO TORRANO (dir). Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona 2009, pp. 1168.

⁵⁰ MONSERRAT VALERO, A. “Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2011, p. 147.

⁵¹ ÍÑIGO FUSTER, A. “Nulidad y usura...”, cit. p. 33.

puede apreciar que efectivamente se hallase en una circunstancia, cuanto menos dificultosa, que permitiría la apreciación por parte del juez competente de la existencia de una situación angustiosa.

En conclusión, tras haber analizado las vicisitudes del contrato de leasing podemos apreciar que existen suficientes razonamientos jurídicos para solicitar al órgano correspondiente la declaración de nulidad del contrato celebrado entre TRANSLOGIC y SEUDBANK en base a la posible existencia de intereses calificables de usurarios. Dicha declaración de nulidad provocaría que la cantidad que TRANSLOGIC debiera pagar a consecuencia de la sentencia de 20 de diciembre de 2017, no afectando sustancialmente al contrato en sí, que ya se encontraría ejecutado en virtud de la ya mencionada sentencia.

3. De la defensa de SEUDBANK.

Una vez analizados y planteados todos los argumentos que podría presentar la empresa TRANSLOGIC ante el órgano judicial competente, debemos examinar cuales podrán ser los contra-argumentos que la financiera SEUDBANK podría plantear para contestar a la acción de nulidad.

Es necesario matizar que, con respecto al ámbito de la usura, cada sentencia entra a valorar el caso concreto y especialmente las circunstancias tanto objetivas como subjetivas en las que los contratos de préstamo susceptibles de ser declarados nulos se han negociado y firmado. Esto, junto al ya mencionado hecho de que no existe un límite mínimo fijo a partir del cual un tipo de interés es considerado usurario, provoca que lo que una sentencia haya determinado como tipo de interés abusivo pueda no serlo a ojos de otro Juzgado o Tribunal de tal forma que un tipo de interés del 19% puede ser usurario, pero uno del 21% no.⁵²

El primero de los argumentos que SEUDBANK podría plantear ante el órgano judicial es que el Código de Comercio, en su artículo 315, establece que en el ámbito de los contratos de préstamo mercantiles el tipo de interés podrá ser pactado “sin tasa ni limitación de ninguna especie”. Por lo tanto, SEUDBANK estaba en su pleno derecho de negociar un tipo de interés de demora del 2% mensual, puesto que, en principio, no hay ninguna clase de límites a la hora de fijar tal porcentaje.

El segundo de los argumentos consistiría en que, a la hora de establecer el tipo de interés del contrato de leasing, SEUDBANK no buscaba enriquecerse a costa de TRANSLOGIC y aprovecharse de su mala situación económica, puesto que el nivel elevado del tipo de interés se corresponde a los de demora y no a los remuneratorios, de los que nada se dice en el susto de hecho, por lo que entendemos que se encuentran dentro de lo razonable en relación con la media del mercado. Por lo tanto, si TRANSLOGIC no hubiera querido pagar unos intereses elevados de demora le hubiera bastado con realizar los pagos en plazo.

El tercero, y en relación con la ya mencionada naturaleza de los intereses en cuestión, consiste en que los intereses moratorios se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Ley Azcárate. Si bien es cierto que hay sentencias, como la del Tribunal Supremo

⁵² ALEMANY CASTELL, M. y PIA TORO GARCÍA, M. “Interés usurario: Aplicación de la Ley Azcárate de 1908”. *Món jurídic: butlletí del Col. legi d'Advocats de Barcelona*, nº 303, 2016, p. 29.

(Sala de lo Civil) número 677/2014 de 2 de diciembre (RJ 2014\6872) en las que dicha norma ha sido aplicada a intereses de demora, esta responde solo a una doctrina que, más allá de ser minoritaria, se ha aplicado únicamente en temas de consumidores.⁵³

Esta exclusión de los intereses de demora del ámbito de aplicación de la Ley Azcárate se fundamenta en la idea de que la naturaleza de los intereses de demora es diferente de la de los intereses retributivos. En consecuencia, y así lo expresa el Tribunal Supremo en su sentencia número 869/2001 de 2 de octubre (RJ 2001\7141), “cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable, y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora.”

Por lo tanto, prosigue la ya citada sentencia, “los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908.”

Es esta postura jurisprudencial la que serviría de mayor apoyo a la defensa de la financiera SEUDBANK, ya que se encuentra respaldada por numerosa jurisprudencia⁵⁴ y también debido a que permitiría a la misma evitar que el órgano jurisdiccional entrase a valorar las circunstancias en las que el contrato de leasing fue firmado con TRANSLOGIC y de si SEUDBANK se aprovechó o no de la situación en la que se encontraba TRANSLOGIC en el momento de la firma.

En conclusión, TRANSLOGIC podría entablar la acción de nulidad con respecto al contrato de leasing en el Juzgado de Primera Instancia de lo civil en el partido judicial correspondiente al domicilio de SEUDBANK o donde la relación hubiese surtido efecto si ésta última dispusiese de un establecimiento abierto al público o un representante habilitado para actuar a su favor. Lo podrá argumentar en base a la existencia de una situación angustiosa, apoyándose en la existencia de un cártel que le supuso unas pérdidas considerables y que el tipo de interés de demora que se fijó en el contrato de leasing es notablemente superior al normal de mercado y manifiestamente desproporcionado. No obstante, SEUDBANK, podrá contestar que la normativa le permitía establecer los intereses con respecto a los préstamos mercantiles sin límite alguno, que además no trato de beneficiarse de la situación problemática del prestatario, pues los intereses elevado correspondían a los moratorios y que además estos últimos estarían fuera del ámbito de aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, en la que basa TRANSLOGIC su demanda.

⁵³ ELIZALDO REDÍN, G. “Intereses moratorios: inaplicación de la Ley de Represión de la Usura”. *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 11, 2012, p. 1.

⁵⁴ Véanse SAP de Castellón (Sección 1ª) número 2/2007 de 12 de enero (JUR 2007\23982112); SAP de La Coruña (Sección 4ª) número 543/2010 de 2 de diciembre (JUR 2011\54548); SAP de Valladolid (Sección 3ª) número 60/2011 de 22 de febrero (AC 2011\938) entre otras.

VII. CONCLUSIONES FINALES

El objetivo de este trabajo es abordar la problemática desencadenada por los principales actores del supuesto de hecho propuesto. Dicha problemática se podía dividir en 3 bloques diferentes atendiendo a la normativa legal aplicable, a saber: Derecho de la Competencia, Derecho Penal y Usura.

Frente a las cuestiones suscitadas en relación con el Derecho de la competencia podemos concluir que la asociación de empresas en los términos planteados en el supuesto de hecho constituye un cártel en el sentido de la LDC por cumplir todos y cada uno de los requisitos expuestos en la misma norma. La misma respuesta se puede dar si se tiene en cuenta el artículo 101 TFUE. En consecuencia, a mayores del sistema normativo español, también resulta aplicable el europeo, teniendo, la Comisión Europea y la autoridad de competencia del Estado miembro correspondiente, que actuar coordinadamente para tratar de atajar la conducta antijurídica del cártel.

En cuanto a la responsabilidad de las cartelistas, con carácter general se establece que responderán solidariamente por el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios causados, dicha solidaridad es impropia por requerir un doble pronunciamiento judicial y, además, existe una eximente a este régimen pensado para las pequeñas y medianas empresas siempre y cuando no hayan sido las instigadoras de la conducta contraria a la libre competencia y que no hayan sido anteriormente declaradas culpables de una infracción del Derecho a la competencia.

En lo que respecta a las vías de que disponen los afectados por las conductas del cártel encontramos dos importantes figuras, las acciones de *Follow On* y las de *Stand Alone*. Las primeras se apoyarían en la existencia de un expediente administrativo sancionador previo que sirviese de acreditación de la existencia del cártel y de los daños causados; mientras que las segundas exigen que sea la propia demandante la que haga por si sola tales acreditaciones por lo que altamente desaconsejamos su uso y recomendamos que una acción de *Follow On* sea la que TRANSLOGIC como empresa afectada use para la obtención de una indemnización por los sobrecostes del cártel. Dicha acción deberá ser entablada ante el Juzgado de Primera Instancia de lo civil correspondiente al partido judicial donde la demandante tenga su domicilio, por ser considerado por el TJUE como el lugar idóneo para cumplir con todas las garantías necesarias para la eficaz sustanciación del proceso. Adicionalmente, también se presentan alternativas como la cesión onerosa de los derechos de reclamación a empresas especializadas, o también los acuerdos extrajudiciales, teniendo en cuenta la limitación de estos últimos a la hora de lograr el pleno resarcimiento de daños y perjuicios. Se descarta, además, la utilización de acciones colectivas junto con otros afectados puesto que están pensadas para consumidores, y TRANSLOGIC no goza de tal consideración.

Asimismo, la empresa TRANSLOGIC deberá sortear una serie de obstáculos en aras a la determinación judicial de una indemnización por los daños y perjuicios. El primero de ellos será acreditar la existencia del llamado efecto paraguas, pues las empresas de las que adquirió los camiones no son la mismas que las participantes en el cártel, aunque si se puede apreciar que se aprovecharon de su existencia pues también alzaron los precios junto con las cartelistas. Para ello deberá demostrar la existencia del daño, cuantificarlo, y lo más importante, la existencia de una relación causal entre la subida de precios provocada por la existencia del cártel y la subida de precios de los camiones de las

empresas no participantes, ya que, en economía existen múltiples factores que pueden provocar alteraciones en el nivel de precios.

El segundo de los obstáculos a sortear será la posible defensa de las cartelistas, basada en la existencia de lo que en la jerga del Derecho de la Competencia se denomina *Passing On*. Esto consiste en negar el derecho a una empresa intermediaria a reclamar al cártel por daños y perjuicios argumentándose que quienes realmente han soportado el daño son los clientes de las intermediarias y no las intermediarias per se, puesto que éstas últimas habrían subido los precios en consonancia con la subida de costes provocada por el cártel. En consecuencia, TRANSLOGIC, como intermediaria, deberá acreditar que también ha sufrido los daños y perjuicios provocados por el cártel y que no los ha repercutido en su totalidad, de lo contrario no podría mantenerse en su posición de demandante al no existir los daños que ella alega haber sufrido. Con respecto a esto, y tras analizar las condiciones de mercado que se presentan en el supuesto de hecho, se ha llegado a la conclusión de que, aun habiendo pudiendo elevar los precios para tratar de paliar los sobre costes, TRANSLOGIC habría sufrido, cuanto menos, parte del daño. En consecuencia, defendemos que la excepción que podrían presentar las cartelistas demandadas no debe ser estimada en su totalidad, permitiendo a TRANSLOGIC continuar con la defensa de sus pretensiones.

Una vez aclaradas las cuestiones relativas al Derecho de la Competencia procedemos a hacer lo mismo en relación a las suscitadas por la conducta del administrador único, Fernando S., de una de las empresas cartelistas (FIAT Chrysler España), quien procede a dar de baja de la contabilidad de la compañía un bien inmueble con la intención de aprovecharlo en otra compañía copropiedad de él mismo y de su esposa. A priori se habían planteado los delitos de administración desleal, apropiación indebida y falsedad en documentos de la sociedad, debiéndose tomar las cautelas necesarias para evitar quebrar los principios de legalidad penal e irretroactividad de la norma penal desfavorable puesto que la conducta se estaría analizando en el año 2018, cuando realmente esta fue realizada en el año 2014, antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal. Tras el análisis de legislación, jurisprudencia y doctrina se ha llegado a las siguientes conclusiones acerca de la conducta en la que se pueden subsumir los hechos:

- No nos encontramos ante un delito de administración desleal al no cumplirse con todos y cada uno de los requisitos que exige la norma penal. En concreto se incumple el requisito consistente en que el sujeto activo debe de haber realizado al menos un acto de disposición con respecto al objeto del delito, puesto que una mera modificación contable no representa bien una enajenación total o parcial, bien la imposición de un gravamen o bien la alteración de la sustancia material de la cosa. Lo único que se produce es que la contabilidad no va a cumplir su cometido de reflejar la imagen fiel del patrimonio y la situación económica y financiera de la sociedad.
- Tampoco nos encontramos ante un delito de apropiación indebida, y esto es debido a que tal figura delictiva está pensada para el caso en el que el objeto del delito, del cual el sujeto activo se apropia, sea una cosa mueble. Sin embargo, la acción a examinar aquí consistía en dar de baja un elemento de la cuenta contable 220 que, según el Plan General Contable, corresponde exclusivamente a bienes de naturaleza inmueble. En consecuencia, no podemos subsumir la conducta del administrador único bajo la figura delictiva de la apropiación indebida.

- La conducta de Fernando S. si se podría subsumir en la figura delictiva de la falsedad en documentos de la sociedad, además existirían motivos para argumentar que el delito se habría cometido en su modalidad cualificada, puesto que se habría provocado efectivamente un perjuicio económico a alguno de los tres sujetos pasivos del delito (la sociedad, los socios y terceros). Esto es así porque se cumplen los requisitos exigidos por el tipo penal. Se estaría reflejando falsamente la situación económica de la empresa y además ese falso reflejo es idóneo para provocar un perjuicio económico. Esto es debido a que la baja contable alteraría las cifras de los resultados de la sociedad, y, por lo tanto, provocaría un menor ingreso a los socios puesto que el dividendo a repartir en el año 2015 sería inferior al que por derecho les correspondería. A mayores la dotación a reservas con cargo a los beneficios también resultaría menor, lo mismo que la cantidad a pagar a la Administración Tributaria, lo cual podría finalizar en sanción pecuniaria para la sociedad.

Finalmente, en relación con el tercer bloque, concerniente al ámbito de la usura con respecto a un contrato de leasing firmado entre TRANSLOGIC y la financiera SEUDBANK, ejecutado por sentencia el 20 de diciembre de 2017 que ahora TRANSLOGIC pretende que sea declarado nulo en aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura, puesto que en él se estipuló un interés moratorio del 2% mensual.

La primera de las cuestiones a tratar en relación a este bloque concierne a cuál es el órgano competente para conocer del asunto. Tras el análisis de la normativa procesal correspondiente se ha determinado que ha de ser el Juzgado de Primera Instancia de lo civil, bien correspondiente al partido judicial donde la financiera SEUDBANK tenga su domicilio, o bien donde el contrato de leasing hubiese surtido efectos en caso de que ésta última tuviera un establecimiento abierto al público o un representante habilitado para actuar en su nombre.

Por otro lado, en lo que respecta a los diferentes argumentos que las partes pueden plantear para defender sus posiciones tenemos, en primer lugar los argumentos a favor de TRANSLOGIC, quien podrá justificar su acción de nulidad en base a la existencia de una situación angustiosa, apoyándose en la existencia de un cártel que le supuso unas pérdidas considerables y que el tipo de interés de demora que se fijó en el contrato de leasing es notablemente superior al normal de mercado y manifiestamente desproporcionado. Siempre teniendo en cuenta que, como no existe un límite mínimo de intereses usurarios fijado en nuestra normativa, puede ocurrir que un nivel de intereses considerados usurarios en un caso concreto, puede no tener tal consideración con respecto a la situación planteada por TRANSLOGIC.

No obstante, la contestación que SEUDBANK podrá plantear, a nuestro juicio tiene unos fundamentos más sólidos que aquella presentada por TRANSLOGIC. Basaría su defensa primero en el hecho de que la normativa le permitía establecer los intereses con respecto a los préstamos mercantiles sin límite alguno. También podría argumentar que no trato de beneficiarse de la situación problemática del prestatario, pues los intereses elevados correspondían exclusivamente a los moratorios y que además estos últimos entrarían dentro del ámbito de aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura, cuya aplicación pretende TRANSLOGIC en su demanda.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY CASTELL, M. y PIA TORO GARCÍA, M. “Interés usurario: Aplicación de la Ley Azcárate de 1908”. *Món jurídic: butlletí del Col. legi d'Advocats de Barcelona*, nº 303, 2016, pp. 28-30.
- ALONSO SOTO, R. “Derecho de la competencia (I)”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho mercantil Volumen I*. A. Menéndez y A. Rojo (dir.). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2013, p. 303.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2004.
- CALVO CARAVACA, A. L. y SUDEROW, J. “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, nº 2, 2015, pp. 114-157.
- CAMACHO ROSALES, F. J. “Apropiación indebida vs Administración desleal”, en AA.VV. *Experto Universitario en Derecho Penal: Aspectos Materiales y Procesales*. O. García Pérez y C. Pérez Raya (dirs). Universidad Internacional de Andalucía 2013, pp. 6-7.
- CARRASCO PERERA, Á. “Pasar el daño aguas abajo en el cártel del azúcar”. *Actualidad jurídica Aranzadi*. nº 879, 2014, pp. 3-4.
- CARRASCO PERERA, Á. “Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1, 2018, pp. 71-84.
- CORTI VARELA, J. “Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC”. *Serie: Política de la Competencia de Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos*, nº 33, 2013.
- GARCÍA VIDAL, Á. “El comercio paralelo de medicamentos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, nº 2, 2013, pp. 320.
- 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 ley de transposición”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº 1, 2017, pp. 125-152.
- ELIZALDO REDÍN, G. “Intereses moratorios: inaplicación de la Ley de Represión de la Usura”. *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 11, 2012.

- GONZÁLEZ DURÁNTEZ, H. “La reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 13, 2006, pp. 61-64.
- GUILLEN CARAMÉS, J. “La compleja interacción entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional en la aplicación pública del Derecho de la competencia: a propósito de los programas de clemencia”. *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, nº 59, 2016, pp. 105-106.
- ÍÑIGO FUSTER, A. “Nulidad y usura. La nulidad del préstamo usurario a la luz de la Ley de Represión de la Usura”. *Sentencias de Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y otros tribunales*, nº 16, 2003.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C. “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI): delitos societarios”, en AA.VV. *Derecho Penal, Parte Especial*. J.L. González Cusac (dir). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 493-494.
- MONSERRAT VALERO, A. “Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 3, 2011, pp. 147-164.
- NAVAS MARQUÉS, J. I. “Introducción a la Directiva 2014/104/CEE: acciones frente a la infracción del Derecho de competencia”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 898, 2015, pp. 5-8.
- OLMEDO PERALTA, E. “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (umbrella pricing): Una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del Derecho de la Competencia”. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 15, 2014, pp. 107-130.
- REQUEJO, A. “La cuantificación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia: comentarios al Libro Blanco de la Comisión Europea”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 5, 2008, p. 51-58.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho Interno” en AA.VV. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, M. J. MORILLAS, P. PERALES VISCASILLA, y L. J. PORFIRIO CARPIO (dirs.) Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 1110-1126.

ROJO, A. “El establecimiento mercantil”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho mercantil Volumen I*. A. Menéndez y A. Rojo (dir.). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2013, pp. 89-90.

SABATER BAYLE, E. “Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1986.

SABATER BAYLE, E. “Rescisión por lesión y usura en el Derecho español con algunas referencias al Derecho argentino”, en AA.VV. *Libro Homenaje a los Congresos de Derecho Civil Argentino “Comentario a las leyes 499 a 507 del Fuero Nuevo”*. E. RUBIO TORRANO (Dir.). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 1157-1185.

SABATER BAYLE, E. “Intereses moratorios del 30% en préstamo usurario entre empresarios y particulares. Carga de la prueba de la cantidad entregada. Concurrencia de la Ley de Represión de la Usura con las normas de protección de los consumidores. Delimitación de sus respectivos ámbitos. Nulidad del contrato de préstamo y de las obligaciones accesorias. Restitución de la cantidad prestada. (Comentario a la STS nº 677/2014 de 2 diciembre)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, Vol. 2, nº 7, 2015, pp. 131-146.

SUDEROW, J. “Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide”. *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 8, nº 2, 2016, pp. 306-329.

VIZCARRO, F. *El Préstamo Usurario*. Ed. Nereo Colección. Barcelona 1963, p. 101.

ZUNZUNEGUI, F. “Diez preguntas sobre la usura”. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, noviembre 2016, pp. 1-2.

IX. JURISPRUDENCIA

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de enero de 2004 (asuntos acumulados Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión de las Comunidades Europeas contra Bayer AG, C-2/01 P y C-3/01 P).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2014 (asunto C-557/12 KONE AG y Otros contra Infrastructur, AG. C-557/12).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de mayo de 2015 (asunto Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros, C-352/13).

2. Tribunal Supremo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 24 de mayo de 1988 (RJ 1988\4331).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 7 de febrero de 1989 (RJ 1989\754).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 235/1998 de 20 de febrero (RJ 1998\1182).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 509/1999 de 29 de marzo (RJ 1999\2766).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 869/2001 de 2 de octubre (RJ 2001\7141).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 863/2009 de 16 de julio (RJ 2009\6989).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 578/2010 de 23 de septiembre (RJ 2010\7296).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 355/2012 de 4 de mayo (RJ 2012\5989).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 88/2013 de 22 de febrero (RJ 2013\2150).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 396/2013 de 7 de mayo (RJ 2013\7317).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014\487).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 634/2014, de 9 de enero (RJ 2015\745).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 677/2014 de 2 de diciembre (RJ 2014\6872).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero 2015 (RJ 2015\311).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 265/2015 de 22 abril (RJ 2015\1360).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 439/2016 de 24 de mayo (RJ 2016\2285).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 884/2016 de 24 de noviembre (RJ 2016\5633).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) número 322/2017 de 24 de febrero (RJ 2017\1913).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) número 1264/2017 de 14 de julio (RJ 2017\3695).

3. Audiencias Provinciales.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª) número 2/2007 de 12 de enero (JUR 2007\23982112).

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4ª) número 543/2010 de 2 de diciembre (JUR 2011\54548).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) número 60/2011 de 22 de febrero (AC 2011\938).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) número 370/2011 de 3 de octubre (JUR 2011\386351).