



Antitrust

Passing on defense y compensatio lucri cum damno



En el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre aplicación privada del Derecho Antitrust se ha propuesto que los cartelistas puedan defenderse frente a una demanda de indemnización de los daños causados por el cártel alegando que el demandante - ... [\[ver más\]](#)

Por Jesús Alfaro Águila-Real
Socio de CMS Albiñana & Suárez de Lezo

Mercantil

14 de Agosto de 2009

Passing on defense y compensatio lucri cum damno

En el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre aplicación privada del Derecho Antitrust se ha propuesto que los cartelistas puedan defenderse frente a una demanda de indemnización de los daños causados por el cártel alegando que el demandante - comprador del producto cartelizado - no ha sufrido daño como consecuencia del encarecimiento del producto cartelizado porque lo hubiera repercutido en sus precios y, por tanto, hubiera trasladado el incremento del precio a los compradores de su producto (eso sí, imponiendo la carga de la prueba del traslado del incremento del precio a los cartelistas demandados).



Jesús Alfaro Águila-Real,
Socio de CMS Albiñana & Suárez de Lezo



Es la denominada ***passing on defense***. Por ejemplo, el fabricante de caramelos vitaminados no habría sufrido un daño indemnizable como consecuencia del aumento del precio de la vitamina incluida en sus caramelos producto de un cártel entre fabricantes de vitaminas porque habría aumentado, a su vez, el precio de sus caramelos a los [consumidores finales](#).

La regla del libro blanco - que parece que se incluye en el borrador de Directiva - es una mala regla. Contradice la mejor doctrina al respecto. Como ha explicado A. Soler en un reciente artículo en InDret sobre el deber del acreedor de mitigar el daño, "el deber de mitigar excluye del resarcimiento únicamente las pérdidas que no se evitaron *convenientemente adoptando medidas de mitigación exigibles al acreedor del resarcimiento*. No, por tanto, las que el acreedor haya logrado contrarrestar con medidas inexigibles. Este matiz... es esencial en orden a lograr la necesaria desvinculación del deber de mitigar de la que parece ser su "regla de cierre", y que no es sino la figura de la *compensatio lucri cum damno*"

Es difícil de aceptar que elevar el precio del producto en el que se ha utilizado la materia prima cartelizada sea una "**medida exigible**" al fabricante de caramelos vitaminados. Que logre vender más caros sus caramelos no está vinculado causalmente con el aumento de precio de las vitaminas. Y, por tanto, el cartelista no puede alegar el *passing on para reducir el quantum respondeatur*. Y la regla es tanto más sangrante por cuanto el daño ha sido causado, normalmente en los casos de cártel, dolosamente por los cartelistas (en algunos países, producto de un delito).

Soler recuerda un caso inglés que refleja bien la cuestión (Hussey v. Eels [(1990) 2 Q.B. 227]: "*Los demandantes habían adquirido un bungalow creyendo, negligentemente inducidos por los intermediarios, que no había sufrido hundimientos en su superficie. Con este convencimiento pagaron por él un precio que excedía en £17.000 del valor de mercado del inmueble en las circunstancias en que se encontraba. Una vez aclarado el error, decidieron los demandantes solicitar el permiso de obra necesario para reemplazar el citado inmueble por otros dos nuevos, en vez de reparar y revender inmediatamente el inmueble. Tras dos años y medio de gestiones, vendieron el terreno, el bungalow y el permiso de obra en £23.000 más que el precio de compra, y reclamaron al vendedor la indemnización correspondiente. En primera instancia se rechazó la pretensión considerando que, gracias a la reventa efectuada, los demandantes habían mitigado completamente las pérdidas. Esta decisión fue revocada por la Court of Appeal concediendo el resarcimiento pretendido, no sin antes preguntarse, y aquí radica el principal interés del caso, si verdaderamente coincide la causa del daño con la del pretendido lucro, pregunta cuya respuesta, en opinión de Mustill L.J., ha de ser negativa, por entender que el hecho de que la venta, celebrada dos años y medio después de la adquisición, fuera una opción que el incumplimiento del demandado brindó a los demandantes, no es razón suficiente para imputar el beneficio derivado de la misma al incumplimiento*".

Y cita igualmente una Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1998 en la que el Tribunal rechaza compensar los daños causados por el impago de una renta arrendaticia con el beneficio obtenido por el arrendador con la venta posterior del inmueble arrendado. Y, como en el caso inglés, la cuestión es que "**la relación arrendaticia estaba extinguida al tiempo de efectuarse la venta pública, sin que sea relevante, a efectos de las obligaciones arrendaticias asumidas por la recurrente**"

Este problema es un buen ejemplo de los costes de la armonización positiva: podemos acabar con una mala regla igual para todos.

Tomado del Blog de Derecho Mercantil