



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**EL CARTEL DE CAMIONES Y LAS RESTRICCIONES
A LA COMPETENCIA**

**O CARTEL DE CAMIÓNS E AS RESTRICIÓN S Á
COMPETENCIA**

**THE TRUCKS CARTEL AND THE RESTRICTIONS
ON COMPETITION**

Trabajo de fin de grado

Doble grado en Derecho y Administración y Dirección de empresas

Curso 2017-2018

Autor: Pablo Pena Coto

Tutor: Prof. Rafael Colina Garea

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES DE HECHO	2
II. CONSIDERACIONES PREVIAS	5
III. CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA	7
1. Limitaciones a la libre competencia.....	7
2. Reclamación de daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia.	11
IV. CUESTIONES RELATIVAS A LOS DELITOS DE APROPIACIÓN INDEBIDA, ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y FALSEAMIENTO DE LA CONTABILIDAD	22
V. CUESTIONES RELATIVAS AL CONTRATO DE LEASE-BACK	27
1. Competencia territorial y objetiva.....	27
2. La posible nulidad del contrato de lease-back.....	28
VI. CONCLUSIONES	33
VII. BIBLIOGRAFÍA	36
VIII. APÉNDICE DE LEGISLACIÓN	38
IX. APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA	39
X. APÉNDICE DE RESOLUCIONES	41

I. 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?

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

El caso de estudio planteado formula cuestiones relativas a varios ámbitos del Derecho. Por ello, dividiremos este trabajo en tres grandes bloques en los que analizaremos los distintos temas a tratar.

El primero de esos bloques es el más extenso, ya que engloba las tres primeras preguntas formuladas. En él analizaremos cuestiones relativas al Derecho de la competencia.

El caso nos presenta un cártel formado por tres empresas dedicadas a la fabricación y comercialización de vehículos de gran tonelaje que durante años han mantenido reuniones con el objetivo de fijar los precios brutos de los camiones. Además, también existían pactos con las empresas distribuidoras, que aceptaban el precio marcado por los fabricantes a cambio de una remuneración.

No podemos dejar de observar las grandes similitudes existentes entre el caso planteado y el cártel real cuya existencia ha quedado recientemente constatada por los organismos europeos competentes. En efecto, la Comisión Europea ha reconocido la existencia de un cártel formado por empresas fabricantes de camiones y se prevé que en los próximos meses haya una oleada de demandas planteadas por un gran número de perjudicados.

Comenzaremos este primer bloque comentando las infracciones cometidas por el cártel, analizando tanto los acuerdos entre fabricantes como los producidos entre fabricantes y distribuidores para dar respuesta a la primera pregunta.

A continuación, hablaremos de la aplicación privada del Derecho de la competencia. En el caso práctico se nos introduce a la empresa de transportes Translogic, que se ha visto afectada por el cártel al adquirir vehículos por encima de su precio de mercado. Sin embargo, nos encontramos con una particularidad: la compañía ha adquirido los vehículos de empresas que no forman parte del cártel. Analizaremos si dicha empresa tiene derecho a reclamar una indemnización y cuáles son las vías que tiene a su disposición para conseguirla, dando así respuesta a la segunda y la tercera cuestión planteada.

En el segundo bloque analizaremos, desde la óptica del Derecho penal, la conducta de Fernando, administrador de una de las empresas del cártel, que da de baja de la contabilidad de la empresa un elemento de inmovilizado material valorado en cuatro millones de euros para añadirlo al activo de una compañía de su propiedad. De esta forma, daremos respuesta a la cuarta de las cuestiones formuladas.

Por último, en el tercer bloque trataremos de contestar a la quinta cuestión, referida a un contrato de lease-back firmado por Translogic con una entidad dedicada al arrendamiento financiero. Translogic pretende la nulidad de dicho contrato por contener unos intereses de demora del 2% mensual, condición que se vio obligada a aceptar por lo angustioso de su situación como consecuencia de la existencia del cártel.

Así, comenzaremos analizando la competencia objetiva y territorial de los Tribunales españoles para conocer de este asunto. A continuación, comentaremos la posibilidad de aplicar la Ley de represión de la usura para decretar la nulidad del contrato,

aportando argumentos tanto a favor como en contra y apoyándonos en la doctrina y la jurisprudencia para defender ambas posiciones. Además, hablaremos de las diferencias entre la nulidad y la anulabilidad y de las consecuencias que se derivarían de la posible nulidad del contrato de lease-back.

III. CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En el primero de los tres bloques en los que se estructura este trabajo, se tratará de dar respuesta a las tres primeras cuestiones planteadas en el caso objeto de estudio, que abarcan temas relativos al Derecho de la competencia.

1. Limitaciones a la libre competencia

En la primera cuestión que se plantea en el caso, se pregunta si las prácticas llevadas a cabo por los fabricantes de camiones -a saber, MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España- suponen algún tipo de limitación a la libre competencia. Por otro lado, también se pide respuesta a la misma pregunta en el caso de los acuerdos existentes entre esos fabricantes y los distribuidores de los camiones.

En primer lugar, por tanto, debemos centrarnos en las prácticas realizadas por los fabricantes. Para saber de qué estamos hablando, conviene empezar por describir las mencionadas prácticas tal y como lo hace el caso objeto de estudio: desde 1997, y con frecuencia de varias veces al año, los administradores de las tres compañías antes mencionadas se reunían de manera privada con el objetivo común de fijar los precios de los camiones a la hora de venderlos a las empresas distribuidoras.

Pues bien, la conducta descrita supone una clara vulneración del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), que tipifica las prácticas colusorias, es decir: los acuerdos, las prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre operadores económicos o empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional (ALONSO SOTO¹). La redacción de su apartado a) no deja lugar a duda alguna al prohibir “la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”.

A raíz de este art. 1 LDC, Alonso Soto analiza los tres elementos que configuran las prácticas colusorias:

El primero de ellos es la existencia de la colusión, es decir, que haya acuerdos, prácticas concertadas -acuerdos tácitos-, o conductas conscientemente paralelas -actuaciones en las que los operadores ajustan sus comportamientos a los de otros sin mediar ningún tipo de acuerdo.

El segundo elemento es la restricción de la competencia, es decir, la capacidad de esas prácticas de dificultar la libertad de acceso al mercado, la libre circulación de las empresas o la libre elección de los usuarios.

El último de los elementos es la afectación total o parcial del mercado nacional, con independencia del lugar en el que se hayan llevado a cabo las prácticas colusorias.

Está claro que los acuerdos descritos en el caso objeto de estudio suponen una colusión con el objeto de restringir la competencia y que afecta tanto al mercado nacional como al europeo, por lo que no puede haber ninguna duda al calificar los hechos como una conducta colusoria de las que se tipifican en el art. 1 LDC.

¹ ALONSO SOTO, R. “Derecho de la Competencia (I)”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. A. Menéndez, A. Rojo (dirs). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2017, pp. 300-302.

Además, la actuación de estas empresas encaja perfectamente en la definición de cártel que se recoge en la disposición adicional cuarta de la LDC. Así, la misma establece que “se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, 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”. Debemos concluir, a la vista de esta definición de la propia ley, que las compañías MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España forman un cártel al buscar la fijación del precio de venta de sus camiones.

La consecuencia directa que emana de la afirmación de que existe vulneración de la libre competencia por el acuerdo de precios es que, siguiendo el art. 49 LDC, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -que asume las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia en virtud de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC)- puede iniciar un procedimiento sancionador, bien por iniciativa propia o bien por denuncia de cualquier persona, ya sea interesada o no. Una vez dictada la resolución por el Consejo de la CNMC, según el art. 48.1 LDC y el art. 36.2 LCNMC, no cabe recurso alguno en vía administrativa, y solo podrá interponerse contra la misma recurso contencioso-administrativo.

En efecto, la CNMC ya se ha pronunciado respecto a prácticas de fijación de precios por parte de los concesionarios dedicados a distribuir vehículos de las marcas Chevrolet, Volvo o Nissan², imponiendo sendas multas a dichos concesionarios³.

Estas resoluciones de la CNMC justifican la antijuridicidad de la conducta de los concesionarios amparándose en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, que en una sentencia de 2 de noviembre de 1998 estableció que para que exista infracción del art. 1 LDC, debe cumplirse al menos una de las siguientes premisas:

- a) Que tenga por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no lo consiga.
- b) Que tenga el efecto de hacerlo, aunque no hubiera el propósito.
- c) Que, sin producir el efecto ni perseguirlo, tenga aptitud para ello.

La CNMC considera probada la infracción del art. 1 LDC por fijación de los precios de venta, y considera también que se dan los tres requisitos a los que hacemos mención.

Esa adopción de acuerdos de fijación de precios está considerada como una infracción muy grave por el art. 62.4.a LDC y, por tanto, siguiendo el art. 63.1.c, debe sancionarse con la imposición de una multa de hasta el 10% del volumen de negocios

² No nos estamos refiriendo aquí a las empresas del caso ficticio objeto de estudio, sino a las compañías que operan en el mundo real.

³ Expte. S/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET, resolución de 28 de abril de 2016; Expte. S/0506/14 Concesionarios VOLVO, resolución de 12 de julio de 2016; Expte. SAMAD/09/2014 Concesionarios NISSAN, resolución de 28 de julio de 2016.

total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

En este punto, es importante traer a colación la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2015 (RJ 2015\311), en virtud de la cual el Tribunal Supremo establece que estos límites fijados en el art. 63.3 LDC funcionan como una horquilla en la que el órgano sancionador debe situarse a la hora de individualizar las sanciones en cada uno de los actores del mercado que hayan infringido las normas de Competencia. Así:

“La cuantificación de las sanciones por infracción de la normativa de competencia llevada a cabo según las pautas de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 implica en un primer momento fijar el "importe básico de la sanción" sin sujeción a escala alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del treinta por ciento del volumen de ventas afectado por la infracción. A esta cifra se le aplica, además, ulteriormente un "coeficiente de ajuste" según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que por cada una de las agravantes -que pueden ser, obviamente, varias- se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un cinco y un quince por ciento. Y sólo en una tercera fase se ajusta, "cuando proceda", la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la Ley 15/2007. El método implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del diez por ciento del volumen de negocios.

Pues bien, este método de cálculo podrá ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea (a ello nos referiremos acto seguido) pero no se aviene con la norma legal española. El artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”

En el ámbito de la legislación europea, como no puede ser de otra manera, la conducta también supone una vulneración de la libre competencia. En concreto, del artículo 101.1.a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), que prohíbe expresamente “fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción”. En los mismos términos se establece la ilicitud de dicha conducta en el artículo 53.1.a) del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, Acuerdo sobre el EEE).

Siguiendo el Reglamento (CE) N°1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, en el que se establecen las competencias de la Comisión Europea (en adelante, CE), la misma puede iniciar un procedimiento sancionador contra las empresas del cártel.

Como ejemplo paradigmático, nos encontramos con la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 (Asunto AT.39824 – Camiones), mediante la cual la CE sancionaba a MAN, Daimler, Iveco, Volvo/Renault y DAF⁴, precisamente por una vulneración del art. 101.1.a) TFUE por una conducta de fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones en el Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE). No podemos dejar de observar que el caso de estudio propuesto para este trabajo guarda una evidente similitud con el asunto resuelto mediante esta decisión, si bien la principal diferencia radica en la residencia social de las empresas, pues las de nuestro estudio tienen todas su domicilio social en territorio español; lo que, si cabe, nos facilita la aproximación al caso.

Llegados a este punto, cabe preguntarse cuándo debe entrar a conocer de un asunto la Comisión Europea y cuándo deben hacerlo las autoridades de competencia de los diferentes Estados miembros -la CNMC en el caso de España-. El art. 11 del Reglamento (CE) N°1/2003 establece que ambos organismos aplicarán las normas de competencia comunitarias en estrecha colaboración. El mismo artículo resuelve la cuestión en su apartado 6 al privar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de conocer de un asunto si ya existe un procedimiento incoado sobre el mismo por parte de la Comisión Europea.

En segundo lugar, en la primera cuestión se pregunta por los acuerdos entre los fabricantes y los distribuidores de los camiones. Los acuerdos, tal como se describen en el caso de estudio, se producen de la siguiente manera: las empresas distribuidoras aceptan los precios fijados por los fabricantes, renunciando a llevar a cabo descuentos u ofertas, y, por tanto, limitando su capacidad para competir con otras empresas, a cambio de una remuneración consistente en un porcentaje anual de las ventas. Mediante estos acuerdos, tanto las empresas fabricantes como los distribuidores consiguen aumentar sus beneficios.

Estamos hablando en este caso de acuerdos cuya característica diferenciadora es la verticalidad, pues son acuerdos entre empresas que se encuentran en lugares distintos de la cadena productiva. La CNC, y posteriormente la CNMC, se refieren a este tipo de pactos como “acuerdos complejos”, y la conducta es tan antijurídica como en el caso de producirse entre empresas al mismo nivel.

La CNC ha resuelto varios expedientes en los que se habían producido este tipo de acuerdos complejos. Uno de los más paradigmáticos es el caso de los seguros decenales⁵, seguros de carácter obligatorio que garantizan, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en edificios destinados a viviendas.

Pues bien, la resolución de la CNC consideró probado que existió a partir del 2002 un acuerdo entre varias compañías aseguradoras y reaseguradoras para fijar una serie de condiciones que deberían tener todos los seguros decenales comercializados por las mismas, entre las que se encontraba un precio mínimo por metro cuadrado para el tomador. Por tanto, considera la CNC que existe una infracción del artículo 1.1.a) de la Ley16/1989, de Defensa de la Competencia, hoy derogada y sustituida por la Ley

⁴ De nuevo, hablamos aquí de empresas reales, no de las del caso propuesto.

⁵ Expte. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal, resolución de 12 de noviembre de 2009.

15/2007, de 3 de julio; así como del artículo 81.1.a) del también derogado Tratado de la Comunidad Europea, hoy en día art. 101.1.a) TFUE.

Además, a la hora de imponer las sanciones oportunas, la CNC no tiene en cuenta la posición que ocupaba cada compañía dentro del cártel, aunque sí individualiza cada sanción en función de la conducta llevada a cabo por cada una de ellas. Vemos, por tanto, que la consecuencia no varía en función de si hablamos de acuerdos horizontales o verticales, siendo todas las empresas que forman el cártel igualmente responsables.

En el mismo sentido, la CNC también sancionó a empresas fabricantes y comerciales de bombas de fluidos por pactar precios y otras condiciones comerciales⁶, así como a empresas fabricantes y comercializadoras de envases de plástico para productos hortofrutícolas por las mismas prácticas.⁷

Debemos concluir, a modo de resumen, que todas las compañías que participan en un cártel, ya sean fabricantes o distribuidoras del bien en cuestión, son responsables de infringir las disposiciones recogidas tanto en la LDC como en el TFUE y, por tanto, son susceptibles de ser sancionadas por el órgano administrativo competente -la CNMC si hablamos de infracciones que afectan únicamente al mercado español, o la Comisión Europea si esas infracciones afectan al mercado de más de un Estado dentro del EEE-.

2. Reclamación de daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia.

Hasta el momento, nos hemos limitado a analizar la aplicación de las normas del Derecho de la Competencia desde la perspectiva de la defensa del interés general por parte de las autoridades administrativas. Sin embargo, para que la protección de la libre competencia sea completa, es necesario articular mecanismos eficaces de defensa del interés privado de particulares, que en ocasiones resulta vulnerado por las conductas anticompetitivas de las empresas.

Esta defensa de los intereses de particulares no puede articularse mediante la vía administrativa, sino que necesita recurrir a la vía judicial. ALONSO SOTO⁸ desarrolla esta idea: “La sanción de nulidad de los acuerdos anticompetitivos solo puede hacerse efectiva en la mayoría de los ordenamientos jurídicos a través de una declaración judicial, y lo mismo sucede con el derecho a la indemnización que tiene la víctima de una conducta anticompetitiva por el perjuicio sufrido, al amparo del principio general de responsabilidad civil que impone al autor de un daño la obligación de repararlo: y la única forma de conseguir estos resultados pasa necesariamente por el ejercicio de las correspondientes acciones ante la jurisdicción civil ordinaria”.

La posibilidad de aplicar las normas de competencia contenidas en los artículos 81 y 82 TCE (actualmente arts. 101 y 102 TFUE) aparece por primera vez en el Derecho comunitario por la interpretación que hace la STJCE de 18 de septiembre de 1992, Asunto T-24/90; y posteriormente en el Derecho español por la STS (Sala de lo Civil) del 2 de junio de 2000 (RJ 2000\5092). Sin embargo, habría que esperar al Reglamento (CE) núm. 1/2003 (art. 6) y a la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (art. Segundo.7.2.f) para que esa posibilidad se estableciese definitivamente en la legislación vigente.

⁶ Expte. S/0185/09, Bombas de fluidos, resolución de 24 de junio de 2011.

⁷ Expte. S/0251/10, Envases Hortofrutícolas, resolución de 2 de diciembre de 2011.

⁸ ALONSO SOTO, R. “Derecho de la Competencia (I)”, cit. p.318.

Para articular esta aplicación de las normas de competencia por la jurisdicción civil, la Comunicación de la Comisión Europea, de 27 de abril de 2004, sobre cooperación de la Comisión Europea con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, establece una serie de pautas, que ALONSO SOTO resume en cinco:

1) Los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden aplicar de oficio estas normas, ya que tienen un deber de pasividad por el principio de justicia rogada que rige en el Derecho civil.

2) La aplicación de estas normas se hará según la ley procesal nacional y en función de un interés privado.

3) El Derecho comunitario prevalece sobre el nacional.

4) La sentencia dictada por jueces o tribunales nacionales en aplicación de los arts. 81 y 82 TCE (actualmente arts. 101 y 102 TFUE) deberá ser coherente con el Derecho comunitario.

5) En caso de aplicación concurrente por parte de la CE y un órgano jurisdiccional nacional: si el órgano judicial pretende adelantarse a la CE, debe consultar con esta o bien suspender el pronunciamiento hasta que haya decisión de la CE; si la CE resuelve antes que el órgano judicial, su sentencia no puede ser contraria a la Decisión de aquella. En caso de desacuerdo, el juez debe plantear una cuestión prejudicial.

En 2007, con la entrada en vigor de la LDC, se abre definitivamente la vía a la aplicación directa de las normas nacionales de competencia, ya que, hasta ese momento, los jueces y tribunales españoles podían aplicar las disposiciones contenidas en los arts. 81 y 82 TCE, pero ningún texto legislativo les habilitaba para aplicar las leyes españolas de competencia. Esa vía se articula mediante la disposición adicional primera de la ley.

Para finalizar el proceso normativo en torno al derecho al pleno resarcimiento de cualquier perjudicado por una infracción del Derecho de la Competencia, nos encontramos con la Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

En su art. 1, la Directiva establece como objeto la garantía de que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio. Además, también se establecen normas de coordinación a la hora de aplicar la normativa sobre competencia por parte de las autoridades.

En el art. 21 de la citada Directiva se otorgaba un plazo que finalizaba el 27 de diciembre de 2016 para que los Estados miembros adoptaran las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento al contenido de la misma. Aunque tarde, España llevó a cabo esta transposición mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre desplazamiento de trabajadores.

Mediante el RDL 9/2017, el legislador, en materia de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, introduce dos reformas importantes:

1) Modificación de la LDC: Se incluye un nuevo Título VI, De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia. También se

introducen una serie de definiciones de conceptos relativos al ámbito de la competencia, como el de cártel analizado anteriormente, que quedan recogidos en la disposición adicional cuarta.

2) Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC): Se fijan una serie de criterios relativos a la práctica de la prueba en los procedimientos de reclamación de daños derivados de ilícitos de competencia.

No obstante, debemos hacer hincapié en algo importante: las normas de carácter material que modifican la LDC no tienen carácter retroactivo, pues así lo indica la disposición transitoria primera del RDL 9/2017. Por su parte, según la misma disposición, las normas procesales incluidas mediante este Decreto en la LEC serán aplicables en cualquier procedimiento iniciado tras su entrada en vigor, es decir, sin importar el momento de la comisión de las conductas anticompetitivas ni el momento de producción del daño (LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA⁹).

De esta manera, en el caso se nos presenta a la compañía Translogic, S.A., dedicada al transporte de mercancías. La empresa, durante años, ha adquirido camiones mediante contratos de leasing firmados con los distribuidores Volvo e IVECO. Posteriormente a la firma de esos contratos, la dirección de la empresa constata que ha habido un período de tiempo en el que los precios establecidos por los dos distribuidores no variaron prácticamente nada.

La pregunta que se formula es si Cayetana, directora de Translogic, tiene derecho a reclamar algún tipo de indemnización y, de ser así, cuáles son las vías para conseguirla. En este punto, debemos suponer que es Translogic, en su condición de persona jurídica, quien tendría derecho a esa reclamación. En efecto, es absurdo preguntarse si Cayetana, como persona física que ni siquiera es propietaria de la compañía, puede reclamar para sí una indemnización.

En primer lugar, debemos destacar un hecho relevante: Volvo e IVECO, en el caso que nos ocupa, no son empresas partícipes del cártel descrito. Además, hay que mencionar que en el caso práctico no se hace referencia al momento en el que cesa la conducta colusoria de las empresas que forman el cártel. Sí se refleja que, en el año 2014, Volvo e IVECO -empresas que, como hemos dicho, no forman parte del cártel- ya no ofertan los mismos precios en los contratos de leasing. No obstante, no sabemos si MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España han cesado su actividad cartelista en el momento en el que Translogic se plantea iniciar las acciones oportunas. Se trata, como veremos, de una cuestión especialmente relevante, pues ya hemos dicho que las reformas introducidas en la LDC mediante el RDL 9/2017 sobre la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia no se pueden aplicar con carácter retroactivo. Por tanto, para facilitar de algún modo la aproximación al estudio de las cuestiones planteadas en este caso, se hará la suposición de que las mencionadas conductas colusorias por parte del cártel no finalizan en 2014, sino que se prolongan en el tiempo. De esta manera, resultará de aplicación el Título VI de la LDC.

Así las cosas, el art. 71 LDC dictamina que los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados. A estos efectos, se

⁹ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. “La responsabilidad civil en el reconocido como cártel de los camiones”. *Responsabilidad civil, seguro y tráfico: Cuaderno jurídico*, núm. 60, 4º trimestre 2017, pp. 20-21.

establece que las infracciones de los arts. 101 o 102 TFUE, así como de los arts. 1 o 2 LDC son susceptibles de originar esa responsabilidad por daños.

A continuación, el art. 72 LDC dice que cualquier persona 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. Además, se establece que ese pleno resarcimiento tendrá en cuenta el efecto volumen, por lo que comprenderá el derecho a la indemnización por el daño emergente -dicho de otra manera, por el sobrecoste¹⁰ pagado- y el lucro cesante -en otras palabras, el beneficio dejado de percibir por Translogic como consecuencia del cártel-, además del pago de los intereses correspondientes.

Efectivamente, las empresas cartelistas de nuestro caso han cometido una infracción recogida en el art. 1 LDC y en el 101 TFUE, por lo que de la lectura de los arts. 71 y 72 parece desprenderse que Translogic debería poder reclamar una indemnización por daños en su condición de perjudicada.

La cuestión, sin embargo, no es tan sencilla, pues debemos responder si es posible que Translogic pueda reclamar una indemnización teniendo en cuenta que Volvo e IVECO no forman parte del cártel. Para ello, debemos acudir a la sentencia del TJUE sobre el Asunto Kone¹¹.

En dicha sentencia se reconoce la posibilidad, por la denominada doctrina del efecto paraguas, de que los clientes de una empresa ajena al cártel pero que se haya aprovechado de su existencia para aumentar sus precios por encima del nivel normal de mercado puedan también disfrutar del derecho a la reparación del daño sufrido. La lógica es sencilla: empresas que poseen una importante cuota de un mercado -en nuestro caso, MAN, Daimler y FIAT Chrysler- forman un cártel para pactar precios, lo que se traduce en una subida generalizada de precios en ese mercado. Al darse cuenta de ese aumento de los precios, una tercera empresa no cartelista -en nuestro caso, Volvo e IVECO- aprovecha la coyuntura y aumenta los precios de sus productos -lo hace bajo el “paraguas del cártel”-. Constatada la existencia del cártel, los clientes de la empresa no cartelista -en nuestro caso, Translogic- reclaman el daño sufrido por ese sobrecoste a las empresas que participaron en el cártel. Esto se explica porque la decisión de la no cartelista de aumentar sus precios estuvo motivada por el falseamiento del mercado generado por el cártel (OLMEDO PERALTA¹²).

Mediante la decisión del 21 de febrero de 2007¹³, la CE consideró probada la existencia de un cártel formado por varias compañías dedicadas a la instalación de ascensores y escaleras mecánicas, cuyo objetivo era el reparto del mercado y la fijación de los productos y servicios. Una empresa de ferrocarriles había adquirido de empresas no participantes en el cártel ascensores y escaleras mecánicas a un precio superior al

¹⁰ La disposición adicional cuarta de la LDC define el sobrecoste como la diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del Derecho de la competencia.

¹¹ Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2014 (asunto Kone AG y Otros contra Infrastruktur, AG. C-557/12)

¹² 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 de la Distribución*, núm. 15, julio 2014, p. 4.

¹³ Decisión C (2007) 512 final de la Comisión, de 21 de febrero de 2007 (Asunto COMP/E-1/38.823 – Ascensores y escaleras mecánicas).

normal de mercado, puesto que las empresas aprovecharon la existencia del cártel para subir sus precios y aumentar su margen de beneficios.

La empresa perjudicada, una vez publicada la decisión de la CE, inició una acción de daños contra las empresas cartelistas reclamando una indemnización por el daño sufrido como consecuencia del sobreprecio pagado, acción que llegaría hasta el TJUE en forma de cuestión prejudicial ante las dudas jurídicas surgidas en los tribunales austriacos.

La respuesta que ofrece el TJUE es clara y, en efecto, abre la puerta a las reclamaciones como consecuencia del *umbrella pricing*:

“La plena efectividad del artículo 101 TFUE resultaría menoscabada si el derecho de cualquier persona a solicitar la reparación del perjuicio sufrido quedara subordinado por el Derecho nacional, de manera categórica e independientemente de las circunstancias específicas del caso, a la existencia de una relación de causalidad directa, excluyendo tal derecho debido a que la persona en cuestión ha tenido vínculos contractuales, no con un miembro del cártel, sino con una empresa no participante en éste, cuya política de precios, no obstante, es una consecuencia del cártel que ha contribuido a falsear los mecanismos de formación de los precios que rigen en los mercados competitivos.

Por consiguiente, la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se satisfacen estas condiciones.”

El TJUE, mediante esta sentencia, determina los elementos que debe tener el daño para poder ser atribuido directamente al cártel y que surja el derecho al resarcimiento. En palabras de OLMEDO PERALTA¹⁴: “La clave se encontrará en determinar si la subida de precios operada por la empresa no participante en el cártel es debida directamente a los efectos de distorsión del mercado que ha producido el acuerdo, o si, por el contrario, la subida de precios que operó es solo atribuible a una decisión empresarial de tal empresa, de cuyos efectos no debe responder el cártel”. Por tanto, para que surja ese derecho a reclamar como consecuencia del *umbrella pricing*, es necesario probar que las empresas partícipes del cártel influyen con su comportamiento anticompetitivo en la conducta de una tercera empresa, algo que únicamente pueden lograr si su posición en el mercado es importante.

La empresa de nuestro caso, Translogic, siguiendo la doctrina del TJUE, tiene derecho a reclamar una indemnización por daños, pero deberá probar el daño sufrido,

¹⁴ OLMEDO PERALTA, E. “Daños derivados...”, cit. p. 6.

además de establecer una relación de causalidad directa entre la existencia del cártel y el sobrecoste pagado¹⁵.

Debemos destacar que no es sencillo probar que la empresa perjudicada pagó un precio superior al de mercado y que el cártel influyó de forma decisiva en ese incremento. No obstante, es posible que en el caso que nos ocupa, el hecho de que los precios ofertados por Volvo e IVECO sean tan similares juegue a favor de Translogic, pues eso podría constituir una señal de que existe una práctica colusoria.

En cuanto al requisito de probar la relación de causalidad directa, el mismo significa que Translogic debe recomponer la cadena de causalidad que se ha roto con la intervención de la empresa no participante en el cártel al decidir subir los precios de sus productos amparada por la distorsión del mercado (OLMEDO PERALTA¹⁶). No obstante, la sentencia del TJUE reconoce que cada Estado miembro tiene competencia para decidir sobre la determinación del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño producido. No encontramos en la jurisprudencia española ningún asunto en el que se haya aplicado la doctrina del efecto paraguas, por lo que las dudas que pueden surgir a la luz de esta cuestión no son precisamente escasas.

Además, el TJUE razona en su sentencia que es irrelevante si las empresas cartelistas causaron los daños derivados del efecto paraguas de manera dolosa o negligente, sino que basta con que el aumento generalizado de precios en el mercado sea una consecuencia previsible. Evidentemente, cuanto mayor es la cuota de mercado que controlan las empresas del cártel, mayor es el riesgo de que se produzca un incremento generalizado de precios, pues las empresas con cuotas de mercado más pequeñas tenderán a equiparar sus precios a los de sus competidores más fuertes. En nuestro caso, las empresas cartelistas poseen un 80% de la cuota de mercado, por lo que parece razonable pensar que el aumento de precios por parte de competidores más pequeños es un riesgo real.

En cualquier caso, aunque todo lo anterior quedase demostrado, las empresas cartelistas demandadas tendrían la posibilidad de apoyarse en el art. 78.3 LDC para invocar en su defensa el hecho de que el demandante ha repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. Esto significa que MAN, Daimler y FIAT Chrysler pueden alegar que Translogic ha repercutido el sobrecoste pagado por los contratos de leasing de los vehículos a sus propios clientes, que serían quienes realmente han sufrido el perjuicio económico.

El mismo artículo, no obstante, establece que la prueba de que el sobrecoste ha sido repercutido recae sobre el demandado, por lo que las empresas cartelistas serían las responsables de probar que efectivamente Translogic ha evitado el daño repercutiendo el mismo sobre los clientes. Para hacerlo, podrá disponer como medio de prueba, y siempre en una medida razonable, de documentos -como facturas- que obren el poder del demandante o de terceros.

En esa misma línea se pronuncia la STS (Sala de lo Civil) núm. 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014\487), que condena a una empresa fabricante de azúcar y miembro de un cártel denunciado y multado a indemnizar a una serie de compañías compradoras

¹⁵ A mayores, en caso de no existir una resolución previa de alguna autoridad de competencia, también habría que probar la propia existencia de las conductas colusorias del cártel. En las próximas páginas analizaremos las diferencias entre las acciones de *follow on* y las de *stand alone*.

¹⁶ OLMEDO PERALTA, E. “Daños derivados...”, cit. p. 10.

de azúcar para usos industriales. En instancia anterior, la Audiencia Provincial de Madrid había rechazado la demanda por considerar que las empresas demandantes habían repercutido el sobrecoste “aguas abajo”, mediante el correspondiente incremento de sus precios en el mercado minorista¹⁷. La sentencia del TS, en contra de lo que sostuvo la Audiencia, defiende que no procede ese *passing on* -nombre con el que se conoce en la literatura jurídica al hecho de repercutir a un tercero los daños causado por comportamientos cartelarios-.

En efecto, la sentencia -que es anterior a la entrada en vigor del Título VI de la LDC, sobre la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia- ya reconoce que la carga de la prueba del *passing on* en estos casos corresponde al demandado. Además, la sentencia es tajante a la hora de afirmar que dicho *passing on* no es una “simple repercusión de precios en el sentido de incremento de precios en el mercado “aguas abajo” en proporción al incremento de precios sufrido en el mercado “aguas arriba””. Por el contrario, para que la excepción del *passing on* sea eficaz, lo que debe repercutirse a los clientes “no es el incremento de precio, sino el perjuicio económico derivado del mismo”. Por tanto, lo determinante para que pueda triunfar la excepción del *passing on* es que el comprador directo¹⁸ -en nuestro caso, Translogic- no haya sufrido daño porque lo haya repercutido efectivamente a sus clientes.

Siguiendo con esta idea, cabe señalar que es altamente probable que el eventual incremento del precio por parte de Translogic de sus servicios de transporte hubiese ocasionado una disminución de su cartera de clientes y, por tanto, una reducción de su volumen de ventas. De hecho, así parece deducirse de la exposición del caso, habida cuenta de las dificultades económicas que atraviesa la compañía. Si efectivamente el hipotético aumento de precios que haya podido llevar a cabo Translogic no ha logrado repercutir el daño a sus clientes por una disminución en las ventas, siguiendo el razonamiento de esta sentencia, no cabe la defensa del *passing on*, al menos no en su totalidad.

En resumen, en *passing on* tendría que ser probado por las empresas cartelistas. Además, el daño por el que cabe indemnizar a Translogic comprende tanto el sobrecoste pagado como el lucro cesante debido a la disminución del volumen de ventas producido como consecuencia del aumento de sus precios, además de los intereses que correspondan.

El daño, además, tiende a cuantificarse mediante un informe pericial en el que quede constancia de todos estos extremos. A estos efectos, la “Guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” de la Comisión expone varios métodos para elaborar un escenario sin infracción a efectos de cuantificar el daño. A modo de referencia, la Guía estima que el sobrecoste medio en los cárteles mediante los que se fijan precios es de aproximadamente el 20%¹⁹.

Por otra parte, también se pregunta en el caso por las posibles vías que tiene a su disposición Translogic para ejercitar su derecho a percibir una indemnización por daños.

¹⁷ CARRASCO PERERA, Á. “Pasar el daño aguas abajo en el cártel del azúcar”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 879, 2014, p. 1.

¹⁸ La disposición adicional cuarta de la LDC define al comprador directo como aquel que adquiere directamente de un infractor productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia. Por su parte, un comprador indirecto sería el que adquiere esos productos o servicios no directamente del infractor, sino de un comprador directo o de uno posterior.

¹⁹ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. “La responsabilidad civil...”, cit. p. 23.

Para contestar a la cuestión, parece razonable partir de la disposición adicional cuarta de la LDC, que define la acción por daños como “toda acción conforme al Derecho nacional, mediante la cual una parte presuntamente perjudicada, o una persona en representación de una o varias partes presuntamente perjudicadas cuando el Derecho de la Unión o nacional prevean esta facultad, o una persona jurídica que se haya subrogado en los derechos de la parte presuntamente perjudicada, incluida la persona que haya adquirido la acción, presente ante un órgano jurisdiccional nacional una reclamación tendente al resarcimiento de daños y perjuicios”.

A la luz de esta definición, podemos enumerar las opciones que tiene Translogic para ejercer su derecho al resarcimiento: plantear directamente una acción por daños ante los tribunales, ejercer una acción colectiva entre varios afectados por las conductas colusorias del cártel, o bien ceder de manera onerosa a terceros su derecho a ejercer la acción por daños. Además, siempre cabe la posibilidad de llegar a algún tipo de acuerdo con las empresas del cártel.

Empecemos por la primera de las opciones: interponer una acción por daños ante los tribunales. Como ya hemos señalado con anterioridad, el art. 72.1 LDC habilita la posibilidad de reclamar al disponer que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia tendrá derecho a reclamar al infractor.

En primer lugar, tenemos que señalar que estas acciones se dividen en dos categorías en función de su origen²⁰:

a) Acciones *Follow On*: Se basan en un procedimiento administrativo sancionador previo para justificar sus pretensiones en la jurisdicción civil. El demandante usa la decisión administrativa previa como prueba para acreditar los hechos y el origen del daño causado²¹.

b) Acciones *Stand Alone*: No se basan en una decisión administrativa previa. El demandante debe probar la infracción, la responsabilidad, el daño y la causalidad²².

Vemos, por tanto, que Translogic tiene muchas más posibilidades de que prospere su pretensión si alguna autoridad administrativa de competencia, ya sea la CNMC o la CE, emite una resolución sancionadora contra las empresas cartelarias, ya que las dificultades probatorias del procedimiento quedan reducidas a la causalidad y a cuantificar el daño sufrido.

En este sentido, el art. 75 LDC reconoce las facilidades de las acciones *follow on* al establecer que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español. Debemos completar el tenor de este artículo con el Reglamento (CE) 1/2003, que en su art. 16.1 dictamina que cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 y 82 del Tratado -actualmente arts. 101 y 102 TFUE- que ya

²⁰ 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, núm. 7, 2016, p. 309.

²¹ Como ejemplo, la ya mencionada STS (Sala de lo Civil) núm. 651/2013 de 7 de noviembre (RJ 2014\487).

²² Como ejemplo, STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage*, C 453/99, Rec. 2001 p. 6297; o STJCE de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, Rec. 2006, p. 6619.

hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con esta. Se confirma así que tanto las decisiones de la CNMC como las de la CE implican una suposición *iuris et de iure* ante los órganos judiciales que decidan sobre posteriores procedimientos civiles.

Translogic podría interponer la demanda ante cualquiera de las empresas que forman parte del cártel. Así se desprende del art. 73.1 LDC, que reconoce la responsabilidad solidaria de las empresas que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia. Para dirimir el significado de la responsabilidad solidaria debemos acudir al art. 11.1 de la Directiva 2014/104; así, esa responsabilidad solidaria implica que cada una de las empresas está obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas.

Lo anterior, no obstante, tiene una excepción, que aparece recogida en el propio art. 73 LDC. Así, las pequeñas o medianas empresas²³ solo serán responsables ante sus propios compradores directos e indirectos siempre que su cuota de mercado sea inferior al 5% y la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria mermase considerablemente su viabilidad económica. Dicha excepción no podrá aplicarse en caso de que la empresa hubiese dirigido la infracción, hubiese coaccionado a otras empresas para participar en ella, o bien ya hubiese sido declarada culpable con anterioridad de una infracción del Derecho de la competencia. Además, los beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia²⁴ solo serán responsables ante compradores que no sean directa o indirectamente los suyos cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas implicadas en la infracción.

La responsabilidad solidaria funciona tanto en las acciones de *follow on* como en las acciones de *stand alone* (CARRASCO PERERA²⁵). En el caso de estas últimas, no obstante, la responsabilidad en la infracción conjunta tendrá que dirimirse en el propio procedimiento, ya que los presuntos infractores no han sido destinatarios de resolución administrativa sancionadora alguna.

Por tanto, Translogic puede ejercitar su acción por daños ante MAN, Daimler o FIAT Chrysler; y también ejercitarla contra todas ellas. Además, el plazo para ejercitar esa acción prescribe a los cinco años desde el momento en el que hubiera cesado la infracción y el demandante tenga conocimiento o haya podido tener conocimiento de la infracción, el perjuicio ocasionado y la identidad del infractor (art. 74 LDC). En este punto, podemos señalar que si las disposiciones del Título VI de la LDC no fuese aplicable por tratarse de conductas colusorias que cesaron antes de su entrada en vigor, el plazo sería el que se recoge en el art. 1968 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil (en adelante, CC), que es de un año.

Es importante señalar que la solidaridad, cuando hablamos de daños competenciales, deriva de una responsabilidad impropia. CARRASCO PERERA explica

²³ A estos efectos, para saber qué se considera una pequeña o mediana empresa, hay que acudir a la Recomendación 2003/361/CE de 6 de mayo de 2003.

²⁴ La disposición adicional cuarta de la LDC define el programa de clemencia como todo programa relativo a la aplicación del art. 101 TFUE o una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante de un cártel coopera con la investigación de la autoridad de la competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe la exención del pago de cualquier multa o una reducción de la misma.

²⁵ CARRASCO PERERA, Á. “Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2018, p. 2.

que responsabilidad impropia es toda aquella que no ha sido fundada entre las partes dañantes por un instrumento contractual previo la producción de la infracción. La solidaridad impropia nace directamente de la sentencia de condena²⁶. Esto podría ser importante a efectos prácticos: imaginemos que la CNMC resuelve que MAN y Daimler son responsables de prácticas colusorias por haber formado un cártel. El plazo de prescripción de la acción comienza a transcurrir para demandar a esas dos compañías, pero no para FIAT Chrysler, que podría ser demandada aun habiendo finalizado dicho plazo, pues todavía no sería pública su participación en el cártel.

Otro asunto controvertido es la jurisdicción competente. En cuanto a la competencia objetiva, la disposición adicional primera de la LDC hace una remisión al art. 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), donde se establece que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de las cuestiones que sean competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC.

La redacción de la disposición adicional parece clara; sin embargo, en la doctrina surgen dudas al respecto. En concreto, dichas dudas se suscitan en torno a las acciones de *follow on*, puesto que las mismas se producen después de que una autoridad de competencia ya haya reconocido que existe una infracción y, por tanto, el tribunal que decida sobre la acción de daños no tiene que entrar a conocer sobre si se ha producido esa infracción; es decir, no aplica directamente los arts. 1 y 2 de la LDC. Se abre así, por tanto, la posibilidad de presentar la demanda ante los Juzgados de Primera Instancia. GASCÓN INCHAUSTI²⁷ trata de resolver la controversia acudiendo a la voluntad del legislador. Para el autor, resulta evidente que el legislador no pensaba únicamente en acciones de *stand alone* a la hora de introducir ese precepto en la LOPJ. Hasta ahora, lo habitual ha sido acudir a los Tribunales de Primera Instancia²⁸. Tendremos que esperar para ver cuál será la tónica habitual en los próximos años.

En cuanto a la competencia territorial, siguiendo el art. 7.2 del Reglamento (UE) 1215/2015, de 12 de diciembre de 2012, el demandante podrá interponer la demanda ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Para SUDEROW²⁹, que sigue la doctrina de la Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015 (asunto Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros, C-352/13), la redacción de este artículo implica que el demandante puede escoger entre varios foros: el domicilio de cualquiera de los infractores, el lugar donde se haya acordado la conducta ilícita, o bien el lugar en el que la víctima sufre el daño directo, que coincide con su domicilio. Por tanto, Translogic, al no tener incentivos para demandar a las empresas cartelarias en el domicilio de alguna de estas últimas -pues todas son españolas, por la que se va a aplicar siempre la legislación española-, optará por presentar la demanda en el partido judicial donde tenga su propio domicilio.

Otra de las opciones a valorar es la posibilidad del ejercicio de acciones colectivas³⁰. No obstante, la Directiva 2014/104 excluyó el asunto, por lo que debemos

²⁶ En acciones de *follow on*, de la resolución previa de una autoridad de competencia; en las acciones de *stand alone*, de la propia sentencia judicial.

²⁷ 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, núm. 1, 2017, pp. 129-131.

²⁸ El procedimiento que da origen a la STS 651/2013 de 7 de noviembre se inicia por esta vía.

²⁹ SUDEROW, J. “Acciones derivadas de ilícitos antitrust...”, cit. p. 325.

³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F. “Aspectos procesales...”, cit. pp. 131-134.

acudir al régimen general del art. 11 LEC. El propio título del artículo deja claro que este tipo de acciones están pensadas para consumidores y usuarios, por lo que no hay demasiadas posibilidades de que Translogic pueda sumarse a una acción de este tipo.

Más razonable puede ser pensar en una acumulación procesal de pretensiones con otras empresas afectadas por el cártel o en la transmisión onerosa del crédito indemnizatorio³¹. En cuanto a la acumulación de acciones por economía procesal, nada se dice en la Directiva 2014/104 ni en la LDC, pero la exigencia del art. 72 LEC de conexión por razón del título o causa de pedir no parece suscitar problemas, pues todos los demandantes en una acción de este tipo se han visto perjudicados por el mismo cártel o el mismo abuso de posición dominante.

Por su parte, la cesión onerosa del crédito indemnizatorio es una opción que recoge la propia definición de acción por daños que nos da la disposición adicional cuarta de la LDC. La mecánica es sencilla: una entidad especializada en reclamar daños derivados de ilícitos competenciales, como Cartel Damage Claims³², adquiere a título oneroso los derechos indemnizatorios de empresas perjudicadas; posteriormente, esta entidad es la que pleitea en los tribunales para conseguir la indemnización. Esta cesión onerosa se respalda en la redacción del art. 1112 CC, que reconoce que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles. Translogic podría recurrir a esta vía en caso de verse necesitada de liquidez, ya que recuperaría dinero de manera inmediata a cambio de dejar de percibir el 100% de la indemnización que le pudiera corresponder.

Por último, debemos mencionar también la posibilidad de que Translogic llegue a algún tipo de acuerdo extrajudicial con alguna de las empresas cartelarias. No obstante, debemos advertir que no es demasiado probable que dichas empresas se muestren favorables al mencionado acuerdo, pues recordemos que ninguna de ellas es la empresa de la que Translogic adquirió directamente los vehículos. En cualquier caso, siguiendo el art. 77 LDC, si Translogic llegase a un acuerdo con una de las empresas para percibir una parte de la indemnización que le pudiese corresponder, luego no podrá alegar la responsabilidad solidaria del cártel para seguir reclamando el resto de la indemnización a las otras cartelistas.

³¹ GASCÓN INCHAUSTI, F. “Aspectos procesales...”, cit. pp. 134-135

³² Cartel Damage Claims es la demandante en la Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015 (asunto Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros, C-352/13).

IV. CUESTIONES RELATIVAS A LOS DELITOS DE APROPIACIÓN INDEBIDA, ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y FALSEAMIENTO DE LA CONTABILIDAD

En este bloque de nuestro estudio se tratará de dar respuesta a la cuarta de las preguntas del caso, referida a cuestiones de Derecho penal económico. En ella se pide calificar la conducta de Fernando S., director de FIAT Chrysler España -una de las empresas que forman parte del cártel descrito-.

Comenzamos, en primer lugar, por describir los hechos tal como se narran en el supuesto práctico: Fernando, en 2014, como administrador encargado de la contabilidad de la sociedad, procede a dar de baja de la misma un elemento de inmovilizado material cuyo valor contable ascendía a cuatro millones de euros, llevándolo a la cuenta 672 “pérdidas procedentes de inversiones inmobiliarias”. Esas cuentas fueron debidamente aprobadas por la Junta General de Accionistas en tiempo y forma. Con posterioridad, el terreno que constituía ese inmovilizado material pasa a formar parte de PROINMINOR, S.A., empresa propiedad de Fernando y su esposa.

Tres son los tipos penales en los que podemos encajar la conducta de Fernando: apropiación indebida, administración fraudulenta o desleal y falsedad documental societaria. Además, debemos tener en cuenta que los hechos ocurren en el año 2014, habiendo sido la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), reformada en el año 2015 en cuestiones que afectan a los delitos de apropiación indebida y administración desleal. En este sentido, debemos aplicar la legislación más favorable para el reo, siguiendo así el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables que rige en el Derecho penal (art. 9.3 de la Constitución Española y art. 2 CP).

Empezaremos el análisis comentando las relaciones y diferencias establecidas por la doctrina y la jurisprudencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Nos basaremos para ello en la exposición del catedrático de Derecho penal MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ³³.

Antes de la reforma del 2015, el delito de apropiación indebida se recogía en el art. 252 CP con la siguiente redacción: “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 hoy derogado art. 295 CP tipificaba el delito de administración desleal del siguiente modo: “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

³³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2015, pp. 535-553.

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”.

Explica MARTÍNEZ-BUJÁN que la apropiación indebida del art. 252 quedaba reservado para los supuestos en que se acreditaba una auténtica apropiación de bienes, sea en beneficio del autor (apropiación en sentido estricto) o de un tercero (distracción). Por su parte, el delito de administración desleal del art. 295 vendría a cubrir las conductas en las que no se puede acreditar un genuino acto apropiatorio, ya que no comportan un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, pero sí causan un perjuicio al patrimonio administrado, aunque de menor gravedad.

Vemos, por tanto, que la clave para distinguir ambos delitos reside en su carácter definitivo (apropiación indebida) o temporal (administración desleal). En este sentido, el ámbito del delito del art. 295 terminaba donde empezaba el del art. 252.

La jurisprudencia mayoritaria, iniciada por la STS (Sala de lo Penal) núm. 867/2002 de 29 de julio (RJ 2002\6357)³⁴, sigue esos criterios expuestos para delimitar las conductas tipificadas por los arts. 252 y 295 CP.

En ese sentido, la citada sentencia argumenta que, cuando el administrador actúa prevaliéndose de su cargo para obtener un beneficio, sin que ese beneficio suponga ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, estamos ante la conducta típica de la administración desleal. Se cita como ejemplo de esta conducta el hecho de que un tercero proporcione dinero al administrador a cambio de que este falte a los deberes propios de su cargo.

Por el contrario, si el administrador, además de incumplir sus deberes básicos de fidelidad, actúa con el objetivo de adjudicarse en beneficio propio de bienes pertenecientes a la sociedad, la conducta tipificada será la de la apropiación indebida.

No obstante, tal como apunta CADENA SERRANO³⁵, algunas resoluciones del TS distinguen el campo de aplicación de los delitos fijándose en el tipo de exceso cometido por el administrador. Se aplicará el art. 295 CP cuando se cometa un exceso intensivo dentro de los límites de las funciones del administrador; y será de aplicación el art. 252 CP cuando el exceso sea extensivo, es decir, cuando el administrador actúe fuera del ámbito de sus funciones. En este sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Penal) núm. 915/2005, de 11 de julio (RJ 2005\5418):

"Cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente

³⁴ Ver también STS (Sala de lo Penal) núm. 462/2009 de 12 de mayo (RJ 2009\4863); STS (Sala de lo Penal) núm. 517/2013, de 17 de junio (RJ 2013\6428); STS (Sala de lo Penal) núm. 206/2014, de 3 de marzo (RJ 2014\2104).

³⁵ CADENA SERRANO, F.Á. "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, pp. 19-20.

se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración le ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (SSTS 841/2006, 17 de julio y 565/2007, 4 de junio).”

Sea como fuere, tanto si seguimos el criterio de temporalidad como el criterio del exceso intensivo o extensivo del administrador, parece evidente que debemos tipificar la conducta de Fernando como un delito de apropiación indebida recogido en el art. 252 CP. En efecto, Fernando se apropia del terreno con la intención de que dicha apropiación se prolongue indefinidamente en el tiempo, ya que el elemento pasa a formar parte de la contabilidad de una empresa de su propiedad. Igualmente, también podemos afirmar que se produce un exceso extensivo en su actuación, pues el hecho de dar de baja un activo de la contabilidad de FIAT Chrysler para darlo de alta en su propia compañía no puede considerarse dentro de las normales funciones del administrador de una sociedad.

De esta manera, la pena a la que se enfrentaría Fernando por este delito sería, por aplicación del apartado 6º del art. 250 CP, de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. El apartado 6º del citado artículo hace referencia a la especial gravedad de la conducta atendiendo al valor de la defraudación y a la entidad del perjuicio. Consideramos de aplicación el precepto al tener en cuenta el valor de cuatro millones de euros del terreno objeto de la apropiación indebida³⁶.

Con la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, y volviendo a la exposición de MARTÍNEZ-BUJÁN, se excluyen del delito de apropiación indebida (ahora regulado en el art. 253 CP) todas las conductas desleales cometidas por un administrador que actúa en el ejercicio de las acciones de su cargo, incluidas las apropiaciones definitivas. Ahora, la apropiación indebida tan solo incluye aquellas conductas que suponen apropiaciones fácticas cuando el administrador actúa completamente al margen de sus funciones. De esta manera, el legislador se adhiere a la doctrina formulada en la STS 915/2005, de 11 de julio, que comentábamos anteriormente.

Así, la nueva redacción del art. 253 CP, que castiga el delito de apropiación indebida es la siguiente: “Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso,

³⁶ La STS (Sala de lo Penal) núm. 484/2014, de 11 de junio (RJ 2014\3154) considera que se sobrepasa con mucho el límite para aplicar el apartado 6º del art 250.1 CP cuando el perjuicio es de varios millones de euros.

del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”.

Por su parte, el art. 252 CP recoge el nuevo delito de administración desleal: “Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”.

Si, como hemos dicho anteriormente, entendemos que la conducta de Fernando, consistente en dar de baja de la contabilidad de FIAT Chrysler un terreno para darlo de alta en la suya propia, excede de las funciones atribuidas al administrador de una sociedad, entonces debe ser castigado como reo de un delito de apropiación indebida del art. 253 CP.

Sin embargo, no podemos dejar de observar que el hecho de calificar la conducta de Fernando como uno u otro tipo penal no tiene en la práctica relevancia alguna más allá del ámbito doctrinal, pues las penas de los arts. 252 y 253 son las mismas.

En efecto, la pena que se le impondría a Fernando, en cualquier caso, sería la recogida en el art. 250.2 CP, ya que el inmovilizado material objeto de la conducta ilícita supera el valor de los 250.000 euros a los que hace referencia dicho artículo. Fernando, por tanto, tendría que hacer frente a penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Por tanto, aplicando el ya mencionado principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables al reo que rige en el Derecho penal, debemos atender a la redacción del CP vigente en el momento de la comisión de los hechos por parte de Fernando, pues las penas previstas para su conducta eran más favorables entonces que ahora.

Asimismo, Fernando también sería responsable de un delito de falsedad documental societaria, tipificado en el art. 290 CP: “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”.

Nos recuerda LAURANA ORIOL³⁷ que las conductas subsumibles en el art. 290 CP abarcan también, siguiendo la línea marcada por la jurisprudencia, la cuarta modalidad del art. 390 CP, “faltar a la verdad en la narración de los hechos”, que se aplica por analogía, pues este artículo se refiere a las falsedades cometidas por autoridades o funcionarios públicos. De esta forma, se castiga la conducta falsaria consistente en una

³⁷ LAURANA ORIOL, C. “Falsedad documental societaria. Art. 290 del Código Penal” *Ponencia sobre delitos societarios “El delito de la administración desleal”*, 2017, pp. 16-17.

manipulación contable que da lugar a una imagen distorsionada de la realidad de la empresa, que es justo lo que hace Fernando en el caso propuesto.

También debemos tener en cuenta que las cuentas falseadas por Fernando fueron debidamente aprobadas por la Junta General de Accionistas en tiempo y forma. Este es un extremo irrelevante para la jurisprudencia a la hora de aplicar el art. 290 CP, pues el delito se consuma antes de la aprobación o el rechazo de las cuentas anuales. Así, la STS (Sala de lo Penal) núm. 796/2006 de 14 de julio (RJ 2006\6088) razona:

“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.”

Fernando, por tanto, se podría enfrentar por la comisión de este delito a una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Dicha pena, siguiendo el segundo párrafo del art. 290 CP, sería impuesta en su mitad superior, puesto que Fernando llega a causar un perjuicio económico a FIAT Chrysler.

No obstante, la STS (Sala de lo Penal) núm. 413/2009 de 11 de marzo (RJ 2009\4822) ha defendido que, cuando concurren los delitos de falsedad documental del art. 290.2 CP y de apropiación indebida del art. 252 CP (redacción anterior a la reforma de 2015), habrá que estar a lo dispuesto en el art. 8.4 CP, que aplica un concurso de normas que resuelve la controversia por el criterio de la pena más grave. Aplicando este precepto, por tanto, Fernando no sería castigado por el delito de falsedad documental societaria.

A modo de resumen, y para cerrar este apartado de nuestro estudio, Fernando sería condenado por un delito de apropiación indebida recogido antes de la reforma de 2015 en el art. 252 CP, y por un delito de falsedad documental societaria del art. 290 CP. Sin embargo, únicamente cumpliría las penas previstas para el primero de los delitos, que según el art. 250 CP, serían de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.

V. CUESTIONES RELATIVAS AL CONTRATO DE LEASE-BACK

En este último bloque de nuestro estudio analizaremos la quinta cuestión planteada, referida al contrato de arrendamiento financiero o leasing firmado entre Translogic y la empresa financiera Seudbank.

El problema que se plantea es el siguiente: Translogic, debido a su maltrecha situación económica provocada, entre otros factores, por la existencia del cártel, necesita con urgencia obtener liquidez. Para conseguirla, vende una nave industrial a Seudbank, y firma también un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra. Este contrato contiene una cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas, cláusula que Seudbank termina ejercitando cuando Translogic deja de cumplir su obligación. Posteriormente, Translogic se plantea ejercitar acciones legales contra Seudbank para declarar nulo el contrato de lease-back por existir entre sus cláusulas un interés de demora del 2% mensual.

Así, la quinta cuestión que se plantea en el caso se podría dividir en dos partes: en primer lugar, se nos pide un pronunciamiento sobre la competencia objetiva y territorial en el seno de la posible demanda. Por otro lado, también se pregunta si se puede considerar que el contrato es nulo y qué opciones tiene Translogic para defenderse en los Tribunales; es decir, se nos pide analizar los argumentos existentes tanto favorables como en contra de la declaración de nulidad del contrato.

1. Competencia territorial y objetiva

Debemos empezar por responder a la pregunta de cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de la demanda que podría plantear Translogic.

La competencia objetiva viene determinada por el art. 85.1 LOPJ y el 45.1 LEC, en los que se dictamina que, en el orden civil, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que no se hallen atribuidos a otros tribunales por disposición legal expresa, cosa que no ocurre con las cuestiones relativas a los contratos de arrendamiento financiero.

En cuanto a la competencia territorial, el art. 51.1 LEC establece que las personas jurídicas pueden ser demandadas en el partido judicial de su domicilio, o bien en el del lugar en el que haya nacido la relación jurídica objeto de litigio, siempre que en dicho lugar tenga la demandada un establecimiento abierto al público o un representante autorizado para actuar en nombre de la entidad. Por tanto, Translogic podría demandar en su propio domicilio, siempre que Seudbank tuviese una sucursal abierta al público en ese partido judicial.

En conclusión, la demanda se interpondría ante los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de Translogic -siempre que Seudbank tenga sucursal abierta al público- o, en su defecto, del domicilio de Seudbank.

Sirva como ejemplo la STS (Sala de lo Civil) núm. 10/2006, de 2 de febrero (RJ 2006\494). La sentencia resuelve en casación un procedimiento en el que la parte prestataria pedía la nulidad de un contrato de lease-back precisamente por usurario. La demanda, en primera instancia, se presentó en el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Barcelona, domicilio del demandante.

2. La posible nulidad del contrato de lease-back

El firmado por Translogic con la entidad financiera Seudbank es un contrato de lease-back, una de las modalidades de los contratos de arrendamiento financiero. Este tipo de contratos comenzaron a regularse en nuestro ordenamiento con la aparición del Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública, que en su art. 26.3 reconoce la existencia del lease-back al regular la tributación de “las ventas realizadas a una empresa de arrendamiento financiero cuando esta arriende el bien en el mismo acto a su vendedor”.

Lo que pretende Translogic con la posible demanda es que el contrato sea declarado nulo por la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, también conocida como Ley de represión de la Usura (en adelante, LRU), o Ley Azcárate por el nombre de su impulsor. Para ello, Translogic señala la abusividad de unos intereses de demora del 2% mensual, que suponen una tasa de interés anual del 26,82%.

JIMÉNEZ MUÑOZ define la usura como “el lucro económico de carácter excesivo que se percibe en función de un contrato de mutuo o una operación económica similar”. Para el autor, la usura elimina la libertad contractual del prestatario, que termina viéndose forzado a aceptar las condiciones del contrato por su necesidad, por lo que desaparece la igualdad que debe imperar entre los contratantes³⁸.

El art. 1 LRU establece que será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, así como todo contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias.

El art. 9 LRU, por su parte, aclara que la propia ley será de aplicación para toda operación que se pueda equiparar a un préstamo, cualquiera que sea la forma del contrato y la garantía ofrecida para su cumplimiento.

Son varios los obstáculos a los que se enfrenta Translogic para conseguir que el contrato sea declarado nulo por la aplicación de la LRU, aun consiguiendo probar que el contrato se firma a causa de la situación angustiosa que atraviesa la empresa como consecuencia de la existencia del cártel:

- a) La posibilidad de que, por lo dispuesto en su art. 9, la LRU sea aplicable a contratos de leasing -o, en este caso, de lease-back-.
- b) La posibilidad de que los intereses moratorios sean susceptibles de ser considerados usurarios.
- c) La posibilidad de que la LRU sea aplicable a contratos entre empresarios.
- d) La posibilidad de que se pueda apreciar una situación suficientemente angustiosa para declarar nulo el contrato.

³⁸ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*. Ed. DYKINSON, S.L. Madrid 2010, pp. 61-62.

La STS 10/2006, de 2 de febrero, mencionada anteriormente, resuelve un asunto muy similar al planteado en nuestro caso de estudio: una empresa solicitaba la nulidad de un contrato de lease-back celebrado con otra entidad por aplicación de la LRU y, en consecuencia, que se declarase que la finca objeto del contrato seguía siendo propiedad de la compañía prestataria. La entidad prestamista, por el contrario, solicitaba la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones de pago de la parte prestataria. En el contrato también se establecía un interés de demora del 2% mensual.

La empresa demandante alegaba que la operación de arrendamiento financiero inmobiliario, previa compraventa, encubría en realidad un préstamo simple, de manera que resultaría de aplicación el art. 9 LRU. En efecto, su argumentación es perfectamente comprensible: la compañía está necesitada de liquidez por las deudas a las que debe hacer frente, por lo que recurre a financiación externa. Esa financiación la consigue vendiendo un activo financiero, pero realmente no deja de utilizarlo debido al contrato de arrendamiento posterior, por lo que realmente el bien funciona como garantía de un préstamo.

Mediante esta sentencia, no obstante, el TS enumera en su Fundamento de Derecho Quinto una serie de elementos que debe reunir un contrato de lease-back para ser considerado un contrato distinto del préstamo³⁹:

1) La parte arrendataria debe ser una entidad de crédito y operar de acuerdo con su objeto legal. Seudbank está inscrita en el Registro de Sociedades de arrendamiento financiero del Banco de España y en su objeto social figura la realización de contratos de leasing, por lo que cumple este primer requisito.

2) El contrato debe ser entre empresarios, requisito que también se cumple en nuestro caso.

3) El bien objeto de contrato debe ser apto para la realización de actividades empresariales o profesionales. Translogic vende una nave industrial necesaria para la realización de su actividad, por lo que también se cumple esta condición.

4) Debe haber una compraventa previa del inmueble objeto de arrendamiento con el objetivo de obtener financiación. También se cumple esto en nuestro caso.

5) Se debe procurar la continuación en el uso del bien por la parte arrendataria. Translogic sigue usando la nave, por lo que también se cumple.

6) La duración del contrato debe ser razonable atendiendo a su finalidad (obtener financiación), lo que debe ponerse en relación con el plazo mínimo legal de 10 años a efectos fiscales. El contrato es precisamente de diez años, por lo que también se cumple este requisito.

7) Debe haber equilibrio entre el precio de compraventa y el precio del arrendamiento financiero -es decir, de los intereses ordinarios del mismo-. A este respecto nada dice nuestro caso, pero dado que se pretende la aplicación de la LRU por la abusividad de los intereses de demora, parece razonable suponer que este requisito también se cumple.

³⁹ BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, M.P. *Arrendamiento financiero. Aspectos contractuales y concursales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2017, pp. 234-236

8) Debe existir un derecho de opción de compra a favor del arrendatario al final del contrato por un precio equivalente a su valor residual. También se cumple esta condición.

Por tanto, siguiendo este razonamiento del TS, no sería de aplicación la LRU al contrato firmado entre Translogic y Seudbank por no ser equiparable a un contrato de préstamo convencional.

Algunos autores como JIMÉNEZ MUÑOZ⁴⁰, sin embargo, mantienen una postura crítica con la línea jurisprudencial de esta sentencia, ya que sostienen que la diferencia de causa respecto del préstamo no es suficiente razón para que un contrato de leasing no tenga una función similar a la de un préstamo ordinario. VICENT CHULIÁ⁴¹ defiende también esta postura al entender que la LRU es aplicable al contrato de leasing porque el financiado pretende en el fondo obtener liquidez y la sociedad de leasing se la facilita a un determinado tipo de interés -que es lo que se hace a través de un préstamo ordinario-. Esta postura doctrinal también se encuentra en la jurisprudencia⁴².

La STS de 2 de febrero que hemos comentado anteriormente no se pronuncia sobre la aplicabilidad o no de la LRU a los intereses de demora; simplemente se limita a afirmar que un interés de demora del 26,82% anual no puede considerarse usuraria, ya que el tipo medio de interés aplicado por demora en iguales operaciones en 1990, fecha en la que se firma el contrato objeto de litigio, era del 28,65%. Sin embargo, según datos del Banco de España, el tipo de interés de demora medio en 2015, momento en que se firma el contrato de lease-back entre Translogic y Seudbank, era del 4,375% anual⁴³ (8,05% para operaciones comerciales⁴⁴). Por tanto, no parece descabellado afirmar que un interés de demora del 26,82% anual es notablemente superior al normal del dinero para este tipo de operaciones, de acuerdo con el art. 1 LRU.

No obstante, AGÜERO ORTIZ⁴⁵ nos recuerda que la doctrina del Tribunal Supremo viene negando que los intereses moratorios tengan naturaleza jurídica de intereses reales, sino que constituyen una sanción o pena por el incumplimiento de las obligaciones del deudor, por lo que no resulta de aplicación la LRU a los intereses moratorios. Sirva como ejemplo la exposición de la STS (Sala de lo Civil) núm. 869/2001, de 2 de octubre (RJ 2001\7141)⁴⁶:

“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

⁴⁰ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. *La usura*, cit. pp. 94-100

⁴¹ VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho Mercantil. Tomo II*. Ed. José M^a Bosch. Barcelona 1990, p. 276.

⁴² Por ejemplo, SAP Asturias núm. 385/1996, de 19 de junio (AC 1996\1609); SAP Castellón núm. 286/1997, de 23 de junio (AC 1997\1739); SAP Segovia núm. 22/1997, de 20 de febrero (AC 1997\373).

⁴³ https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/Tabla_de_tipos__e648e590ff32f51.html (consultado el 19 de junio de 2018).

⁴⁴ https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/Tabla_de_tipos__f258e590ff32f51.html (consultado el 19 de junio de 2018).

⁴⁵ AGÜERO ORTIZ, A. “¿Cambio de doctrina del Tribunal Supremo respecto a la aplicación de la Ley de la Usura a los intereses moratorios? El consumidor ante chiringuitos usureros” *Notas jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo*, abril 2015.

⁴⁶ También la STS (Sala de lo Civil) núm. 430/2009, de 4 de junio (RJ 2009\4747).

exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908.”

Por el contrario, la jurisprudencia reciente del TS ha abierto la puerta a la aplicación de la LRU a los intereses de demora. En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) núm. 677/2014, de 2 de diciembre (RJ 2014\6872) considera que “la noción de usura, estrictamente vinculada etimológicamente al ámbito de los intereses, se proyecta sobre la lesión patrimonial infligida, esto es, sobre los intereses remuneratorios y de demora”. Seguidamente, otras resoluciones como la SAP de Vizcaya núm. 317/2016, de 23 de noviembre (AC 2016\2345) han seguido esta línea al declarar la nulidad de préstamos por sus intereses de demora usurarios.

Cabe decir también que, en la actualidad, la jurisprudencia es unánime a la hora de admitir la aplicación de la LRU a contratos mercantiles⁴⁷; no obstante, esa jurisprudencia, en ámbito mercantil, se muestra mucho más rigurosa a la hora de apreciar los requisitos que establece la LRU para declarar la nulidad de un contrato. Esta aplicación de la LRU a los contratos mercantiles se justifica por el tenor literal de la propia ley, que en ningún momento establece que no sea de aplicación a este tipo de contratos⁴⁸.

Como decimos, no es del todo sencillo que el tribunal encargado de conocer de la cuestión admita la posibilidad de declarar usurario el contrato por la situación angustiosa de Translogic. En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) núm. 1144/1994, de 12 de diciembre (RJ 1994\10591) falla a favor del prestatario en un contrato de lease-back al entender que los propietarios de la empresa dependen de la supervivencia de la misma para evitar la pérdida inmediata de su patrimonio y medio de vida.

Como vemos, la pretensión de Translogic de declarar nulo el contrato de leasing podría prosperar, aunque encontramos sentencias ciertamente contradictorias que no nos permiten, ni mucho menos, dar una respuesta definitiva al asunto planteado, pues tanto Translogic como Seudbank tienen argumentos que fundamentan sus posiciones.

Hasta ahora, nos hemos referido a la posibilidad de estar frente a un contrato nulo. Sin embargo, existe en la doctrina cierto debate sobre si la usura es causa de nulidad o de anulabilidad de un contrato. ÍÑIGO FUSTER⁴⁹ expone las principales posturas al respecto:

Para autores como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS⁵⁰, la aplicación de la LRU supone la nulidad del contrato. Argumentan que el consentimiento del prestatario tiene un vicio de origen, lo que supone que el contrato se origina por una causa ilícita que debe conllevar la nulidad radical. La STS (Sala de lo Civil) de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9713) sigue esta línea al concluir que el contrato objeto de litigio no admite convalidación sanatoria o novación. Si se considerase que el contrato es nulo de pleno derecho, la acción sería imprescriptible y cualquier persona podría instar la nulidad.

Frente a esa postura, otros autores se decantan por el carácter anulable del contrato alegando, como sostiene la STS (Sala de lo Civil) de 29 de septiembre de 1992 (RJ

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 TSJ y AP y otros tribunales*, N°16, 2003, pp. 3-4

⁴⁸ Sirva como ejemplo la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°2 de Bilbao núm. 217/2016, de 15 de julio (JUR 2016\231307), que declara la nulidad de un préstamo usurario suscrito por una Sociedad Anónima.

⁴⁹ ÍÑIGO FUSTER, A. “Nulidad y usura...”, cit. pp. 13-18.

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I. Ed. Tecnos. Madrid 1990, p. 727.

1992\7330), que la nulidad -relativa en este caso- está sujeta a petición del perjudicado sin que pueda declararse de oficio. Si nos decantamos por la anulabilidad, el plazo para ejercitar la acción sería el recogido en el art. 1301 CC, es decir, de cuatro años desde la perfección del contrato.

No obstante, el propio ÍÑIGO FUSTER⁵¹, a la hora de decantarse por la nulidad o la anulabilidad del contrato, establece una diferenciación en función del motivo por el que se declara usurario. Así, apoya la tesis de la nulidad radical en los supuestos de contratos en los que se estipula un interés superior al normal del dinero y aquellos en los que se suponga recibida mayor cantidad que la entregada, así como en los casos en los que el consentimiento se ha prestado dada la situación angustiosa del prestatario; se apoya para ello en la idea de la ilicitud de la causa que origina el contrato. Por el contrario, suscribe la tesis de la anulabilidad cuando el consentimiento se presta por la inexperiencia o por la limitación de las facultades mentales del prestatario, ya que, aunque existe causa lícita, se produce un error esencial sobre el propio objeto.

En cualquier caso, los efectos resultantes de declarar usurario el contrato de lease-back firmado entre Translogic y Seudbank son los que se recogen en el art.3 LRU, es decir, la vuelta al estado de las cosas anterior a la realización de dicho contrato: la nave industrial volvería a ser propiedad de Translogic, que tendría que devolver a Seudbank el precio de la compraventa. Además, Seudbank tendría que devolver a Translogic las cantidades recibidas por el arrendamiento financiero, tanto las dedicadas a amortizar el principal (en este caso, el precio de la nave), como los intereses satisfechos.

⁵¹ ÍÑIGO FUSTER, A. “Nulidad y usura...”, cit. pp. 13-18.

VI. CONCLUSIONES

Tal como hemos hecho a lo largo del presente estudio, estructuraremos las conclusiones de acuerdo a los tres grandes bloques en los que se divide nuestro caso práctico.

1. Relativas al Derecho de la competencia

Debemos concluir que el comportamiento de las empresas que se nos presentan en el caso supone una conducta contraria al Derecho de la Competencia. Así, la fijación de precios llevada a cabo por MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España supone una clara vulneración del art. 1.1.a) LDC y del art. 101.1.a) TFUE. Además, atendiendo a la definición de la disposición adicional cuarta de la LDC, debemos concluir que la actuación de estas compañías encaja perfectamente en el concepto de cártel.

Teniendo esto claro, debemos afirmar también que las actuaciones de las empresas cartelarias, en base a la propia LDC y al Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, son susceptibles de recibir una sanción de la CNMC y de la Comisión Europea.

Por otro lado, los acuerdos entre fabricantes y distribuidores para que estos últimos acepten los precios pactados de los camiones a cambio de una remuneración también suponen una infracción del Derecho de la competencia. Estos pactos entre fabricantes y distribuidores están considerados acuerdos complejos tanto por la doctrina como por la CNMC (o anteriormente la CNC).

Se consulta en el caso si Translogic tiene derecho a reclamar alguna indemnización al verse afectada por la existencia del cártel. No obstante, los vehículos adquiridos por la compañía son de empresas que no participan en el cártel, sino que simplemente se aprovechan de su existencia para subir los precios de sus camiones. Pues bien, siguiendo la línea marcada por la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2014, relativa al conocido como asunto Kone, podemos afirmar que Translogic tiene, en efecto, derecho a una indemnización por la llamada doctrina del “efecto paraguas” (*umbrella pricing*). Aun así, para que prosperase la hipotética demanda planteada por Translogic, sería necesario probar y cuantificar el daño sufrido, demostrar la infracción del Derecho de la competencia y establecer una relación de causalidad entre la conducta del cártel y el daño sufrido por la compañía.

Ante la reclamación de Translogic, las empresas cartelarias demandadas podrían alegar que existe un *passing on*, es decir, que Translogic ha sido capaz de repercutir el daño causado por el sobrecoste a sus clientes, ya sea total o parcialmente, subiendo los precios de sus servicios de transporte. Frente a esto, debemos recordar que la carga de la prueba de dicho *passing on* corresponde a las empresas demandadas. Además, el daño sufrido por Translogic no incluye simplemente el sobreprecio pagado, sino que también estarían incluidos el lucro cesante debido al descenso de sus ventas como consecuencia del incremento de precios y los intereses que correspondan.

Las principales vías para llevar a cabo la posible reclamación son las acciones de daños de *follow on* y las de *stand alone*. La primera de ellas, mucho más favorable para el demandante, tiene lugar después de que una autoridad de competencia, como la CNMC

o la Comisión Europea, haya sancionado la práctica contraria al Derecho de la competencia. En ellas, el demandante usa la decisión administrativa previa como prueba para acreditar los hechos y el origen del daño causado. Por su parte, en las acciones de *stand alone*, el demandante debe probar la infracción, la responsabilidad, el daño y la causalidad, por lo que es mucho más difícil que prosperen.

La demanda se presentaría contra cualquiera de las empresas del cártel por ser todas ellas solidariamente responsables, aunque es cierto que existen ciertos límites a esta solidaridad en el caso de pequeñas y medianas empresas. Por su parte, el plazo para ejercitar la acción es de cinco años desde el momento en que haya cesado la infracción y el demandante tenga conocimiento de su existencia, o haya podido tenerlo. Sin embargo, si las conductas ilícitas descritas hubiesen finalizado antes de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2014/104/UE, el plazo sería de un año, tal como recoge el art. 1968 del Código Civil.

Como opciones alternativas, podemos pensar en acciones colectivas entre varios afectados, si bien están pensadas para consumidores, por lo que no parece probable que puedan prosperar. También existe la posibilidad de ceder de forma onerosa las acciones de Translogic a terceros, o bien la opción de acordar una transacción individualizada con alguno de los miembros del cártel.

2. Relativas al ilícito penal cometido por Fernando S.

Observamos en la conducta de Fernando, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, un delito de apropiación indebida regulado en el art. 252 CP. Aquí debemos atender a la regulación de 2014, momento en el que tiene lugar la comisión del delito, ya que la normativa era más favorable para Fernando. Teniendo en cuenta que el valor del bien objeto de la conducta delictiva es de cuatro millones de euros, las penas a aplicar serían las de la modalidad agravada recogidas en el art. 250 CP. Además, según la jurisprudencia más reciente, no sería de aplicación el delito de administración desleal del art. 295 CP.

Sí podemos concluir que estamos también ante un delito de falseamiento de la contabilidad regulado en el art. 290 CP, y ello con independencia de que las cuentas anuales hayan sido aprobadas en Junta General, algo que para la jurisprudencia es irrelevante. Sin embargo, aplicando la regla del art. 8.4 CP, Fernando no sería castigado por este delito, ya que únicamente serían de aplicación las penas previstas para el delito de apropiación indebida, al ser estas últimas más graves.

Con todo, Fernando se enfrentaría a una pena de prisión de uno a seis años y a una multa de seis a doce meses.

3. Relativas al contrato de lease-back

En primer lugar, debemos señalar que la hipotética demanda formulada por Translogic debe interponerse ante los Juzgados de Primera Instancia de lo civil del partido judicial en el que Seudbank tenga su domicilio, o bien donde haya surtido efectos la

relación jurídica, siempre que la entidad financiera tuviese en ese lugar al menos una sucursal abierta al público.

Por otro lado, no es posible llegar a afirmar con rotundidad que la pretensión de declarar nulo por usurario el contrato de lease-back prosperaría.

Son varios los obstáculos a los que debe hacer frente Translogic para conseguir la nulidad del contrato:

a) La posibilidad de que, por lo dispuesto en su art. 9, la LRU sea aplicable a contratos de leasing -o, en este caso, de lease-back-.

b) La posibilidad de que los intereses moratorios sean susceptibles de ser considerados usurarios.

c) La posibilidad de que la LRU sea aplicable a contratos entre empresarios.

d) La posibilidad de que se pueda apreciar una situación suficientemente angustiosa para declarar nulo el contrato.

Encontramos diversa jurisprudencia tanto a favor como en contra de que la LRU sea aplicable a contratos de arrendamiento financiero, así como a los intereses de demora. Es más unánime la postura favorable a su aplicación para contratos mercantiles; sin embargo, al tratarse de un contrato entre empresarios es más difícil que prospere el argumento de la situación angustiosa. En este sentido, será necesario demostrar que los propietarios de la empresa dependen de la supervivencia de la misma para evitar la pérdida inmediata de su patrimonio y medio de vida.

Por último, cabe decir que la nulidad del contrato de leasing supondría la vuelta al estado de las cosas anterior a la realización de dicho contrato: la nave industrial volvería a ser propiedad de Translogic, que tendría que devolver a Seudbank el precio de la compraventa. Además, Seudbank tendría que devolver a Translogic las cantidades recibidas por el arrendamiento financiero, tanto las dedicadas a amortizar el principal (en este caso, el precio de la nave), como los intereses satisfechos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A. “¿Cambio de doctrina del Tribunal Supremo respecto a la aplicación de la Ley de la Usura a los intereses moratorios? El consumidor ante chiringuitos usureros” *Notas jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo*, abril 2015.

ALONSO SOTO, R. “Derecho de la Competencia (I)”, en AA.VV. *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. A. Menéndez, A. Rojo (dirs). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2017.

BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, M.P. *Arrendamiento financiero. Aspectos contractuales y concursales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2017.

CARRASCO PERERA, Á. “Pasar el daño aguas abajo en el cártel del azúcar”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 879, 2014.

CARRASCO PERERA, Á. “Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2018.

CORTI VARELA, J. “Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC”. *Serie Política de la Competencia*, núm. 33, 2013.

DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Instituciones de Derecho Civil. Vol. I*. Ed. Tecnos. Madrid 1990.

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, núm. 1, 2017.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. “La responsabilidad civil en el reconocido como cártel de los camiones”. *Responsabilidad civil, seguro y tráfico: Cuaderno jurídico*, núm. 60, 4º trimestre 2017.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*. Ed. DYKINSON, S.L. Madrid 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2015.

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 de la Distribución*”, núm. 15, julio 2014.

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, núm. 7, 2016, p. 309.

VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho Mercantil. Tomo II*. Ed. José M^a Bosch. Barcelona 1990.

Páginas web consultadas

https://cliente bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/Tabla_de_tipos__e648e590ff32f51.html (consultado el 19 de junio de 2018).

https://cliente bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/Tabla_de_tipos__f258e590ff32f51.html (consultado el 19 de junio de 2018).

VIII. APÉNDICE DE LEGISLACIÓN

Derecho europeo

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

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

Recomendación 2003/361/CE de 6 de mayo de 2003.

Derecho nacional

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

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

Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

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

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

Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

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

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

Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública.

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

IX. APÉNDICE DE JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de septiembre de 1992 (As. T-24/90).

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 2001, *Courage*, C 453/99, Rec. 2001 p. 6297.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, Rec. 2006, p. 6619.

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 Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros, C-352/13).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9713).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7330).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1144/1994, de 12 de diciembre (RJ 1994\10591).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de junio de 2000 (RJ 2000\5092).

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

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 10/2006, de 2 de febrero (RJ 2006\494).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 430/2009, de 4 de junio (RJ 2009\4747).

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

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

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 867/2002 de 29 de julio (RJ 2002\6357).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 915/2005, de 11 de julio (RJ 2005\5418).

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

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

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

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 517/2013, de 17 de junio (RJ 2013\6428).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 206/2014, de 3 de marzo (RJ 2014\2104).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 484/2014, de 11 de junio (RJ 2014\3154).

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

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 385/1996, de 19 de junio (AC 1996\1609).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 286/1997, de 23 de junio (AC 1997\1739).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia núm. 22/1997, de 20 de febrero (AC 1997\373).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 317/2016, de 23 de noviembre (AC 2016\2345).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°2 de Bilbao núm. 217/2016, de 15 de julio (JUR 2016\231307).

X. APÉNDICE DE RESOLUCIONES

Comisión Europea

Decisión C (2007) 512 final de la Comisión, de 21 de febrero de 2007 (Asunto COMP/E-1/38.823 – Ascensores y escaleras mecánicas).

Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 (Asunto AT.39824 – Camiones).

Comisión Nacional de la Competencia y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Expte. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal, resolución de 12 de noviembre de 2009.

Expte. S/0185/09, Bombas de fluidos, resolución de 24 de junio de 2011.

Expte. S/0251/10, Envases Hortofrutícolas, resolución de 2 de diciembre de 2011.

Expte. S/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET, resolución de 28 de abril de 2016.

Expte. S/0506/14 Concesionarios VOLVO, resolución de 12 de julio de 2016.

Expte. SAMAD/09/2014 Concesionarios NISSAN, resolución de 28 de julio de 2016.