



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
Fin de Grado

El cártel de camiones
y las restricciones a la
competencia

Alumna: Minerva Pose Veiga

Tutor: Rafael Colina Garea

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

Año 2018

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO.....	4
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	7
II. EL CÁRTEL DE CAMIONES Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.	8
1. Los acuerdos entre fabricantes.	8
2. Los acuerdos entre los fabricantes y los distribuidores.....	12
III. LAS RECLAMACIONES DE LOS AFECTADOS.	14
IV. VÍAS PARA LLEVAR A CABO LA RECLAMACIÓN.	21
V. IRREGULARIDADES CONTABLES.....	25
VI. DEL CONTRATO DE LEASING PRESUNTAMENTE ABUSIVO.....	31
1. Competencia.....	31
2. Sobre la nulidad del contrato.....	33
3. Sobre la posible defensa de SEUDBANK, S. A.	37
VII. CONCLUSIONES.....	39
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	42
IX. JURISPRUDENCIA.....	46

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
Cit.	Citado
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CP	Código Penal
D.	Don
Dña.	Doña
DI	Dirección de Investigación
Dir.	Director
Dirs.	Directores
EEE	Espacio Económico Europeo
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Nº	Número
P.	Página
Pp.	Páginas
RAE	Real Academia Española
S. A.	Sociedad Anónima
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Vol.	Volumen

ANTECEDENTES DE HECHO

Miguel F., Carlos. H. y Fernando S. son administradores de tres importantes compañías dedicadas al diseño, fabricación y venta de elementos de transporte – a saber MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España, respectivamente –. Sus principales productos son los camiones rígidos y las cabezas tractoras consideradas como camiones medianos o pesados. Las compañías administradas ostentan, en conjunto, una cuota cercana al 80% del mercado europeo de camiones y tienen todas ellas, domicilio social en territorio español.

Desde el año 1990, y con frecuencia de varias veces al año, los tres vicepresidentes se reúnen en el Campo de Golf de La Herrería (Madrid) con el pretexto de pasar un fin de semana de golf en uno de los mejores campos de España, pues los tres son grandes aficionados al mismo y su puesto de trabajo les exige encontrar alguna vía de escape.

Si bien esas reuniones se limitaban única y exclusivamente al ocio, allá por el año 1997 la orientación de 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.

El caso planteado como trabajo final de grado que lleva por título “El cártel de camiones y las restricciones a la competencia” está basado, en buena parte, en un caso de actualidad. Dicho caso es el que ha dado lugar a la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 (Asunto AT.39824 — Camiones). En la misma se determinó que los fabricantes de camiones MAN, Daimler-Mercedes, Iveco, VOLVO-Renault y DAF llegaron a acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones medios –aquellos con un peso entre 6 y 16 toneladas- y pesados –los de un peso superior a 16 toneladas- en el EEE entre el 17 enero de 1997 y el 18 de enero de 2011 -20 de septiembre de 2010 en el caso de las mercantiles correspondientes al conglomerado de sociedades de la matriz MAN-. Además, estos pactos contra la competencia también afectaron al calendario y a la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones en el caso de los camiones medios y pesados exigida por las normas EURO 3 a 6. Por este motivo, la Comisión Europea ha impuesto una sanción a dichos fabricantes de casi 3.000 millones de euros, la más alta hasta el momento en la historia de la Unión Europea. Esta sanción no ha afectado a la empresa MAN ya que ha sido esta mercantil la que ha denunciado esta conducta, acogiéndose a las políticas de clemencia de la Unión Europea¹.

Asimismo, con posterioridad a esta Decisión, la Comisión investigó al fabricante Scania, que un primer momento había negado su participación en el cártel, y lo halló culpable. Así pues, en la actualidad se prevén reclamaciones masivas de los afectados contra estas empresas por sus pactos contra la competencia.

No obstante lo anterior, el caso que aquí se nos plantea difiere ligeramente del que acabamos de comentar. En el asunto que nos ocupa no solamente las empresas protagonistas varían ligeramente, sino que además las mismas tienen todas ellas domicilio social en España y está perfectamente determinado el lugar donde se producen los acuerdos que, como explicaremos posteriormente, vulneran el derecho de la competencia. A mayores, también se excluye deliberadamente de las empresas participantes en el cártel a las mercantiles VOLVO e IVECO, de quien la empresa TRANSLOGIC, S. A. ha adquirido sus camiones. Este dato, como se verá más adelante, tendrá su importancia.

Así pues, nos encontramos con un caso que, si bien guarda ciertas similitudes con el supuesto narrado al principio de este apartado introductorio, discurre por un sendero distinto. A esto hay que unirle las cuestiones cuarta y quinta. Estas se apartan ya del ámbito del derecho de la competencia y nos introducen en un tema de irregularidades contables (cuestión cuarta) y de nulidad de un contrato de leasing (pregunta quinta). Por ello, la estructura del trabajo se organizará del siguiente modo:

En un primer apartado se tratará el tema de derecho de la competencia, los acuerdos entre fabricantes y los acuerdos entre fabricantes y distribuidores.

¹ Para profundizar sobre el tema de las políticas de clemencia: RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A. “Prevención de cárteles, promoción de la competencia y programas de cumplimiento”, en AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (Dirs). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 845-876.

Posteriormente se analizarán las posibles reclamaciones y las distintas vías para llevarlas a cabo.

A continuación, se abordarán las irregularidades contables realizadas D. Fernando S. En este apartado se estudiará si las mismas pueden suponer algún ilícito y las consecuencias que se pueden devengar del mismo.

Tras ello, se tratará la última pregunta del caso. En este apartado se analizará la posible demanda planteada por TRANSLOGIC, S. A. contra SEUDBANK, S. A. por el contrato de leasing concertado entre ambas mercantiles. Esta pregunta estará compartimentada en tres apartados distintos. En el primero se tratará el tema de la competencia, valorando ante qué órgano jurisdiccional debe ser planteada la demanda. Mientras, en el segundo apartado se valorará si el contrato de leasing descrito puede ser declarado nulo o no. Finalmente, en el último apartado de esta pregunta se describirán las posibles opciones de defensa que la mercantil SEUDBANK, S. A. puede ejercitar en caso de ser demandada.

Finalmente, en un último apartado, se expondrán las conclusiones extraídas del análisis aquí enunciado.

II. EL CÁRTEL DE CAMIONES Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

1. Los acuerdos entre fabricantes.

En el caso se nos describe como tres fabricantes de camiones rígidos y cabezas tractoras consideradas como camiones medianos o pesados que ostentan el 80% de la cuota de mercado europeo desde 1997 hasta una fecha sin determinar pactan en precios. En concreto, se explica que los administradores se reunían para “fijar los precios brutos de los camiones con sus diferentes configuraciones y versiones y determinar las condiciones respecto de las empresas distribuidoras”. Esto fácilmente se puede definir como un cártel.

Los cárteles –empresariales- son definidos por la RAE como un “convenio o asociación entre empresas comerciales de producción similar para evitar la competencia y controlar la producción, la venta y los precios de determinadas mercancías”. Por su parte, la doctrina los define como acuerdos secretos entre competidores para fijar precios o repartirse el mercado². Otros autores como MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS y MILLA MARÍN van más allá y defienden la ilicitud de los cárteles empresariales al considerarlos una de las más flagrantes y nocivas violaciones del derecho de la competencia, capaces de privar a los operadores económicos de los beneficios que resultan de dicha competencia, tales como las bajadas de precios o la innovación y mejora en la calidad de los productos y servicios³.

² DÍEZ ESTELLA, F. “La presunción internacional de los cárteles empresariales: entre la clemencia para los delatores y la criminalización de los directivos”. *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, nº3, 2016, p. 2.

³ MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y MILLA MARÍN, P. “50 años de lucha contra los cárteles en España y perspectivas de futuro”. *Medio siglo de aplicación de las normas de competencia en España*. Centro de política de la competencia, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo, 2013, p. 4.

A su vez, la propia Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC en adelante) en su Disposición Adicional Cuarta, punto segundo, recoge una definición de cártel. Así en dicha norma se expone:

“A efectos de lo dispuesto en esta ley 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, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia.”

Esta definición, responde a la anterior redacción de la disposición adicional cuarta, introducida por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, siendo como sigue:

“A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.”

Todas estas definiciones, muy similares entre sí, consideran como cárteles a los acuerdos secretos entre empresas competidoras para falsear la competencia con conductas tales como la fijación de precios. Así pues, las conductas enunciadas en el caso y realizadas por las empresas MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España pueden encuadrarse fácilmente en el concepto de cártel, ya que se trataban de reuniones secretas con el objetivo de fijar los precios brutos de camiones y determinar las condiciones respecto a las empresas distribuidoras.

La conducta enunciada supone una vulneración de la LDC. En concreto de su art. 1.1.a), en donde se dispone:

“1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.”

Idéntica redacción presentaba también la antigua Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que era la vigente cuando comenzaron las prácticas limitativas de la libre competencia enunciadas. Sobre cuál de las dos normas se debería aplicar arroja luz la reciente Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC en adelante) de 21 de noviembre de 2017 (Expediente S/DC/

0562/15 CABLES BT/MT) en la que la duración del cártel también abarcaba un período comprendido entre sendas Leyes. Así en esta Resolución (Fundamento de Derecho Segundo) se afirma:

“Como se ha señalado en ocasiones anteriores, aplicar uno u otro precepto legal podría considerarse indiferente dada su práctica identidad, si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)⁴, la normativa aplicable deberá ser aquella que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable. Sin perjuicio de que la conducta regulada por el respectivo artículo 1 de las citadas leyes sea idéntica, de acuerdo con los precedentes de esta CNMC, también en este caso el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989, a excepción del régimen aplicable al cálculo de la sanción que corresponda imponer a las asociaciones, por cuanto en este caso el previsto en la norma anterior resulta más favorable.”

No obstante lo anterior, se debe resaltar que las empresas participantes en el cártel que enuncia el caso ostentan una cuota cercana al 80% del mercado europeo de camiones. Pese a ello, la normativa comunitaria también sanciona estas conductas. Asimismo, las normas de la competencia comunitarias se caracterizan, entre otros rasgos, por atribuir su ejecución y aplicación tanto a la Administración comunitaria como a la de los Estados miembros. De este modo, entre la normativa comunitaria vulnerada por estas tres empresas se encontraría el art. 101.1.a) del TFUE, donde se recoge:

“1. 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;”

De un modo muy similar se pronuncia también el art. 53.1.a) del Acuerdo EEE, también vulnerado en este supuesto de hecho.

Por todo ello, los acuerdos entre MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España constituyen una vulneración del derecho de la competencia tanto nacional como europeo susceptibles de ser sancionados en base a la LDC y al Reglamento (CE) Nº1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas

⁴ Si bien esta Ley ha sido derogada, este precepto aparece esencialmente recogido en el art. 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado⁵. Esta última norma ha diseñado un sistema en el que tanto la Comisión Europea como las autoridades nacionales de competencia de cada Estado miembro tienen competencia para aplicar directamente las normas comunitarias de competencia –básicamente los arts. 101 y 102 TFUE-. Por ello, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros deben colaborar para aplicar las normas comunitarias de competencia, siguiendo el art. 11 del Reglamento 1/2003, si bien en el punto 6 de este precepto se otorga preferencia a la actuación de la Comisión sobre la de los Estados miembros, al disponer que “La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado⁶”.

De este modo, tanto en el derecho interno como en el comunitario se pueden encontrar resoluciones en las que se sanciona este tipo de prácticas empresariales de fijación de precios. Ejemplos de las mismas serían, entre otros, en el ámbito nacional la ya citada Resolución de CNMC de 21 de noviembre de 2017 (Expediente S/DC/0562/15 CABLES BT/MT), la Resolución de la CNMC de 28 de julio de 2016 (Expediente SAMAD/09/2014 CONCESIONARIOS NISSAN), la Resolución de la CNMC de 28 de abril de 2016 (Expediente S/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET) o la Resolución de la CNMC de 12 de julio de 2016 (Expediente S/0506/14 Concesionarios VOLVO). Mientras, en el ámbito comunitario se puede citar, como ya se ha anticipado en la introducción, la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 (Asunto AT.39824 — Camiones) o la Decisión de la Comisión de 24 de enero de 2007 (Asunto COMP/F/38.899 — Conmutador con aislamiento de gas).

De igual modo, esta infracción del derecho de la competencia está considerada como muy grave, en base al art. 62.4 LDC, en donde se explica que:

“Son infracciones muy graves:

- a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.”

Este hecho conlleva que, en base al art. 63.1.c) LDC, las empresas participantes en el cártel puedan ser sancionadas con una multa de hasta el 10% de su volumen de negocios total. Este concepto de volumen de negocios lo desarrolla el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su Sentencia de 29 de enero 2015 (RJ 2015\311), se refiere a volumen de negocios total, por lo que la cuantía a utilizar no queda limitada a una parte (volumen de ventas afectado). En resumen, no cabe distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la

⁵ Actualmente son los artículos 101 y 102 del TFUE.

⁶ 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*, nº59, 2016, pp. 105-106.

empresa autora de la infracción. Del mismo modo, en esta Sentencia también se indica que la LDC establece una horquilla en la que se debe mover la CNMC en base a un principio de proporcionalidad⁷.

2. Los acuerdos entre los fabricantes y los distribuidores.

En los antecedentes de hecho se describía como las empresas fabricantes llegaban también a acuerdos con sus distribuidoras. A pesar de que estas, al aceptar los precios brutos fijados veían limitada su capacidad para competir con otros distribuidores, accedieron debido a que recibían una remuneración por ello.

En el supuesto enunciado, no hay ningún hecho que nos haga pensar que estos acuerdos con los distribuidores persiguen un fin mayor que el de la restricción de la competencia –como podría ser por ejemplo, una integración vertical que permitiese mayores economías de escala y precios más bajos a los consumidores-. Por ello, nos encontramos ante lo que la doctrina denomina como *naked restraints*, esto es, acuerdos cuya única finalidad es la restricción de la competencia⁸.

Al unirse estos acuerdos verticales con los proveedores a los acuerdos horizontales entre fabricantes analizados en el punto anterior nos encontramos ante un fenómeno denominado como “acuerdos complejos”⁹. En relación a estos, se pronunció la Comisión Nacional de la Competencia (CNC en adelante; actualmente ha sido sustituida por la CNMC) en su Resolución de 12 de noviembre de 2009 (Expediente S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal). En este caso, era un supuesto en el que varias empresas aseguradoras acordaron, entre otras cosas, la fijación de precios de determinados seguros, uniéndose a esos acuerdos distintas reaseguradoras. Aquí, la CNC consideró la posibilidad de que en una vulneración el art. 1.1.a) LDC y el art. 101.1.a) TFUE concurriesen elementos de horizontalidad y verticalidad al mismo tiempo. Así, en su Fundamento de Derecho Séptimo dispuso:

“La Dirección de Investigación ha utilizado el término cártel para referirse a esta infracción, que califica de acuerdo complejo, y considera que fue al tiempo un acuerdo horizontal entre competidoras (aseguradoras por un lado y reaseguradoras por otro) y vertical entre empresas que operan en mercados relacionados (aseguradoras y reaseguradoras). Por el contrario el Consejo considera que si bien los contactos fueron horizontales y verticales la infracción constituye un único acuerdo complejo de fijación de precios mínimos entre competidores; un cártel de fijación de precios.”

⁷ AZOFRA PARRONDO, J. L. y JÖRGENS, K. “La cuantificación de sanciones en Derecho de la competencia en España a raíz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Unión Europea Aranzadi*, nº3, 2015, pp. 71-76.

⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº4, 2004, p. 6.

⁹ CORTI VARELA, J. “Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC” en *Serie: Política de la Competencia de Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos*, nº33, 2013, p. 14.

Del mismo modo, en la Resolución de la CNC de 24 de junio de 2011 (Expediente S/0185/09 Bombas de Fluidos) y en la de 2 de diciembre de 2011 (Expediente S/0251/10 Envases Hortofrutícolas), entre otras, el cártel también estaba compuesto tanto de fabricantes como de distribuidores y ambos fueron sancionados por incumplir los arts. 1 LDC y 101 TFUE.

Asimismo, siguiendo el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se debe apreciar una conducta ilícita tanto de los fabricantes como de los distribuidores, e incluso de la propuesta de acuerdo a los distribuidores¹⁰. Este órgano en el apartado 102 de su Sentencia 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) dispuso lo siguiente:

“Para que un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado¹¹ pueda estimarse celebrado mediante una aceptación tácita, es necesario que la manifestación de voluntad de una de las partes contratantes con un objetivo contrario a la competencia constituya una invitación a la otra parte, ya sea expresa o implícita, para realizar en común dicho objetivo; con más razón aún cuando ese acuerdo no beneficia a primera vista, como ocurre en el presente asunto, a la otra parte, a saber, los mayoristas.”

En este caso concreto, el acuerdo que ofrecen los fabricantes a los distribuidores en un principio parece que no les beneficia. Sin embargo, lo aceptan igualmente debido a los beneficios económicos que les ofrecen estos fabricantes. De este modo, aunque no han participado directamente en las reuniones para fijar precios, sí han actuado de forma contraria al derecho de la competencia al aceptar repercutir dichos precios a los clientes. Además, esta aceptación, si no constase expresamente, como se aprecia en la Sentencia citada, podría considerarse como tácita.

Cuestión distinta sería si las empresas distribuidoras no se beneficiasen también de este cártel. En ese caso, las mismas serían consideradas como perjudicadas al ser compradoras directas. Si bien, el coste excesivo pagado por los camiones (daño emergente) sería difícilmente reclamable al haberlo transmitido a sus propios clientes, sí podrían reclamar por el conocido como “efecto volumen”, esto es, el lucro cesante causado por el hecho de que al aumentar los precios de los camiones las ventas han podido bajar¹². Esto, tras la transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 realizada a través del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, aparece recogido también en la LDC. Así en el artículo 72.2 LDC se dice que el “resarcimiento comprenderá el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses”.

¹⁰ GARCÍA VIDAL, Á. “El comercio paralelo de medicamentos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, nº2, 2013, p. 320.

¹¹ Se refiere al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Actualmente esto está regulado en el art. 101 TFUE.

¹² LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. “La responsabilidad civil en el conocido como cártel de los camiones”. *Responsabilidad Civil, Seguro y Trafico: Cuaderno Jurídico*, nº60, 2017, p. 20.

No obstante lo anterior, al haber sido partícipes en el cártel, los distribuidores no solo no pueden reclamar nada a los fabricantes sino que tendrán que hacer frente a las sanciones impuestas por vulnerar el Derecho de la Competencia, así como a las eventuales reclamaciones realizadas por los particulares para resarcir los daños causados.

De todos modos, en caso de que estos distribuidores fuesen pequeñas o medianas empresas no responderían solidariamente ante los afectados (en el tema de la responsabilidad solidaria entre miembros de un cártel se profundizará más adelante), sino que solo lo harían ante sus propios compradores directos e indirectos¹³. Para poder aplicarse esta excepción se deben cumplir los requisitos contemplados en el art. 72.2 LDC, esto es:

-Que su cuota en el respectivo mercado fuera inferior al cinco por ciento en todo momento durante la infracción.

-Que la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria mermara irremediabilmente la viabilidad económica de la empresa y causara una pérdida de todo el valor de sus activos.

Asimismo, la excepción se desvirtúa (art. 72.3 LDC) cuando se da una de estas circunstancias:

- Que la empresa hubiese dirigido la infracción o coaccionado a otras empresas para que participaran en la infracción.

-Que la empresa hubiese sido anteriormente declarada culpable de una infracción del Derecho de la Competencia.

Por ello, de lo expuesto, se extrae que los acuerdos entre fabricantes y distribuidores también conllevan limitaciones a la libre competencia vulnerando el Derecho de la Competencia.

III. LAS RECLAMACIONES DE LOS AFECTADOS.

En el relato fáctico del caso se nos expone que TRANSLOGIC, S. A. ha adquirido varios camiones de más de 6 toneladas, renovando su flota cada 6 años. Estos camiones, como se indicó en la introducción y también recoge la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 (Asunto AT.39824 — Camiones) son considerados, por su peso, camiones medios –o incluso pesados si superasen las 16 toneladas-. Por ello, los mismos entrarían dentro del tipo de vehículos sobre los que se han pactado precios, según los antecedentes de hecho. En cambio, también se destaca que son vehículos vendidos por distribuidores de las mercantiles VOLVO e IVECO, no estando las mismas implicadas en el cártel. No obstante lo anterior, la administradora de TRANSLOGIC, S. A., Dña. Cayetana, ha constatado que entre los contratos de leasing firmados en 1997, 2003 y 2009 con ambos distribuidores no existía casi diferencia entre los precios para el mismo tipo de cabezas tractoras; si bien, entre los contratos firmados en 1993 y 2014 sí existía una notable diferencia.

¹³ 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.

Sobre esto el art. 72.1 LDC expresamente recoge que:

“1. 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.”

Las acciones existentes para la reparación de los daños y perjuicios causados por la infracción del Derecho de la Competencia se dividen en:

-Acciones de *Follow On*: Estas se basan en un procedimiento administrativo sancionador previo para justificar sus pretensiones en la jurisdicción civil. El demandante en este caso usa la decisión administrativa previa como prueba para acreditar los hechos y el origen del daño causado.

-Acciones *Stand Alone*: En este caso las acciones que no se basen en una decisión administrativa previa. Aquí, el demandante debe probar la infracción, la responsabilidad, el daño y la causalidad¹⁴.

En el caso que nos ocupa no nos consta si existe o no una Resolución previa en un procedimiento sancionador. No obstante, esto es lo común ya que para una pequeña empresa como TRANSLOGIC, S. A. el desenmascarar todo un cártel (acción de *Stand Alone*) puede resultar hartamente complicado.

A su vez, se trata de una reclamación de carácter extracontractual -delictual en nomenclatura comunitaria- basada en el art. 1902 del Código Civil en tanto en cuanto que lo que se pide no es la anulación de un contrato, sino que se exige una indemnización por la imposición de un precio excesivo¹⁵.

En este caso nos hallaríamos ante lo denominado como “efecto paraguas” (*umbrella pricing*). Con esta denominación se hace referencia a la subida de los precios llevada a cabo por empresas del mismo sector que las del cártel, pero ajenas al mismo, debidas a los pactos de precios del propio cártel¹⁶. Esto ha sido tratado por el TJUE en su Sentencia de 5 de junio de 2014 en el asunto C-557/12 Kone AG y Otros contra Infrastruktur AG. Si bien, con carácter previo, el propio TJUE en su Sentencia de 13 de julio de 2006, Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA; Antonio Cannito v. Fondiaria Sai SpA; y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo v. Assitalia Spa, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04 en su apartado 63 afirmaba:

“[...] el artículo 81 CE debe interpretarse en el sentido de que legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos

¹⁴ 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, nº2, 2016, p. 309.

¹⁵ 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” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, Nº2, 2015, p. 119.

¹⁶ 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, p. 1119.

por dicho artículo y, cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho perjuicio.”

Sin embargo, es en la Sentencia relativa al asunto Kone donde se aborda el tema del *umbrella pricing*. En este tema, el TJUE resuelve una cuestión prejudicial en la que se planteaba al Tribunal si es contraria al ordenamiento comunitario una norma nacional que impida a los clientes de una empresa que no ha participado en el cártel reclamar a las cártelistas los daños que han sufrido como consecuencia del efecto generalizado de subida de precios en el mercado del producto que el cártel produjo y que se manifiestan en el incremento de precios que sufrieron los productos de una empresa que no participaba en el cártel. Sobre esto, el TJUE resolvió lo siguiente:

“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.”

Pese a lo dispuesto, la doctrina tampoco es excesivamente optimista respecto a las posibles acciones de resarcimiento de daños en los casos de *umbrella pricing*. La mayor salvedad que se resalta en este tipo de acciones es la necesidad de probar y cuantificar el daño sufrido y demostrar la acción antijurídica –en el caso de las empresas condenadas por formar parte de un cártel ya existiría prueba preconstituída-. Además, es especialmente importante establecer una relación de causalidad directa y adecuada entre el cártel y el daño sufrido. Esto, además de importante también es dificultoso. Buena parte de estas dificultades estriban en que la decisión de subir los precios por parte de las empresas ajenas al cártel puede responder a diversos motivos distintos que al propio efecto paraguas del cártel. Por otra parte, también existen recomendaciones doctrinales respecto a que la jurisprudencia debe ser especialmente estricta en el análisis de la relación de causalidad entre tales daños y la conducta antijurídica a la hora de enjuiciar el derecho a la reparación en estos casos. Una razón de peso en esto es que estas empresas ajenas al cártel han sido las que se han enriquecido al aplicar a sus clientes un sobreprecio y, en muchas ocasiones, sus actuaciones han podido ser conociendo o intuyendo la existencia del cártel o, al menos, sabiendo que existía algún tipo de distorsión en el nivel de precios del mercado¹⁷.

De conseguir acreditar la relación de causalidad entre los precios de las marcas VOLVO e IVECO –esencialmente en los años 1997, 2003 y 2009- el siguiente escollo con el que se encontraría TRANSLOGIC, S. A. para reclamar una indemnización sería la conocida como doctrina del *passing on*. Este se puede definir como el mecanismo de excepción del demandado en los procesos de indemnización por daños y perjuicios

¹⁷ 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*, nº15, 2014, pp. 122-123.

surgidos de vulneraciones del derecho competencia basado en que el demandante no sufrió daño alguno como resultado del sobreprecio provocado por dicha conducta anticompetitiva, ya que, en vez de asumir dicho incremento, lo repercutió a sus clientes¹⁸.

En el caso enjuiciado, no se puede alegar que TRANSLOGIC, S. A. sea un mero intermediario y haya traspasado el daño proveniente del aumento de precios íntegramente a sus clientes -en cuyo caso aún podría reclamar por el lucro cesante proveniente de la bajada de ventas fruto de la subida de precios-. Por el contrario, lo que sí podrían alegar los fabricantes sería que el daño lo ha repercutido subiendo el precio de sus servicios. Esto también se conoce doctrinalmente como pasar el daño aguas abajo¹⁹. Este principio, de origen fundamentalmente norteamericano²⁰, desde la transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 realizada a través del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, aparece recogido también en la LDC. Así, en el art. 78.1 LDC se recoge:

“1. 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.”

Asimismo, en el art. 78.3 LDC se añade:

“3. 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.

La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros.”

A su vez, sobre esto, cierta doctrina, objeta que una subida de precios constituye simplemente un reflejo de la cambiante información disponible en cada momento en el mercado, y, es algo que lo puede provocar muchas otras circunstancias tales como un incremento del poder de mercado del vendedor, un aumento de la demanda, etc. Así, la prueba de que realmente se ha repercutido el sobrecoste, en palabras de esta doctrina, debería incluir la prueba de que ese incremento del precio que el comprador cobra a sus clientes fue provocado por el sobreprecio derivado del acto ilícito, de tal forma que el demandante no habría podido subir sus precios si no hubiera existido el comportamiento contrario al derecho de la competencia sancionado. De este modo, solo en ese caso existiría una relación de causalidad suficiente para acreditar el *passing on* y la misma

¹⁸ 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.

¹⁹ CARRASCO PERERA, Á. “Pasar el daño aguas abajo en el cártel del azúcar”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº879, 2014, p. 3.

²⁰ TORRE SUSTAETA, V. “La prueba en los procesos civiles relativos a la reparación de los daños y perjuicios por infracción de la normativa de Defensa de la Competencia: A propósito de la propuesta de Directiva del 11 de junio de 2013”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº15, 2014, p. 136.

permitiría a los compradores indirectos reclamar la indemnización del daño a los autores de la infracción²¹.

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha tratado este asunto en el caso conocido como el del cártel del azúcar. En el mismo, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) en su Sentencia número 370/2011 de 3 de octubre (JUR 2011\386351²²) ha estimado la existencia del *passing on* sobre la base de que, con carácter previo a la reclamación para el resarcimiento de los daños, se había manifestado que, por culpa del comportamiento contrario al derecho de la competencia, los precios repercutidos a los consumidores se vieron incrementados. A su vez, como segundo indicio de que se ha producido un *passing on* hacia los consumidores, la Audiencia Provincial razona que ha quedado acreditado que, durante el cártel, los precios de los dulces comercializados por las empresas afectadas subieron, a pesar de lo débil de las pruebas aportadas. Así, sobre esto afirma:

“Mantienen las empresas demandantes y acoge la Sentencia combatida, que no hay prueba efectiva al respecto de que ese incremento de precios en el año 1997 tenga su origen en el traslado de precios. Pero no cabe duda que, si no hay prueba efectiva, si hay una evidencia del aumento del precio”

Sin embargo, esta Sentencia ha sido casada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su Sentencia número 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014\487). Este se aparta completamente de la fundamentación de la Audiencia Provincial y establece:

“Aunque en ocasiones, de un modo reduccionista, se habla del "passing-on" como simple repercusión de precios en el sentido de incremento del precio en el mercado "aguas abajo" en proporción al incremento de precios sufrido en el mercado "aguas arriba", 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. La elevación de los precios de los productos que elaboraban las demandantes, que a su vez habían sufrido una elevación ilícita de los precios del azúcar utilizado para fabricarlos, es un requisito necesario para que la repercusión del daño haya tenido lugar, pero no es suficiente. Lo determinante es que el comprador directo frente al que se opone la defensa no haya sufrido daño porque lo haya logrado repercutir a terceros no demandantes. [...]

La jurisprudencia comunitaria ya había mantenido esta afirmación en relación a la defensa del "passing-on" frente a la reclamación de devolución de tributos y gravámenes contrarios al Derecho comunitario. [...]

Por tanto, en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cártel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese

²¹ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones...”, cit. p. 15.

²² Las referencias jurisprudenciales de juzgados españoles lo serán todas de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi

aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel. Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cártel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del "passing-on" o no puede hacerse en su totalidad.

4.- No se ha practicado prueba adecuada para acreditar tal extremo, pues la prueba propuesta y practicada solo acredita extremos relativos a la repercusión del aumento del precio. La inactividad probatoria de la parte demandada sobre este particular ha sido casi absoluta por cuanto que partía de la base de que no había existido cártel y los precios habían sido negociados. [...]

En consecuencia, ha existido una ausencia de prueba sobre extremos relevantes para poder estimar la defensa del "passing-on" y la Sentencia recurrida vulnera las reglas de la carga de la prueba al no haber desestimado tal defensa.”

De este extracto de la Sentencia se concluye que el Tribunal Supremo se ha quedado en un terreno intermedio. El Tribunal podía determinar, como en otros países, que la excepción de *passing on* es improcedente y que la demanda ha de ser incondicionadamente estimada, más allá de las cuestiones de prueba, pues sólo los distribuidores intermedios están en condiciones de interponer demandas de esta clase. No obstante, en lugar de eso, ha argumentado que el mismo no ha quedado debidamente acreditado debido a que, aunque este daño emergente se absorbiera “aguas abajo”, no se absorbería el lucro cesante sufrido por la pérdida de volumen de negocio, como consecuencia de la subida de precios al consumidor final²³.

Otro aspecto que aborda esta Sentencia es el del deber de mitigar el daño por parte de los afectados por el cártel. Aquí lo que se argumentaba por la parte demandada, y que es directamente aplicable al caso que nos ocupa, es que los afectados podían haber adquirido azúcar a empresas ajenas al cártel, pero que no lo hicieron. En este caso, el Tribunal Supremo sí se muestra categórico al afirmar que:

“Es evidente, por razones de pura lógica en el comportamiento empresarial, que si las demandantes hubieran podido adquirir más azúcar, a mejor precio, en el mercado extranjero, lo habrían hecho. Además, 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.

Incluso de ser cierto que algunos de los demandantes, si hubieran sido más sagaces, hubieran podido aumentar las importaciones de azúcar, no es razonable que se permita a quien realizó una conducta anticompetitiva que le

²³ CARRASCO PERERA, Á. “Pasar el daño aguas abajo en el cártel del azúcar” cit. p. 17.

reportó beneficios y que causó daños a otros intervinientes en el mercado, retener los beneficios ilícitamente obtenidos con base en el argumento de que los perjudicados podrían haber actuado más inteligentemente para mitigar los daños derivados de la conducta anticompetitiva del infractor. 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.”

Finalmente, cerrando ya el tema de la posible indemnización a TRANSLOGIC, S. A., nos debemos referir a la cuantificación del daño. Para esto existe una Guía Práctica de la Comisión Europea, denominada “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”. De igual manera, esta cuantificación también debe seguir lo dispuesto 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 mismo se señalan los siguientes principios fundamentales:

a) El daño reclamado debe compensar por la pérdida real -daño emergente, en este caso el sobrecoste causado-, por el lucro cesante -las pérdidas por el efecto volumen- y por los intereses perdidos. Todos estos conceptos hacen referencia a cada una de las partidas que componen el beneficio no obtenido de las víctimas.

b) El cálculo del daño sufrido requiere comparar el beneficio real de la víctima con el beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que la infracción no se hubiera cometido. A esta situación se la conoce como “escenario de hechos alternativos” y es el escenario relevante para realizar la comparación y, por consiguiente, para estimar el daño.

c) La cuantificación del daño a partir de la comparación de la situación real con el escenario de hechos alternativos requiere tener en cuenta que es posible que se hayan producido, de manera simultánea a la infracción, cambios en otros factores que también expliquen el cambio en el beneficio y que, por tanto, hay que descontar del supuesto daño. Esto es, se ha de probar que existe un nexo causal entre el daño reclamado y la infracción de la normativa de la competencia.

d) Finalmente, en el cómputo de los daños sufridos por una determinada víctima es necesario tener en cuenta que esta ha podido repercutir una parte o el total del daño sufrido a sus clientes *-passing-on-*. En este caso, esta víctima solo tiene derecho a ser compensada por el daño realmente sufrido y no por el daño que haya podido repercutir a sus clientes²⁴.

Asimismo, este tipo de cuantificación en otros temas, como por ejemplo el citado del cártel del azúcar, se ha realizado a través de un informe pericial. Por ello, la recomendación a TRANSLOGIC, S. A. sería la de actuar del mismo modo y presentar un informe pericial con su demanda.

²⁴ 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*, nº5, 2008, pp. 51-52.

IV. VÍAS PARA LLEVAR A CABO LA RECLAMACIÓN.

Como se ha expuesto en el punto anterior, la vía prototípica para reclamar una indemnización de daños por un comportamiento contrario al derecho de la competencia es la acción denominada como de *follow on*, basada en un procedimiento administrativo sancionador previo que sirve como prueba para acreditar los hechos antijurídicos. Sobre estas acciones existe bastante debate sobre el fuero en donde plantear las mismas.

En primer lugar, hay autores que defienden la posibilidad de que las demandas basadas en acciones de *follow on* sean presentadas ante los juzgados de lo mercantil en lugar de ante los juzgados de primera instancia de lo civil. Para desarrollar este argumento arguyen que, siendo rigoristas, el fundamento jurídico de estas acciones se encuentra en la LDC y en el TFUE y no en el Código Civil. Además, continúa esta doctrina, esto privaría virtualmente de sentido al artículo 86 ter 2.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde dice que los juzgados de lo mercantil conocerán “de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia”. Por ello, consideran ilógico pensar que el legislador no ha querido incluir aquí las acciones de *follow on*²⁵.

No obstante lo anterior, en las acciones de *follow on* el tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre la existencia de una infracción de la normativa relativa al derecho de la competencia, ya que esto ya se ha dilucidado en otro procedimiento. Este es el razonamiento que empuja a buena parte de la doctrina a considerar que serán los juzgados de primera instancia de lo civil los que conozcan de estos procedimientos. Además, los casos enjuiciados hasta el momento, como el que dio lugar a la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo 651/2013, de 7 noviembre, o el del caso que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 634/2014, de 9 de enero (RJ 2015\745), han sido iniciados en tribunales de primera instancia de lo civil, siendo esta decisión pacífica entre las partes y el juzgador.

Por otro lado, en cuanto a la competencia territorial, se plantea un importante debate. Sobre esta, en primer lugar, se debe citar el Reglamento 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 resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En esta norma, en su art. 7.2 se dispone:

“Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: [...]

2) En materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso;”

²⁵ 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, nº1, 2017, pp. 129-130.

Por su parte, el Reglamento 864/2007 Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en su art. 4 recoge lo siguiente:

“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, 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 haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.”

Sobre este tema arroja más luz la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 21 de mayo de 2015 (asunto *Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros*, C-352/13) en donde resuelve una cuestión prejudicial relativa a la competencia. Así, en este supuesto el Tribunal ha determinado en los apartados 52 y 53 de la Sentencia:

“De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el lugar de materialización del daño es el lugar donde el perjuicio alegado se manifiesta de forma concreta (véase la Sentencia *Zuid-Chemie*, C-189/08, EU:C:2009:475, apartado 27). En el caso de un perjuicio consistente en los sobrecostos pagados a causa de un precio artificialmente elevado, como el del peróxido de hidrógeno objeto del cártel en cuestión en el litigio principal, ese lugar sólo es identificable en relación con cada una de las presuntas víctimas considerada de forma individualizada, y en principio corresponde al domicilio social de ella.

Ese lugar 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, que ya ha constatado de forma vinculante la Comisión, depende en lo esencial de aspectos propios de la situación de esa empresa. Siendo así, el tribunal del lugar donde ésta tiene su domicilio social es evidentemente el mejor situado para conocer de esa demanda.”

Así pues, TRANSLOGIC, S. A. debe plantear su reclamación en los juzgados de primera instancia de lo civil correspondientes a su domicilio social -el norte de España-. Esto se corresponde con la denominada tesis del mosaico o *Mosaikbetrachtung*, establecida por las Sentencias del TJUE de 7 de marzo de 1995 (asunto *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA.*, C-68/93) y de 10 de junio de 2004 (asunto *Rudolf Kronhofer contra Marianne Maier y otros*, C-168/02).

Cuestión distinta sería si lo que se reclamase fuese el daño total producido por la acción ilícita. En ese caso el fuero competente sería el del domicilio de cualquiera de los participantes en el cártel o el del lugar en donde se han celebrado los acuerdos²⁶. En este caso particular, en cualquiera de los supuestos planteados conocerían los tribunales españoles, si bien se trataría de partidos judiciales distintos.

²⁶ SUDEROW, J. “Acciones derivadas de ilícitos antitrust...”, cit. p. 15.

Por otra parte, también hay que destacar que TRANSLOGIC, S. A. puede demandar a cualquiera de los participantes en el cártel -con la excepción para pequeñas y medianas empresas antes comentada-. Esto se debe a que la responsabilidad de dichas empresas es una responsabilidad solidaria, por lo que no se exige el litisconsorcio pasivo necesario. De hecho, en el art. 73.1 LDC se recoge que “las empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de 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”. En este caso, hay una infracción conjunta del derecho de la competencia por parte de MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España en tanto que han realizado una práctica concertada entre ellas -la propia definición de cártel nos indica esto-. Esta responsabilidad solidaria implica, según el art 11.1 de la ya citada directiva 104/2013 que cada una de las empresas participantes en el cártel estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado, y TRANSLOGIC, S. A. tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada.

Además, en este caso se trata de una responsabilidad solidaria impropia. Históricamente esta se ha venido definiendo como aquella que no nacía de ley o de contrato, sino que era directamente fundada en la Sentencia de condena a la solidaridad. No obstante, en este supuesto sí la establece la LDC. Pese a ello, la doctrina considera que aquí la solidaridad es impropia ya que para que se declare como tal se necesita un doble pronunciamiento de autoridad: En primer lugar, que el conjunto de los sujetos constituya un cártel y, segundo, que hayan infringido de forma conjunta el derecho de la competencia²⁷.

Así pues, la solidaridad es impropia cuando nace directamente de la Sentencia de condena²⁸. Esta declaración de solidaridad impropia es importante a efectos de la interrupción de la prescripción del art. 1974 del Código Civil. Así, por este motivo, dicha interrupción de la prescripción, se debe realizar frente a todos los responsables solidarios ya que de lo contrario solamente se entiende interrumpida frente a aquellos con quien se realizasen acciones. Esto es, hay que reclamar extrajudicialmente a todos los miembros del cártel o, de lo contrario, solo se interrumpe la prescripción respecto a aquellos a los que se les hubiese enviado un requerimiento previo. Además, en el caso de que hubiese una primera sanción de la CNMC o de la Comisión Europea y, posteriormente, sobre el mismo tema se sancionase a un infractor más (como por ejemplo en el comentado asunto Asunto AT.39824 — Camiones de la Comisión respecto a la marca Scania), el plazo de prescripción empezaría a correr desde esta última sanción, ya que se estaría tratando de lo que la doctrina conoce como una infracción única y continuada²⁹. Además de que también se podrían reclamar todos los daños a este último infractor -si bien el mismo podría ejercitar una acción de regreso contra los otros participantes en el cártel-.

²⁷ CARRASCO PERERA, Á. “Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº1, 2018, pp. 71-84.

²⁸ Sobre esto: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 631/2002 de 17 de junio (RJ 2002\5223) o Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 967/2002 de 21 de octubre (RJ 2002\8770), entre otras.

²⁹ LAMADRID DE PABLO, A. y BALCELLS CARTAGENA, A. “La prueba de los cárteles en derecho español” en AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, (Dir.). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 463.

Respecto a la prescripción citada también se debe hacer una breve referencia. La misma ha variado tras la transposición de la Directiva 2014/104/UE a través del Real Decreto-ley 9/2017, que modificó la LDC. Así, con esta modificación, se introdujo el art. 74.1 en donde se dispone que “la acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones del Derecho de la competencia prescribirá a los cinco años”. Este plazo comienza a contar en el momento en que haya cesado la infracción del derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o, razonablemente, haya podido tenerlo de dicha infracción³⁰. En cambio, en los antecedentes de hecho no se nos indica si la conducta ilícita ha terminado, ni cuándo. Por ello, si la misma hubiese finalizado antes de la entrada en vigor de esta norma el plazo de prescripción sería el genérico de un año establecido en el art. 1968 del Código Civil; en tanto en cuanto que este nuevo plazo de prescripción no se puede aplicar con carácter retroactivo.

Otra vía para llevar a cabo la reclamación que podría, a priori, plantearse TRANSLOGIC, S. A. sería la de iniciar una acción colectiva conjuntamente con otros afectados por el cártel. Sin embargo, esta opción está pensada para consumidores y usuarios. Este concepto de consumidor aparece definido en el art. 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, en donde se explica que “son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Por ello, TRANSLOGIC, S. A., quedaría fuera del mismo. Sin embargo, aunque se pudiesen acoger a las acciones colectivas, estas son más una opción teórica que práctica ya que la regulación de las mismas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en materia de acciones colectivas resarcitorias es bastante dificultosa. Así, por ejemplo, contiene la exigencia de dar publicidad previa al ejercicio de la demanda (art. 15 LEC), que puede ser costosa; o los retrasos que puede provocar su posible acumulación con acciones paralelas (art. 76.2.1º LEC).

Otra vía que se puede plantear TRANSLOGIC, S. A. es la de la cesión onerosa de sus acciones a terceros. Esta opción consiste en transmitir onerosamente a un tercero –normalmente a una entidad especializada en este tipo de reclamaciones- los derechos a reclamar los daños sufridos por la conducta ilícita llevada a cabo por las empresas que conformaban el cártel. De hecho, en la ya citada Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015 (asunto CDC Hydrogen Peroxide) el reclamante, Cártel Damage Claims, es una sociedad dedicada a la reclamación de este tipo de daños.

En cambio, esta opción, introducida por la Directiva 2014/104/UE, es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, en la reforma de la LDC para introducir la citada Directiva, no se hace expresa mención a la misma. No obstante, sí que es cierto que desde la doctrina hay posiciones favorables a adoptar esta hipótesis. Así, para amparar esta posibilidad, se podría acudir al art. 1112 del Código Civil en donde se dice que “Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”. Esto se complementa con el

³⁰ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. “La responsabilidad civil en el conocido como cártel de los camiones”, cit. p. 13.

art. 1526 del Código Civil en donde se contempla la posibilidad de la cesión de un crédito, derecho o acción contra un tercero³¹.

Finalmente, la última opción a barajar por TRANSLOGIC, S. A. es la de llegar a un acuerdo extrajudicial de transacción individualizada con los miembros del cártel o con alguno de ellos. Los efectos de estos acuerdos aparecen detallados en el art. 77 LDC, si bien no se les dedicará una atención mayor en este texto en tanto que se trata de una solución para la cual es necesario el acuerdo al respecto de alguna de las empresas del cártel. Esto es, no depende únicamente de TRANSLOGIC, S. A.

V. IRREGULARIDADES CONTABLES.

En este punto se dará respuesta a la pregunta numerada como cuarta en los antecedentes de hecho. En la misma se pide analizar la conducta de D. Fernando S. respecto a la contabilidad en su empresa. Se debe recordar que D. Fernando se describe en el caso como el director de FIAT Chrysler España y la conducta a analizar ha consistido en dar de baja (en 2014) de la contabilidad unos terrenos por valor de 4.000.000 euros, llevándolos a pérdidas, para después darlo de alta en otra empresa en la que los socios son él y su esposa. Además, continúa el caso, el balance y demás documentos que conforman las cuentas anuales ese año fueron debidamente aprobados por la junta de accionistas.

Con este relato fáctico, un primer análisis nos llevaría a pensar en la regulación contemplada en el art. 252.1 del Código Penal (CP). En dicho artículo se dispone:

“1. 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.”

Asimismo, la conducta también parece encuadrable en el ilícito societario que se regula en el art. 290 CP. En este se indica lo siguiente:

“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.”

³¹ GASCÓN INCHAUSTI, F. “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia...”, cit. p. 21.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que la regulación penal de este tipo de conductas ha sufrido modificaciones por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo mientras que los hechos narrados han sucedido en 2014. Por tanto, se debe analizar también la regulación anterior, ya que, como se encarga de recordarnos el art. 2 CP, la retroactividad de la norma penal solo procede si favorece al reo.

Así pues, retrotrayéndonos al año 2014, el art. 252 regulaba de forma genérica el delito de apropiación indebida, respondiendo su redacción al siguiente tenor literal:

“Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 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.”

Por su parte, el art. 290 CP citado no se ha visto alterado en estos años, pero sí se debe destacar que en el año 2014 el art. 295, suprimido por el art. Único.160 de la citada Ley Orgánica 1/2015, aún conservaba su vigencia. En el mismo se recogía un delito de administración desleal de la siguiente forma:

“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.”

Por todo ello, en aras de realizar una exposición ordenada, se entrará a conocer primero de la diferenciación entre el ilícito recogido en el art. 252 CP y el recogido en art. 295 CP, observando si es más favorable al reo la normativa en vigor en 2014 o la actual, ya que es esa la que se debería aplicar en base al citado art. 2 CP. Asimismo, también se comentará la procedencia de la posible aplicación del art. 290 CP.

1. La diferenciación entre la apropiación indebida y la administración desleal antes de la reforma de 2015.

En esta época, como se indicó en líneas anteriores, se hacía distinción entre un delito de apropiación indebida –el regulado en el art. 252 CP- y un delito de administración desleal –regulado en el art. 295 CP-.

Respecto a la apropiación indebida se debe indicar que la conducta típica de este delito conllevaría dos presupuestos. En primer lugar, la apropiación de la cosa. Sobre este punto el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en su Sentencia número 1484/2005 de 28 de febrero (RJ 2005\1905) dispone que “a los efectos del delito del art. 252 CP

carece de significación que se haya probado cómo se sacó el trigo del lugar en el que estaba almacenado. Lo decisivo es que se comprobó la falta y esa desaparición es lo que constituye el elemento típico del daño sobre la propiedad”. Mientras, como segundo presupuesto se hallaría el título de entrega. Este debe tener su origen en un título traslativo de la posesión que produzca obligación de devolución a quién cedió la posesión o a un tercero³².

Por su parte, respecto a la administración desleal, se podría considerar la misma en palabras de algunos autores³³, como un supuesto de apropiación indebida, pero realizada en el seno de una sociedad, aunque en el CP ha adquirido sustantividad propia, acentuándose el matiz de deslealtad en el administrador. Así, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en su Sentencia número 396/2013 de 7 de mayo (RJ 2013\7317) ha matizado que tendrá lugar la conducta de administración desleal cuando: 1) Se realiza por un administrador de la sociedad (sujeto activo); 2) Consiste en actividades fraudulentas de disposición de bienes; y 3) Se causa a la sociedad un perjuicio económicamente evaluable. Además, el tipo lo es de resultado, estando constituido expresamente por el perjuicio económico.

Estos dos delitos presentaron siempre ciertos problemas de diferenciación entre uno y otro, agravados debido a que las penas del art. 295 CP eran inferiores a las dispuestas en el art. 252 CP. Así, en un primer momento, el Tribunal Supremo, consideró la existencia de un concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad entre el art. 252 y el 295 CP. Así, el Alto Tribunal, en su Sentencia número 224/1998 de 26 de febrero (RJ 1998\1196), estableció que “hay actos de administración que pueden ser calificados alternativamente de apropiación indebida o administración desleal, pues hay una amplia zona común a ambos delitos, pero habrá también actos de administración desleal que no podrán calificarse de apropiación indebida. La relación entre los dos delitos había de hacerse a partir del concurso aparente de normas, mediante la aplicación del principio de alternatividad, imponiendo la pena más grave en aquellos casos en que la conducta pudiera ser tipificada con arreglo a los dos delitos”.

Esta Sentencia es complementada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 867/2002 de 29 de julio (RJ 2002\6357). En la misma, tras citar la anterior Sentencia, se introduce la denominada teoría de los círculos secantes³⁴ del siguiente modo:

“Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes. [...]

³² 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, p. 6.

³³ LUACES MASAVEU, J. “El delito de apropiación indebida. Problemática de la gestión desleal” en *Ponencia dentro del curso “Última jurisprudencia en materia de delitos contra el patrimonio. Régimen vigente y perspectivas de futuro”*, 2014, p. 31.

³⁴ CADENA SERRANO, F. A. “Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida tras la reforma de 2015” en *Ponencia en el curso dirigido a fiscales “Novedades en delitos contra el patrimonio”*, 2016, pp. 14-16.

Es más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.

Resumiendo todo lo anteriormente expuesto afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.”

Por tanto, según esta teoría, cuando el administrador realiza actos que persigan adjudicarse los bienes de la sociedad se estará ante un delito de apropiación indebida, mientras que en los demás casos nos hallaremos ante un delito de administración desleal³⁵.

Posteriormente, el Tribunal Supremo, en Sentencias como la número 915/2005 de 11 de julio (RJ 2005\5418), cambió su criterio interpretativo y entendió que estos delitos implicaban conductas distintas, de ahí que el problema se centraba en determinar cuándo nos encontrábamos en presencia de una u otra. Por ello, en un primer momento, interpretó que el elemento diferenciador radicaba en el carácter intensivo o extensivo del ilícito cometido por el administrador. Así, mientras que en el art. 252 CP el acto dispositivo supone una actuación de hecho que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito del art. 295, la disposición se hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión jurídicamente reconocida, estando el desvalor de la conducta en el uso abusivo de esas funciones, desviándose del objeto perseguido³⁶.

Finalmente, el Alto Tribunal decidió que el criterio interpretativo más correcto era el que atendía a que el administrador actuase o no fuera del ámbito competencial de los poderes concedidos –exceso extensivo-, en este caso estaríamos ante un delito de apropiación indebida, conllevando este uso extensivo el enriquecimiento injusto, propio o de terceros y la permanencia en la privación de la disponibilidad del bien. Por su parte, cuando se ejecutan actos ilícitos en el marco propio de las atribuciones encomendadas al administrador –exceso intensivo- operaría el tipo penal del art. 295³⁷. Este criterio aparece recogido en Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) tales como la número 462/2009 de 12 de mayo (RJ 2009\4863), la número 47/2010 de 2 de febrero (RJ 2010\1412) o la número 707/2012 de 20 de septiembre (RJ 2012\10151). A mayores, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 435/2016 de 20 de mayo (RJ 2016\2660)³⁸, siguiendo el criterio de anteriores Sentencias expresa de forma clara que:

³⁵ Para profundizar sobre esto: LUZÓN PEÑA, D. M. y ROSO CAÑADILLAS, R., “La administración desleal societaria en el Derecho penal español”. *Revista de Derecho*, nº16, 2013, pp. 193-230.

³⁶ JUANES PECES, Á. "El delito de administración desleal y apropiación indebida: Después de la reforma de la reforma del año 2015: Evolución histórica: Análisis de la jurisprudencia de la sala segunda" en *Jornadas de Especialistas en delincuencia económica*, 2017, pp. 8-9.

³⁷ CASTELLÓ NICÁS, N. “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº19-06, 2017, p. 13.

³⁸ Esta Sentencia, si bien es posterior a la reforma del 2015, analiza una situación producida antes de la misma.

“La diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten necesariamente expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida se incluyen los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad", siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador.”

De este modo, siguiendo este criterio último del Tribunal Supremo, la conducta realizada por D. Fernando S. se acogerá dentro del ilícito de apropiación indebida, ya que resulta claro que estamos ante un ánimo de “expropiación definitiva” para la sociedad. Así, D. Fernando S. se expone a ser condenado en base al art. 252 CP. Sin embargo, cabe preguntarse si se le aplica la redacción actual del artículo o la vigente en 2014. Esto se resuelve observando las penas de ambos. Aquí, en los dos casos debemos acudir al art. 250 CP, debido a que el valor de lo defraudado (apropiado en este caso) supera los 50.000 euros. Este artículo tanto en su redacción de 2014 como en la actual contempla penas de uno a seis años y multa de seis a doce meses para acciones de este tipo. No obstante, en la actualidad el punto segundo de este artículo indica se impondrán penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros, lo que en este caso sucede.

Todo ello nos lleva a concluir que a D. Fernando S. se le debe aplicar la normativa vigente en 2014, ya que la nacida a raíz de la reforma de 2015 le resulta más desfavorable.

2. Sobre la procedencia de la aplicación del art. 290 CP

Con respecto al art. 290 CP la conducta que se podría encuadrar en el mismo sería la baja contable del elemento de inmovilizado que fue llevado a pérdidas.

Con este delito se castiga el falseamiento de las cuentas anuales ya que las mismas son el instrumento más importante del que disponen los accionistas, acreedores y terceros para conocer la situación económica de una empresa. Además, tanto el Plan General Contable como la Ley de Sociedades de Capital exigen que las mismas se redacten con claridad y muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa³⁹.

Para que dicho delito concurra, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) expuesta en Sentencia tales como la número 863/2009 de 16 julio (RJ\2009\6989) se deben reunir dos requisitos:

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

³⁹ LAUNA ORIOL, C. “Falsedad documental societaria. Art. 290 del Código Penal” en *Ponencia sobre Delitos societarios. El delito de la administración desleal*, 2017, p. 13.

En cuanto al primer requisito, falsear en palabras del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) -Sentencia número 439/2016 de 24 de mayo (RJ 2016\2285)- “tanto quiere decir como mentir, alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho”. Además, el propio Alto Tribunal en su Sentencia número 884/2016 de 24 de noviembre (RJ 2016\5633) precisó que “solo cabe falsear lo que es susceptible de ser tenido por verdadero. Cuando se trata de juicios de valor, aunque pueda predicarse la incorrección, no puede decirse que su enunciado sea o no falso. Y en contabilidad, además de datos, se manejan juicios de valor. Como los que corresponde emitir sobre la calificación contable de un dato de hecho. De tal suerte que el resultado de unas cuentas puede ser incorrecto, sin falsedad, si las partidas no son correctamente consideradas desde esa perspectiva”.

En cuanto al segundo requisito, también es desarrollado por la doctrina del Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 355/2012 de 4 de mayo (RJ 2012\5989) se indica que:

“El elemento objetivo del tipo delictivo exige que la falta de verdad de los documentos que reflejen la situación económica de la entidad sea idónea, para causar perjuicio. No es necesario que el perjuicio llegue a producirse. De ocurrir, sería aplicable el subtipo agravado del párrafo segundo. Ahora bien, aquel perjuicio ha de ser concreto ya que el sujeto pasivo de ese perjuicio ha de identificarse y ser la sociedad, un socio o un tercero. Y sólo desde su específica determinación cabe valorar si la mendacidad documentada es o no funcional para su causación.

Además el perjuicio, incluso en esa fase de eventualidad o mero riesgo, es un dato fáctico cuya proclamación en sede de hechos probados es ineludible.

Como lo es también el componente subjetivo. Éste exige la presencia de un dolo de perjudicar, incluso directo y no meramente eventual”

Con estas precisiones, se encuadra el comportamiento de D. Fernando S. dentro de los actos sancionables por el art. 290 CP. Esto se debe a que con la baja en la contabilidad de un bien que era propiedad de la empresa y no había sufrido ningún deterioro, en primer lugar, falseó la situación económica y jurídica de la sociedad y, en segundo lugar, le causó un perjuicio económico a la misma perfectamente cuantificable.

No obstante, se podría alegar que las cuentas fueron debidamente aprobadas por la Junta General, pero esto no exoneraría el comportamiento de D. Fernando S. De hecho, sobre este tema se pronunció también el Tribunal Supremo en su Sentencia número 796/2006 de 14 de julio (RJ 2006\6088) en donde indicó que:

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

Además, en el caso de D. Fernando S. estaríamos ante un supuesto agravado de este delito, debido a que el perjuicio económico ha sido efectivamente causado.

Una vez aclarado esto, se debe analizar la relación de concurso que presenta con el anterior delito de apropiación indebida. Aquí, parte de la doctrina, considera que el delito del art. 290 CP es especial frente al delito de apropiación indebida⁴⁰. Otros autores⁴¹, sin embargo, opinan que no cabe hablar de una relación de especialidad entre ambos delitos, sino que cada uno de ellos tiene un ámbito de aplicación propio. De este modo, en todos los casos donde se utilice una falsedad de las cuentas como medio para cometer una apropiación indebida se cumplirá el tipo agravado del art. 290 CP, pero no así a la inversa.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo en su Sentencia número 413/2009 de 11 de marzo (RJ 2009\4822), entendió que en estos supuestos en los que concurre el tipo agravado de apropiación indebida como aquí –esto es, las penas del art 250 CP- se debía acudir a un concurso de normas del art. 8.4º CP, en donde, recordemos, se dispone:

“Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”

Por todo ello, si bien D. Fernando S. ha cometido el ilícito tipificado en el art. 290 CP, este criterio evitaría que sea penado por el mismo, al ser ya castigado por la comisión del delito de apropiación indebida del art. 252 CP.

Asimismo, el alta contable en la empresa PROINMNOR, S. A. resulta nulo, toda vez que se trata de una apropiación indebida, debiendo volver el bien a su legítimo propietario.

Finalmente, se debe indicar que el delito de apropiación indebida prescribiría a los diez años, por ser el supuesto agravado en el art. 250 CP y el de falsedad de las cuentas anuales prescribiría a los cinco, como se desprende de las reglas fijadas en el art. 131 CP.

VI. DEL CONTRATO DE LEASING PRESUNTAMENTE ABUSIVO.

1. Competencia.

En este apartado se abordará la quinta y última pregunta. La misma nos presenta a la empresa TRANSLOGIC, S. A. pretendiendo que se declare nulo un contrato de leasing suscrito con otra empresa; en concreto, con la financiera SEUDBANK, S. A. Así pues, estamos ante una acción de nulidad que entablará una empresa contra otra, no

⁴⁰ LAUNA ORIOL, C. “Falsedad documental societaria...”, cit. p. 29.

⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Derecho Penal Económico y de la Empresa”, 5ª Edición, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2015, p. 478.

observándose en ninguna de las partes la condición de consumidor. Por ello, para determinar ante qué órgano jurisdiccional debe plantear TRANSLOGIC, S. A. su demanda, se debe atender a los siguientes razonamientos.

En primer lugar, la jurisdicción competente en este supuesto es la jurisdicción civil. La misma debe conocer del procedimiento en aplicación de lo dispuesto en el art. 36.1 LEC, a cuyo tenor “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”. De este modo, debemos dirigirnos a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, en cuyo art. 9.2 dispone 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”. Además, esta misma Ley, en su art. 22, señala que “en el orden civil, los juzgados y tribunales españoles serán competentes: [...] 2º Con carácter general, cuando el demandado tenga su domicilio en España”.

Por su parte, en cuanto a la competencia objetiva, la misma vendría atribuida a los juzgados de primera instancia. Esto se debe a lo establecido en el art. 45 LEC, en donde se dispone que:

“1. Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales.

2. Conocerán, asimismo, dichos Juzgados:

a) De los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial. [...]”

Esto se complementa con el art. 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde se dispone que:

“Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil:

1. En primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta ley a otros juzgados o tribunales.”

Asimismo, cabe indicar que en el art. 86 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial se regulan los asuntos de los que conocerán los juzgados de lo mercantil. De los supuestos que contempla este artículo no hay ninguno que encaja con los hechos narrados en el relato fáctico que aquí nos atañe.

Por último, se debe observar cuál sería el juzgado competente territorialmente. Para ello, nos debemos dirigir al art. 51.1 LEC en donde se dispone:

“1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio. También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.”

Por todo ello, se debe concluir que el órgano jurisdiccional donde TRANSLOGIC, S. A. debe plantear su demanda es en los juzgados de primera instancia de lo civil del partido judicial donde SEUDBANK, S. A. tenga su domicilio, o donde la relación jurídica haya surtido efectos si la financiera tiene oficina abierta al público allí – podría ser el lugar donde radica la sucursal donde se ha firmado el contrato-.

2. Sobre la nulidad del contrato

En este apartado debemos recordar, en primer lugar, que lo que aquí pretende la empresa TRANSLOGIC, S. A. es que el contrato de arrendamiento financiero que ha firmado con SEUDBANK, S. A. sea declarado nulo. Para ello, solicita que se aplique la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (Ley de Represión de la Usura), alegando que solo se aceptó el contrato debido a lo angustioso de su situación y, además, alegando también que entre las cláusulas de dicho contrato se encontraba un interés de demora del 2% mensual. Este interés equivale a un interés anual del 26,82%.

La RAE define la usura como el interés excesivo en un préstamo. Este comportamiento, ha sido sancionado por la Ley de Represión de la Usura, también conocida como Ley Azcárate, ministro bajo cuyo mandato se promulgó. La misma, en su art. 1 dispone:

“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 este precepto se distingue entre una usura objetiva y otra subjetiva. La primera se produce cuando se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero, manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Asimismo, también se produce cuando se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada –párrafo segundo del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, que no se ha citado antes por ser ajeno al supuesto aquí analizado-. Por su parte, hay usura subjetiva cuando el interés es leonino debido a la existencia de 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.

Sobre la usura objetiva se debe señalar la inexistencia de un criterio claro y cuantificado de lo que se debe considerar como usura. En España, a diferencia de en otros países como por ejemplo Italia, no existe una tasa oficial de usura a partir de la cual todo interés sea declarado como usurario. De este modo, la usura se articula como un concepto relativo que se determina por el sobrecoste de la operación sobre el medio del mercado⁴². Sin embargo, en la jurisprudencia sí encontramos ejemplos ya cuantificados de intereses moratorios declarados abusivos. Así, como ejemplos se puede

⁴² ZUNZUNEGUI, F. “Diez preguntas sobre la usura”. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2016, pp. 1-2.

citar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 578/2010 de 23 de septiembre (RJ 2010\7296) en donde se declararon abusivos unos intereses moratorios del 29%, debido a que superaban en 2,5 veces el interés legal del dinero; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 265/2015 de 22 abril (RJ 2015\1360), en la que se consideró abusivos unos intereses moratorios no negociados que superaban en diez puntos porcentuales el interés remuneratorio pactado; o el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida (sección 2ª) número 20/2015 de 6 de febrero (JUR 2015\121945), que declaró abusivo un interés moratorio del 19% por superar en 2,5 veces el interés remuneratorio pactado, que era del 3%. Si bien, todas estas resoluciones se corresponden con asuntos en los que la parte prestataria tenía la condición de consumidor.

En cuanto a la usura subjetiva se debe distinguir dentro de la misma entre la que se produce por la ignorancia del prestatario –inexperiencia o limitación de las facultades mentales- y los supuestos de aceptación por lo angustioso de la situación de dicho prestatario.

En el primer caso, la ignorancia encuentra su equivalente moderno en el concepto de falta de transparencia de las verdaderas condiciones del contrato, si bien dicho concepto se encuentra directamente relacionado con la normativa de protección de los consumidores, donde se prohíben las cláusulas oscuras. Por ello, esta circunstancia es difícilmente aplicable al caso actual. Ello se debe a que aquí no nos encontramos ante un contrato firmado entre un profesional y un consumidor, si no entre dos profesionales. Esto se observa acudiendo al ya citado concepto de consumidor aparece definido en el art. 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Por su parte, la usura debida al aprovechamiento de la situación angustiosa del prestatario se acerca más a la figura de la rescisión por lesión, reconocida en otros ordenamientos jurídicos, más lejana a la moderna tipificación legal del concepto de cláusula abusiva, que tiende a contemplar aquéllos pactos que generen un desequilibrio objetivo de las prestaciones, pero sin entrar en otras consideraciones de orden subjetivo⁴³. Así pues, esta lesión se persigue a través de la Ley de Represión de la Usura, comportando la nulidad del contrato⁴⁴.

A pesar de estas distinciones, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que con que concurra un tipo solo de usura ya se puede decretar la nulidad del contrato. De este modo, no sería necesario la concurrencia de ambos tipos⁴⁵.

Asimismo, se debe destacar que en el caso que nos atañe, entre TRANSLOGIC, S. A. y SEUDBANK, S. A. no se ha firmado un contrato de préstamo en sentido

⁴³ 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 nº677/2014 de 2 diciembre)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, Vol. 2, nº7, 2015, pp. 134-135.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ MONSERRAT VALERO, A. “Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº3, 2011, p. 147.

estricto, sino que se ha tratado de un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra (leasing). No obstante, la Ley de Represión de la Usura se aplica igualmente a este supuesto ya que la misma en su art. 9 recoge lo siguiente:

“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.”

De todo lo expuesto se extrae la existencia de indicios para poder declarar nulo el contrato de leasing que se nos presenta en el caso. Esta afirmación se apoya, en primer lugar, a que el interés de demora –recordemos que era del 26,82% anual- es notablemente superior al legal del dinero, que en el 2015 ha sido del 3,50%. Asimismo, también se puede considerar manifiestamente desproporcionado, lo que se debe interpretar de acuerdo a la plaza y a la época en la que se prestó el consentimiento⁴⁶. Como ayuda a esta interpretación, hay que reseñar que en el año 2015 ya había sido aprobada la Ley 1/2013, de 14 de mayo, por la que se fija el techo máximo de los intereses de demora en préstamos destinados a la adquisición de vivienda habitual, no pudiendo superar el mismo en tres veces el que fuera el legal al tiempo de contratar. Si bien esta norma no opera aquí por no hallarnos ante un supuesto de compra de vivienda habitual, la misma sirve para arrojar luz acerca del baremo en torno al cual se deben mover los intereses de demora. Así, unos intereses de demora del 26,82% que resultan ser más de siete veces y media superiores a los intereses legales en el momento de contratar, semejan manifiestamente desproporcionados.

Otra circunstancia a través de la cual se podría decretar la nulidad del contrato de leasing, es la de que el mismo ha sido aceptado a pesar de sus elevados intereses de demora por lo angustiante de la situación que vivía en aquel momento TRANSLOGIG, S. A. Este concepto de situación angustiada se trata de un concepto jurídico indeterminado, por lo que debe ser el juez el encargado de determinar la concurrencia o no de tal precepto en atención a las circunstancias del asunto. De este modo, se encuadran aquí aquellos contratos leoninos que se han aceptado dada la situación angustiada y apremiante del prestatario que implica una agobiante necesidad o, al menos, un apremio grave de orden económico que fuerza a quien lo sufre a aceptar el préstamo en condiciones manifiestamente perjudiciales. Además, también cabe plantearse la posible incidencia de otras circunstancias ajenas al ámbito económico para apreciar dicha situación. No obstante, esto es considerado más por la doctrina que por la jurisprudencia, ya que esta última ha tendido a relacionar estas circunstancias con el apremio económico⁴⁷. Sobre este aspecto de situación angustiada, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en su Sentencia número 1144/1994 de 12 de diciembre (RJ 1994\10591) en un caso de compraventa con pago a plazos para la explotación de un negocio –desligándose así del concepto de consumidor- en los siguientes términos:

⁴⁶ SABATER BAYLE, E. “Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1986, p. 155.

⁴⁷ 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.

“Además, después de llegar a la convicción de estarse en presencia de un préstamo usurario sancionado por la Ley de 23 julio 1908, se establece que: «Se cumplen las previsiones de la Ley citada; los demandados no pueden hacer frente a sus deudas (existencia de ejecutivos contra ellos) y en situación de necesidad se ven obligados a recurrir a los actores para evitar la pérdida inmediata de su patrimonio y medio de vida. Los actores se aprovechan de la situación y facilitan el dinero, y se garantiza el reintegro del capital y de altos intereses suscribiendo primero las dos escrituras de compraventa referidas por un precio similar al capital prestado y el pago de altos intereses con el arrendamiento posterior.»

Esta Sentencia acredita otro aspecto importante para el caso, tal y como es la posibilidad de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura en contratos mercantiles, esto es, aquellos que cumplan las condiciones exigidas por el art. 311 del Código de Comercio, las cuales son: que alguno de los contratantes sea comerciante y que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio. Ante esto se debe indicar que la jurisprudencia en un principio se mostró contraria a tal aplicación, como se observa, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 de enero de 1919. Sin embargo, en la actualidad se admite unánimemente su extensión a los mismos. A pesar de ello, no es menos cierto que en el ámbito mercantil la jurisprudencia se muestra mucho más rigurosa en la apreciación de los requisitos. Esta interpretación extensiva de la Ley de Represión de la Usura se justifica atendiendo al tenor literal de la propia Ley, en la que en ningún momento se aprecia la exclusión de su ámbito de aplicación a los contratos mercantiles. Por ello, no debe ser interpretada en términos tan absolutos que queden al margen de la usura las operaciones mercantiles o industriales, a pesar de que las mismas cuenten con un evidente ánimo de lucro⁴⁸.

Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Cádiz, en su Sentencia de 25 de enero de 1994 (AC 1994\740), determinó la nulidad de un préstamo mercantil en aplicación de la Ley de Represión de la Usura, indicando que:

“En materia mercantil hay mayor libertad de contratación que en la esfera civil. El art. 315 del Código de Comercio parece ir aún más lejos cuando establece que en los préstamos mercantiles podrá pactarse el interés del préstamo sin tasa ni limitación de ninguna especie. Pero hemos de tener en cuenta que dicho artículo no ha de entenderse en términos tan absolutos que queden siempre al margen de la usura las operaciones mercantiles, especialmente si se toma en consideración que conforme a la Ley de Usura (NDL 30301), no son los preceptos de los códigos civil y de comercio, sino la dicha Ley, la que debe regular las mutuas acciones y entre prestamista y prestatario cuando se trata de contratos usurarios, como ha dicho la jurisprudencia.”

Por todo ello, se considera la existencia de argumentos jurídicos suficientes para poder declarar el contrato de leasing descrito en los antecedentes de hecho como nulo.

⁴⁸ VIZCARRO, F. *El Préstamo Usurario*. Ed. Nereo Colección. Barcelona 1963, p. 101.

Esta afirmación se basa tanto en la existencia de circunstancias angustiosas en el momento de la contratación, como en la imposición de un interés moratorio notablemente superior al interés legal del dinero en el momento de la firma del contrato. En cuanto a los efectos de esta declaración de nulidad, la doctrina y la jurisprudencia plantean un interesante debate sobre si se debe aplicar una nulidad radical del contrato o una nulidad relativa. En el supuesto que se nos plantea el contrato se halla ya ejecutado –si bien la deuda aún no ha sido pagada- por lo que no tendría demasiada relevancia el tipo de nulidad que se aplique, ya que aquí sus consecuencias serían las mismas: la disminución del montante a pagar al que TRANSLOGIC, S. A. tendrá que hacer frente en base a la Sentencia de 20 de diciembre de 2017, de la que carecemos de datos acerca de si ha sido recurrida.

3. Sobre la posible defensa de SEUDBANK, S. A.

Finalmente, como último apartado de esta cuestión quinta se pregunta acerca de las actuaciones que podría realizar SEUDBANK, S. A. en caso de ser demandada. Esta mercantil, además de poder solicitar el pago de la deuda ejecutada en base a la Sentencia de 20 de diciembre de 2017, se podría oponer a la demanda de TRANSLOGIC, S. A., ya que existen diversos argumentos para ello.

En primer lugar, cabe resaltar que, siguiente el art. 315 del Código de Comercio y el art. 4.1 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, el tipo de interés aplicable a los préstamos y créditos es libre. En concreto, este último precepto, si bien está dirigido a personas físicas –art. 2.1- y solo sería indirectamente aplicable al caso que nos ocupa, expone con mucha claridad que:

“1. Los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación.”

Asimismo, cada Sentencia analiza unos hechos concretos y responde a unas alegaciones y pruebas determinadas. Por ello, no se puede generalizar y determinar que si alguna Sentencia estimó que unos intereses determinados eran usurarios, ese mismo nivel de intereses vaya a ser considerado como usurario en otro préstamo distinto⁴⁹.

Por su parte, si bien en algunas Sentencias recientes tales como la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 677/2014 de 2 de diciembre (RJ 2014\6872) se ha recogido la aplicación de la Ley de la Usura a los intereses moratorios, esta es una doctrina minoritaria y aplicada principalmente en temas de consumidores –que aquí no nos ocupan-. La doctrina tradicional y la jurisprudencia han excluido la aplicación de la Ley de Represión de la Usura a los intereses moratorios⁵⁰. Haciéndose eco de esto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 869/2001 de 2 octubre (RJ 2001\7141) explica que:

⁴⁹ 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*, nº303, 2016, p. 29.

⁵⁰ ELIZALDO REDÍN, G. “Intereses moratorios: inaplicación de la Ley de Represión de la Usura”. *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº11, 2012, p. 1.

“Según reiterada doctrina jurisprudencial, la pena pactada, para que sea viable, requiere que se derive del incumplimiento de una obligación principal (STS de 18 de mayo de 1963 [RJ 1963, 2739]), amén de que la cláusula penal es una promesa accesoria y condicionada, que se incorpora a la obligación principal con doble función reparadora y punitiva (STS de 7 de julio de 1963), cuya finalidad es la de evitar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento (STS de 20 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2734]); y corresponde señalar que un importante sector de la doctrina científica sostiene que, debido a la distinta naturaleza de los intereses retributivos y los moratorios, a estos últimos no se les debe aplicar la Ley de Represión de la Usura, pues cuando se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable, y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora.

En definitiva, 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.”

Con esta interpretación jurisprudencial no cabría de ningún modo la aplicación de la Ley de Represión de la Usura para decretar la nulidad de unos intereses moratorios. Asimismo, la postura del Tribunal Supremo antes citada, que abre la puerta a la aplicación de esta norma a los supuestos de intereses moratorios, se produjo en el seno de un caso particular, y la misma no ha sido aprobada en Pleno, por lo que tampoco se puede indicar que implique un cambio jurisprudencial. Además, dicha postura ya ha recibido ciertas críticas por parte de la doctrina científica⁵¹.

Del mismo modo, no han sido excepcionales las resoluciones judiciales que afirman que no cabe considerar abusivos unos intereses moratorios con tipos similares al que aquí nos ocupa. Para ello se argumenta que se trata de intereses habituales en el mercado para el mismo tipo de operaciones, que el impago supone grave quebranto para el prestamista, que no recupera el capital prestado ni percibe intereses y se ve obligado a devolver el capital al impositor de pasivo, con sus correspondientes intereses y dotar las provisiones exigidas por el Banco de España. Del mismo modo, se argumenta que son intereses de naturaleza punitiva que sólo se aplican en caso de incumplimiento de la

⁵¹ AGÜERO ORTIZ, A. “¿Cambio de doctrina del Tribunal Supremo respecto a la Ley de la Usura a los intereses moratorios? El consumidor ante chiringuitos usureros. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 677/2014 de 2 diciembre (RJ/2014/6872)”. *Centro de Estudios de Consumo*, 2015, p. 4.

obligación de pago por parte del prestatario⁵². Como ejemplo de esta postura se puede citar la Sentencia de la Audiencias Provinciales de las Islas Baleares (Sección 5ª) número 125/2002 de 8 de marzo (JUR 2002\127963), la de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª) número 2/2007 de 12 de enero (JUR 2007\23982112), las de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª, 4ª y 3ª respectivamente) número 232/2008 de 29 de mayo (JUR 2009\12512529), número 543/2010 de 2 de diciembre (JUR 2011\54548) y número 254/2011 de 6 de mayo (JUR 2011\207297), la de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) número 60/2011 de 22 de febrero (AC 2011\938) y la de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) número 239/2011 de 23 mayo (AC 2011\1275), entre otras muchas

Finalmente, se debe hacer hincapié en el hecho de que estamos ante un contrato mercantil suscrito por no consumidores. Por ello, la jurisprudencia, como se indicaba anteriormente, se muestra mucho más estricta para determinar que un contrato es nulo en base a la Ley de Represión de la Usura. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de julio de 1942 (RJ 1942\930) ha considerado que:

“[...] la aspiración de convertirse en propietario –sin duda, legítima– no puede estimarse productora de la situación angustiosa a que hace referencia la Ley de 23 de julio de 1908 y que supone una agobiante necesidad o cuando menos un apremio grave de orden económico que fuerza a quien lo sufre a aceptar el préstamo en condiciones manifiestamente perjudiciales”

Por todo ello, contra la petición de TRANSLOGIC, S. A. de que se declare nulo el contrato de leasing, la mercantil SEUDBANK, S. A. puede alegar que el interés de demora pactado es parejo al de contratos similares, como se aprecia en las Sentencias citadas al respecto. Además, con respecto al fundamento basado en la situación angustiosa de la empresa también puede argumentar en su defensa que ha sido un contrato entre empresarios y que por tanto esta valoración debe ser realizada con bastante cautela. Asimismo, lo que se considera usurarios son los intereses moratorios, que solo operan una vez se produzca el incumplimiento de la obligación principal de pago del prestatario. De hecho, por esta misma razón, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han considerado que la Ley de Represión de la Usura no opera respecto a los intereses de demora.

VII. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas se ha podido observar que el asunto que ha centrado las mismas se divide en tres grandes bloques. De los mismos se extraen aquí las siguientes conclusiones, sin perjuicio de otras fundadas en mejor derecho.

En el primer bloque, que abarcaría los apartados II, III y IV, se encuentra el derecho de la competencia. Respecto al mismo hay que afirmar que en el relato fáctico que se nos indica existen comportamientos contrarios a la libre competencia. Así, el

⁵² DÍAZ MARTÍNEZ, A. “Intereses moratorios pretendidamente abusivos en contratos bancarios de préstamo. Especial referencia a la STJUE 14 de junio de 2012”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, nº4, 2012, pp. 45-47.

comportamiento descrito de las empresas MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España consistente en la fijación de precios constituyen una vulneración del art. 1.1.a) LDC, así como del art. 101.1.a) TFUE. Además, la actuación de estas mercantiles se encuadra perfectamente en el concepto de cártel que tanto la doctrina como la disposición adicional cuarta LDC muestran. Por ello, en base a la LDC y al Reglamento (CE) N°1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, estas actuaciones son susceptibles de ser sancionadas tanto por la CNMC como por la Comisión Europea.

Además de los pactos entre las empresas fabricantes, estas entidades han llegado a acuerdos con sus distribuidores para que repercutan los precios pactados a cambio de una remuneración. Este comportamiento también contraviene la normativa sobre defensa de la competencia. Así, tanto la doctrina como la CNMC (o la CNC antes de esta) consideran este comportamiento como acuerdos complejos, que deben ser sancionados conjuntamente con los acuerdos entre fabricantes. No obstante, sí se debe reseñar que en el caso de que las distribuidoras no recibiesen una remuneración por aceptar estos precios y no fuesen partícipes en los acuerdos, dejarían de ser consideradas culpables en la conducta ilícita para convertirse en víctimas de la misma.

Por otro lado, en el caso se consulta si TRANSLOGIC, S. A. puede reclamar alguna indemnización por el comportamiento anticompetitivo descrito. No obstante, en su caso particular, los vehículos que en teoría podrían estar afectados por el cártel son de marcas distintas a las empresas participantes en el mismo. A pesar de esto, partiendo de la Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2014 en el conocido como asunto Kone sí cabría una reclamación en base a la doctrina del “efecto paraguas” (*umbrella pricing*). Sin embargo, esta es una afirmación que hay que hacer con cierta cautela, ya que para demandar por esta vía hay que probar y cuantificar el daño sufrido, demostrar la acción contraria al derecho de la competencia y establecer una relación de causalidad directa y adecuada entre el cártel y el daño sufrido.

Si lo anterior se consiguiese probar, las empresas demandadas en el cártel muy probablemente alegarían la existencia de un *passing on*, esto es, que TRANSLOGIC, S. A. no ha sufrido ningún perjuicio (o el mismo ha sido minorado) dado que subió sus precios para repercutírselos a sus clientes. Contra esta alegación, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014/487) defiende que dicho *passing on* debe ser probado por quien lo alegue. Además, también dispone que el daño por el que se debe indemnizar a los afectados por los acuerdos para la fijación de precios de un cártel incluye tanto el sobreprecio pagado -daño emergente- como el lucro cesante debido a la bajada de ventas fruto de la subida de los precios -efecto volumen-, además de por los intereses perdidos. Asimismo, la cuantificación de estos daños tiende a realizarse mediante un informe pericial, teniendo en cuenta las pautas que a este respecto se han marcado desde la Unión Europea.

Por su parte, en cuanto a las vías para llevar a cabo esta reclamación, la primera y más común de ellas es la consistente en iniciar acciones de daños de *follow on*, una vez que la CNMC o la Comisión Europea sancionen la práctica contraria a la competencia. Respecto a estas acciones, aunque existe cierto debate al respecto, la doctrina mayoritaria considera que se deben plantear ante los juzgados de primera instancia de lo civil, y no ante los juzgados de lo mercantil. A su vez, en el caso de TRANSLOGIC, S. A., al reclamar los daños sufridos de forma individualizada, podría interponer su demanda en el partido judicial donde tenga constituido su domicilio

social. Por otro lado, TRANSLOGIC, S. A. podría demandar a cualquiera de las empresas participantes en el cártel al ser solidariamente responsables –solidaridad impropia en este caso–, si bien existen ciertos límites en el caso de pequeñas y medianas empresas.

En cuanto al plazo de prescripción de estas acciones se trata este de un plazo de cinco años a contar desde el momento en que haya cesado la infracción del derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o, razonablemente, haya podido tenerlo de dicha infracción. No obstante lo anterior, si el comportamiento contrario al derecho de la competencia de las empresas participantes en el cártel finalizase con carácter previo a la Directiva 2014/104/UE –información esta que en los antecedentes de hecho no consta–, el plazo de prescripción sería el recogido en el art. 1968 del Código Civil; esto es, un año.

A su vez, como opciones alternativas a la comentada estarían las acciones *stand alone* donde el demandante debe probar la infracción, la responsabilidad, el daño y la causalidad. También se podría pensar a priori en acciones colectivas entre varios afectados, pero las mismas no son sencillas de desarrollar con la regulación actual y están pensadas para supuestos de consumidores, no siendo este el caso que nos ocupa.

Otras dos opciones a las que puede recurrir TRANSLOGIC, S. A. son la cesión onerosa de sus acciones a terceros y la transacción individualizada con los miembros del cártel o con alguno de ellos.

En cuanto al segundo bloque, que comprendería el apartado V, en el que se plantea el problema relativo a un ilícito penal relativo a las actuaciones contables realizadas por D. Fernando S. En este comportamiento, siguiendo la última doctrina del Tribunal Supremo, se observa un delito de apropiación indebida regulado en el art. 252 CP. Hay que destacar también que se debe atender a la regulación de este artículo en 2014, ya que fue en ese momento cuando se produjo el delito y esa norma era más favorable a D. Fernando S. que la actual. Además, este concurre en la modalidad agravada del art. 250 CP debido a que aquí el valor del bien apropiado supera los 50.000 euros. Basándonos en esta última doctrina del Tribunal Supremo, el delito que no concurriría sería el de administración desleal del art. 295 CP, al encontrarse en el tipo del art. 252 CP.

Por su parte, el falseamiento de la contabilidad también encaja dentro de los elementos del tipo delictivo regulado en el art. 290 CP. D. Fernando S. ha cometido este ilícito a pesar de que dichas cuentas hayan sido aprobadas por la Junta General, ya que el Tribunal Supremo en su Sentencia número 796/2006 de 14 de julio (RJ 2006\6088) ha indicado que este punto es irrelevante. Sin embargo, a pesar de que en el comportamiento analizado concurren los elementos del tipo exigidos por el art. 290 CP, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, D. Fernando S. no sería castigado por ello. Esto se debe a que, según la Sentencia Tribunal Supremo número 413/2009 de 11 de marzo (RJ 2009\4822), existe un concurso de normas con el tipo agravado de apropiación indebida en el que también ha incurrido D. Fernando S., por lo que se deben aplicar las normas del art. 8.4º CP, según las cuales solo sería castigado por el delito de apropiación indebida.

Por todo ello, la posible responsabilidad a la que se podría enfrentar D. Fernando S. sería una pena de prisión de uno a seis años y una multa de seis a doce meses. Dicha responsabilidad prescribiría a los diez años.

Por último, en el tercer bloque, que se analiza en el apartado VI de este trabajo, se encuentra el análisis del contrato de leasing firmado entre TRANSLOGIC, S. A. y la financiera SEUDBANK, S. A. Sobre este apartado, en primer lugar, cabe indicar que la demanda que pretende interponer TRANSLOGIC, S. A. se debe realizar ante los juzgados de primera instancia de lo civil del partido judicial donde SEUDBANK, S.A. tenga su domicilio, o donde la relación jurídica haya surtido efectos si la financiera tiene oficina abierta al público allí.

En cuanto a la posible nulidad del contrato en base a la Ley de Represión de la Usura hay elementos a favor y en contra de la misma. Entre los argumentos a favor destaca la existencia de circunstancias angustiosas en el momento de la contratación debido a que está en juego la continuidad de la empresa. Además, también se puede alegar que el interés moratorio es notablemente superior al interés legal del dinero en el momento de la firma del contrato, en concreto más de 7,5 veces.

Por su parte, SEUDBANK, S. A. puede alegar que el interés de demora pactado es parejo al de contratos similares, existiendo numerosa jurisprudencia en la que puede apoyar esta afirmación. Además, con respecto al argumento basado en la situación angustiosa de la empresa se debe destacar que, siendo un contrato entre empresarios, este tipo de valoraciones deben realizarse con bastante cautela.

Otro importante argumento a favor de SEUDBANK, S. A. radica en el hecho de que aquí se está entrando a conocer de unos intereses moratorios, y no unos intereses ordinarios. Sobre los mismos la doctrina y la jurisprudencia han considerado tradicionalmente que la Ley de Represión de la Usura no es de aplicación ya que estos solo operan una vez se produzca el incumplimiento de la obligación principal de pago del prestatario. No obstante, es cierto que existe ya alguna Sentencia del Tribunal Supremo que se aparta de esta noción clásica y aplica la Ley de Represión de la Usura a los intereses moratorios, declarando nulo el contrato.

Así pues, existirían sólidos argumentos tanto a favor como en contra de la declaración de nulidad del contrato de leasing.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

AGÜERO ORTIZ, A. “¿Cambio de doctrina del Tribunal Supremo respecto a la Ley de la Usura a los intereses moratorios? El consumidor ante chiringuitos usureros. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 677/2014 de 2 diciembre (RJ/2014/6872)”. *Centro de Estudios de Consumo*, 2015.

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*, nº303, 2016, pp. 28-30.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº4, 2004.

- AZOFRA PARRONDO, J. L.; JÖRGENS, K. “La cuantificación de sanciones en Derecho de la competencia en España a raíz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Unión Europea Aranzadi*, nº3, 2015, pp. 71-76.
- CADENA SERRANO, F. A. “Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida tras la reforma de 2015”. *Ponencia en el curso dirigido a fiscales “Novedades en delitos contra el patrimonio”*, 2016.
- 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, nº2, 2015, pp. 114-157.
- CAMACHO ROSALES, F. J. “Apropiación indebida vs Administración desleal”, GARCÍA PÉREZ, O. y PÉREZ RAYA, C. (Dirs.), Universidad Internacional de Andalucía, 2013.
- CARRASCO PERERA, Á. “Pasar el daño aguas abajo en el cártel del azúcar”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº879, 2014, pp. 3-4.
— “Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº1, 2018, pp. 71-84.
- CASTELLÓ NICÁS, N. “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº19-06, 2017, pp. 1-29.
- 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*, nº33, 2013.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. “Intereses moratorios pretendidamente abusivos en contratos bancarios de préstamo. Especial referencia a la STJUE 14 de junio de 2012”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, nº4, 2012, pp. 37-48.
- DÍEZ ESTELLA, F. “La presunción internacional de los cárteles empresariales: entre la clemencia para los delatores y la criminalización de los directivos”. *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, nº3, 2016, pp. 69-97.
- GARCÍA VIDAL, Á. “El comercio paralelo de medicamentos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, nº2, 2013, pp. 315-334.
- 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, nº1, 2017, pp. 125-152.
- ELIZALDO REDÍN, G. “Intereses moratorios: inaplicación de la Ley de Represión de la Usura”. *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº11, 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.
- 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*, nº59, 2016, pp. 105-132.

- ÍNIGO 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*, N°16, 2003.
- JUANES PECES, Á. "El delito de administración desleal y apropiación indebida: Después de la reforma de la reforma del año 2015: Evolución histórica: Análisis de la jurisprudencia de la sala segunda". *Jornadas de Especialistas en delincuencia económica*, 2017.
- LAMADRID DE PABLO, A. y BALCELLS CARTAGENA, A. “La prueba de los cárteles en derecho español”. En AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 419-486.
- LAUNA ORIOL, C. “Falsedad documental societaria. Art. 290 del Código Penal”, *Ponencia sobre Delitos societarios. El delito de la administración desleal*, 2017.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. “La responsabilidad civil en el conocido como cártel de los camiones”. *Responsabilidad civil, seguro y tráfico: cuaderno jurídico*, n°60, 2017, pp. 19-24.
- LUACES MASAVEU, J. “El delito de apropiación indebida. Problemática de la gestión desleal”, *ponencia dentro del curso “Última jurisprudencia en materia de delitos contra el patrimonio. Régimen vigente y perspectivas de futuro”*, 2014.
- LUZÓN PEÑA, D. M. y ROSO CAÑADILLAS, R. “La administración desleal societaria en el Derecho penal español”. *Revista de Derecho*, N°16, 2013, pp. 193-230.
- MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y MILLA MARÍN, P. “50 años de lucha contra los cárteles en España y perspectivas de futuro”. *Medio siglo de aplicación de las normas de competencia en España*, 2013.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Derecho Penal Económico y de la Empresa”, 5ª Edición, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.
- MONSERRAT VALERO, A. “Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, N°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*, N°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*, N°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*, N°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, p. 1119.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A., “Prevención de cárteles, promoción de la competencia y programas de cumplimiento”, en AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (Dirs). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 845-876.
- SABATER BAYLE, E. “Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1986.
- “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.
- “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 nº677/2014 de 2 diciembre)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, Vol. 2, Nº7, 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, Nº2, 2016, pp. 306-329.
- TORRE SUSTAETA, V. “La prueba en los procesos civiles relativos a la reparación de los daños y perjuicios por infracción de la normativa de Defensa de la Competencia: A propósito de la propuesta de Directiva del 11 de junio de 2013”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Nº15, 2014, pp. 131-146.
- 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*, 2016.

IX. JURISPRUDENCIA.

- Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 1995 (asunto Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA., C-68/93).
- Sentencia del TJUE 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 TJUE 10 de junio de 2004 (asunto Rudolf Kronhofer contra Marianne Maier y otros, C-168/02).
- Sentencia del TJUE 13 de julio de 2006, (asuntos acumulados Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA; Antonio Cannito v. Fondiaria Sai SpA; y Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo v. Assitalia Spa, C-295/04 a C-298/04).
- Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2014 (asunto Kone AG y Otros contra Infrastruktur, AG. C-557/12).
- Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015 (asunto Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros, C-352/13).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 de enero de 1919.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 de abril de 1925.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 1144/1994 de 12 de diciembre (RJ 1994\10591).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 869/2001 de 2 octubre (RJ 2001\7141)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 631/2002 de 17 de junio (RJ 2002\5223).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 967/2002 de 21 de octubre (RJ 2002\8770).
- 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 Civil) número 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014\487).
- 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 Civil) número 634/2014, de 9 de enero (RJ 2015\745).
- 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 224/1998 de 26 de febrero (RJ 1998\1196).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 867/2002 de 29 de julio (RJ 2002\6357)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 1484/2005 de 28 de febrero (RJ 2005\1905).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 915/2005 de 11 de julio (RJ 2005\5418).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 796/2006 de 14 de julio (RJ 2006\6088).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 413/2009 de 11 de marzo (RJ 2009\4822).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 462/2009 de 12 de mayo (RJ 2009\4863).

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 Penal) número 47/2010 de 2 de febrero (RJ 2010\1412).

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 Penal) número 707/2012 de 20 de septiembre (RJ 2012\10151).

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 Penal) número 435/2016 de 20 de mayo (RJ 2016\2660).

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) de 29 de enero de 2015 (RJ 2015\311).

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª) número 232/2008 de 29 de mayo (JUR 2009\12512529).

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

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3ª) número 254/2011 de 6 de mayo (JUR 2011\207297).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 25 de enero de 1994 (AC 1994\740).

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 las Islas Baleares (Sección 5ª) número 125/2002 de 8 de marzo (JUR 2002\127963).

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

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) número 239/2011 de 23 mayo (AC 2011\1275).

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

Auto de la Audiencia Provincial de Lleida (sección 2ª) número 20/2015 de 6 de febrero (JUR 2015\121945).