



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 30 de enero de 2014¹

Asunto C-557/12

KONE AG y otros

[Petición de decisión prejudicial del Oberster Gerichtshof (Austria)]

«Competencia — Prácticas colusorias — Aplicación privada — Demanda de indemnización — Acción indemnizatoria del cliente de una empresa ajena al cártel contra las empresas del cártel por los elevados precios de la primera, aprovechándose del cártel — Efectos paraguas sobre los precios (“umbrella pricing”) — Causalidad inmediata — Principio de efectividad»

I. Introducción

1. El presente procedimiento prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de añadir una piedra más al mosaico de su jurisprudencia sobre la aplicación privada del Derecho europeo de competencia. Se trata de la cuestión, hasta ahora no resuelta en la Unión, de si la responsabilidad civil de los miembros de un cártel se extiende también a la indemnización por los llamados *efectos paraguas sobre los precios* (en inglés, «*umbrella effects*» o «*umbrella pricing*»).

2. Se habla de efectos paraguas sobre los precios cuando una empresa que no ha participado ella misma en un cártel (*empresa ajena al cártel*), aprovechándose de las maquinaciones de éste, fija sus precios «bajo el paraguas que brinda el cártel», consciente o inconscientemente, más elevados de lo que habría sido posible en condiciones de competencia. ¿Exige el Derecho de la Unión que los clientes de la empresa ajena al cártel puedan reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales a los miembros del cártel una indemnización por los precios excesivos de aquélla? ¿O bien puede excluir el Derecho civil nacional esta responsabilidad indemnizatoria por tratarse de perjuicios indirectos, demasiado remotos?

3. Estas cuestiones se suscitan con el trasfondo del cártel de los ascensores, del cual el Tribunal de Justicia ya ha tenido que ocuparse en diversas ocasiones en relación con otros aspectos.² ÖBB-Infrastruktur AG, en su condición de compradora frente a un fabricante *no* implicado en el cártel de los ascensores, adquirió ascensores cuyos precios, en su opinión, al socaire del cártel habían sido fijados más altos de lo que se hubiera podido esperar en condiciones de competencia. Ahora, reclamando una compensación por los perjuicios sufridos, ÖBB-Infrastruktur demanda ante los órganos jurisdiccionales austriacos del orden civil a las cuatro empresas participantes en el cártel de los ascensores.

¹ — Lengua original: alemán.

² — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 6 de noviembre de 2012, *Otis y otros*, «*Otis*», (C-199/11), y de 18 de julio de 2013, *Schindler Holding y otros/Comisión* (C-501/11 P), además de mis conclusiones presentadas el 18 de abril de 2013 en este último asunto.

4. Si se examinase dicha pretensión indemnizatoria únicamente a la luz del Derecho civil austriaco, según informa el órgano jurisdiccional remitente habría de ser desestimada de antemano porque, conforme a los principios vigentes en el Derecho nacional, el efecto paraguas no se puede imputar a los participantes en el cártel. Ahora, el Tribunal de Justicia debe valorar si el Derecho de la Unión se opone a tal exclusión categórica de la responsabilidad de los participantes en el cártel por los efectos paraguas sobre los precios. No cabe duda de que la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia en el presente asunto marcará el futuro desarrollo de la legislación europea en materia de competencia y, en particular, de su aplicación privada.

II. Hechos y litigio principal

A. El cártel de los ascensores

5. En varios Estados miembros de la Unión Europea funcionó durante muchos años el llamado cártel de los ascensores, bajo cuyos auspicios grandes fabricantes europeos de ascensores y escaleras mecánicas (Kone, Otis, Schindler y ThyssenKrupp) celebraban acuerdos contrarios a la competencia. La Comisión Europea descubrió dicho cártel en 2003 y en 2007 impuso multas por las prácticas concertadas que se cometían dentro de él en los mercados belga, alemán, neerlandés y luxemburgués.³

6. En Austria, la autoridad federal de defensa de la competencia y el tribunal de primera instancia de defensa de la competencia procedieron contra el cártel de los ascensores. Las multas impuestas por éste en 2007⁴ fueron confirmadas en 2008 por el Oberster Gerichtshof como tribunal superior de defensa de la competencia.⁵ ThyssenKrupp actuó como beneficiaria de un régimen de clemencia.

7. Según los hechos apreciados por los tribunales austriacos de defensa de la competencia, desde los años ochenta hasta principios de 2004 existió entre los participantes en el cártel un pacto, renovado una y otra vez, para repartirse el mercado de los ascensores y las escaleras mecánicas y que cumplieron en gran medida, si bien no totalmente. El cártel iba dirigido a asegurar a la empresa favorecida en cada caso un precio superior al que habría conseguido en condiciones de competencia. Gracias al cártel se falseó el juego de la competencia y la evolución de los precios que habría tenido lugar en condiciones de competencia.

8. Los participantes en el cartel intentaron coordinarse en relación con una cuota muy superior a la mitad del mercado de nuevas instalaciones en Austria. En más de la mitad de los proyectos mencionados, además se produjo una asignación concertada entre los participantes en el cártel a una de esas empresas. De esta manera, en total fue objeto de pactos concretos entre ellos al menos una tercera parte del volumen del mercado. Aproximadamente dos terceras partes de los proyectos concertados se materializaron conforme al plan previsto. En el tercio restante de los casos se hicieron con el proyecto empresas no pertenecientes al cártel o empresas del cártel que no respetaron el acuerdo y presentaron una oferta más favorable que la pactada.

9. El comportamiento de los participantes en el cártel condujo, en definitiva, a que los precios de mercado prácticamente tampoco variasen y que sus cuotas de mercado apenas se alterasen.

3 — Véanse también las sentencias citadas en la nota 2, Otis, apartados 18 y ss., y Schindler Holding y otros/Comisión, apartados 10 y ss.

4 — Resolución del Oberlandesgericht Wien como Tribunal de Primera Instancia de defensa de la competencia de 14 de diciembre de 2007 (asunto 25 Kt 12/07).

5 — Resolución del Oberster Gerichtshof como Tribunal Superior de defensa de la competencia de 8 de octubre de 2008 (asunto 16 Ok 5/08).

B. La demanda indemnizatoria de ÖBB-Infrastruktur

10. ÖBB-Infrastruktur es una filial de la compañía ferroviaria austriaca Österreichische Bundesbahnen y, como tal, se encarga de la construcción y el mantenimiento de estaciones de tren en toda Austria. En el mercado austriaco de ascensores y escaleras mecánicas, ÖBB-Infrastruktur es un cliente importante.

11. ÖBB-Infrastruktur demandó ante los órganos jurisdiccionales austriacos del orden civil a Kone, Otis, Schindler y ThyssenKrupp reclamándoles más de 8 millones de euros de indemnización. Esencialmente, fundamenta su pretensión en que, debido a las prácticas concertadas del cártel de los ascensores, hubo de pagar unos precios excesivos por los ascensores que adquirió. Se trata de los ascensores que ÖBB-Infrastruktur compró unas veces directamente y otras indirectamente a las empresas participantes en el cártel y otras veces a empresas ajenas al cártel.

12. Es objeto de la presente petición de decisión prejudicial únicamente aquella parte de la demanda indemnizatoria en que ÖBB-Infrastruktur alega que, aprovechándose de las prácticas concertadas del cártel, una empresa ajena a él le facturó unos precios sustancialmente superiores a los que habrían sido posibles en condiciones normales de competencia. Dichos perjuicios los cifra ÖBB-Infrastruktur en cerca de 1,8 millones de euros.

13. La sentencia de primera instancia, en que se desestimó por infundada esa parte de la demanda indemnizatoria,⁶ fue anulada en sus aspectos esenciales por el Oberlandesgericht Wien, en su calidad de tribunal de apelación.⁷ Actualmente, el litigio se encuentra ante el Oberster Gerichtshof (Austria), como órgano jurisdiccional de casación.

14. En opinión del Oberster Gerichtshof, desde el punto de vista jurídico los perjuicios invocados por ÖBB-Infrastruktur no se pueden imputar a las empresas del cártel. Por un lado, no existiría una adecuada relación de causalidad, como requiere el Derecho austriaco, y, por otro, los perjuicios invocados no estarían comprendidos por la finalidad de protección de las normas de la competencia. Sin embargo, en vista del controvertido debate que existe en la doctrina jurídica acerca del correcto tratamiento en Derecho de los efectos paraguas sobre los precios, el Oberster Gerichtshof alberga dudas acerca de si tal resultado deducido únicamente del Derecho civil nacional es compatible con el Derecho de la Unión, especialmente con el principio de efectividad.

III. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

15. Mediante resolución de 17 de octubre de 2012, el Oberster Gerichtshof,⁸ órgano jurisdiccional remitente, planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 101 TFUE (artículo 81 CE, artículo 85 del Tratado CE) en el sentido de que cualquier persona tiene derecho a exigir a los participantes en un cartel una indemnización por los daños causados por una empresa ajena al cartel que, aprovechándose de los excesivos precios del mercado, incrementó los precios de sus propios productos más de lo que hubiera hecho de no existir el cartel (*umbrella pricing*), de manera que el principio de efectividad declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige que el Derecho nacional reconozca el derecho a indemnización?»

6 — Sentencia parcial del Handelsgericht Wien de 19 de septiembre de 2011 (asunto 19 Cg 21/10z-57).

7 — Resolución del Oberlandesgericht Wien como tribunal de apelación de 21 de diciembre de 2011 (asunto 1 R 272/11v-65).

8 — Asunto 7 Ob 48/12b.

16. En la parte escrita del procedimiento prejudicial han intervenido, por un lado, ÖBB-Infrastruktur, como demandante en el procedimiento principal, y, por otro, Kone, Otis, Schindler y ThyssenKrupp, como demandadas en el procedimiento principal, además del Gobierno austriaco, el Gobierno italiano y la Comisión Europea. Con excepción de los dos Gobiernos mencionados, todas esas partes presentaron alegaciones también en la vista celebrada el 12 de diciembre de 2013.

IV. Apreciación

17. En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta por la interpretación del artículo 101 TFUE, si bien a los artículos 81 CE y 85 del Tratado CE sólo parece referirse a título subsidiario. Sin embargo, dado que las maquinaciones del cártel tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, parte de ellas durante la vigencia del artículo 81 CE y parte incluso aún durante la vigencia del artículo 85 de los Tratados CEE y CE, para responder a la petición de decisión prejudicial sólo son pertinentes estas dos últimas disposiciones. No obstante, mis reflexiones pueden servir perfectamente también para el artículo 101 TFUE, de contenido prácticamente idéntico.

18. Según asentada jurisprudencia, los perjudicados por un cártel comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE o del artículo 85 de los Tratados CEE y CE pueden reclamar una indemnización a las empresas pertenecientes al cártel.⁹ No obstante, aún no está claro si dichos derechos indemnizatorios incluyen también los perjuicios derivados de los incrementos de precios realizados por empresas ajenas al cártel por encima del nivel que se habría podido esperar en condiciones de competencia, es decir, incrementos atribuibles a los efectos paraguas. En la literatura especializada es un tema controvertido.¹⁰ Por eso no sorprende especialmente que también las partes del presente litigio defiendan posturas extremadamente diversas al respecto, pues las consecuencias económicas serían considerables.

19. Desde el punto de vista jurídico es una cuestión de *causalidad* si los participantes en el cártel deben responder civilmente también por los efectos paraguas sobre los precios. Se suscita la cuestión de si entre el cártel y los perjuicios atribuibles a los efectos paraguas causados por el cártel existe una relación suficientemente estrecha o si se trata de unos perjuicios remotos, cuyo resarcimiento no puede razonablemente imponerse a los miembros del cártel.

20. A continuación voy a exponer, en primer lugar, que el problema de la responsabilidad civil de los participantes en el cártel por los efectos paraguas sobre los precios es una cuestión de Derecho de la Unión y no una cuestión de Derecho nacional (véase la sección A siguiente). En un segundo paso me ocuparé de los requisitos jurídicos concretos que en el Derecho de la Unión se pueden imponer para determinar la causalidad entre un cártel y los efectos paraguas sobre los precios (sección B).

9 — Sentencias de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan (C-453/99, Rec. p. I-6297), apartados 25 y 26; de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros, «Manfredi», (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619), apartados 60 y 61; de 14 de junio de 2011, Pfeleiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 28; Otis, citada en la nota 2, apartados 41 y 43, y de 6 de junio de 2013, Donau Chemie y otros, «Donau Chemie» (C-536/11), apartado 21.

10 — Sobre el estado de opinión a uno y otro lado del Atlántico, véanse, entre otros muchos, R. D. Blair y V. G. Maurer, «Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis», en: *Utah Law Review* 1982, p. 763; J.M. Lave, «Umbrella Standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims», en: *Antitrust Bulletin* 48 (2003), p. 223; F.W. Bulst, «Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht», Baden-Baden, 2006, p. 255; F. W. Bulst, en: W. Möschel y F. Bien (coord.), *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen*, Baden-Baden, 2010, pp. 225 y ss., especialmente pp. 242 y 243; G. Meeßen, «Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines europäischen Kartelldeliktsrechts», Tubinga, 2011, pp. 256 y 257; I. Hartung, «'Umbrella claims': Schadenersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen?», en: *ecolex* 2012, p. 497; H. Beth y C.-M. Pinter, «Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren», en: *Wirtschaft und Wettbewerb* (WuW) 2013, p. 228; R. Inderst, F. Maier-Rigaud y U. Schwalbe, «Umbrella Effects», en: *IESEG Working Paper Series* 2013-ECO-17.

A. Responsabilidad civil de los participantes en el cártel por los efectos paraguas: un problema de Derecho de la Unión

21. El órgano jurisdiccional remitente y muchos de los intervinientes en el procedimiento consideran que la responsabilidad civil de los participantes en el cártel por los efectos paraguas sobre los precios se rige primordialmente por el Derecho nacional, y que desde el punto de vista del Derecho de la Unión, a lo sumo, los principios de equivalencia y efectividad pueden poner límites a la facultad de apreciación de los Estados miembros. Kone alude a este respecto también al principio de subsidiariedad.

22. De hecho, esta postura a primera vista parece hallar sustento en la sentencia Manfredi, en que el Tribunal de Justicia se refirió a la facultad de «regular las modalidades de ejercicio» del derecho a indemnización, incluida la de aplicar el concepto de «relación de causalidad», diciendo que «corresponde al ordenamiento jurídico interno», y advirtió a ese respecto la necesidad de respetar los principios de equivalencia y de efectividad.¹¹

23. Sin embargo, considerada con mayor detenimiento, tanto la sentencia Manfredi como otras sentencias más recientes del Tribunal de Justicia revelan que, en el actual estado, no se trata tanto de que la *existencia* de derechos indemnizatorios (es decir, *si* se ha de conceder la indemnización) dependa de la legislación nacional, sino de las *particularidades* de la aplicación y las *modalidades* de la concreta realización de esos derechos (es decir, *cómo* se ha de conceder la indemnización); en particular, por tanto, las competencias, el procedimiento, los plazos y la práctica de la prueba.¹²

24. No obstante, el principio de que toda persona puede reclamar el resarcimiento de los perjuicios sufridos cuando exista una relación causal entre éstos y una infracción de las normas de la competencia se deduce del propio Derecho de la Unión, concretamente de la prohibición de prácticas colusorias que contienen el artículo 81 CE o el artículo 85 de los Tratados CEE y CE (actualmente, artículo 101 TFUE).¹³ Esta consagración inmediata en el Derecho de la Unión es común a la responsabilidad civil de las empresas por sus infracciones de la prohibición de prácticas colusorias y a la responsabilidad de los Estados miembros por sus infracciones del Derecho de la Unión,¹⁴ pese a todas las diferencias conceptuales que puedan existir entre ambos instrumentos.¹⁵

25. Tal como ha subrayado acertadamente el Gobierno italiano, el hecho de que la obligación de reparar los daños que incumbe a los participantes en un cártel sea un principio genuino del Derecho de la Unión se deduce, entre otros, de la naturaleza jurídica y del significado de la mencionada prohibición de prácticas colusorias: dicha prohibición rige directamente entre particulares, genera obligaciones de Derecho primario para todas las empresas que operen en el mercado interior y puede

11 — Sentencia Manfredi, citada en la nota 9, apartados 64 y 92.

12 — Sentencias Courage y Crehan, apartado 29; Manfredi, apartados 62, 64 y 77; Pfeiderer, apartado 30, y Donau Chemie, apartado 25; citadas en la nota 9.

13 — Véanse al respecto las sentencias Courage y Crehan, apartados 25 y 26, y Manfredi, apartados 60 y 61, citadas en la nota 9. También lo reconoce así la Comisión en su propuesta de 11 de junio de 2013 de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, COM(2013) 404 final (en lo sucesivo, «Propuesta de Directiva»), donde habla del «derecho de la Unión a indemnización por el perjuicio ocasionado por las infracciones del Derecho de la competencia de la Unión» (véase el undécimo considerando de la Directiva propuesta).

14 — Sobre la responsabilidad de los Estados miembros, véanse las fundamentales sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartados 35 a 37, y de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartado 31.

15 — Véanse también las conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 27 de octubre 1993 en el asunto Banks (sentencia de 13 de abril de 1994, C-128/92, Rec. p. I-1209), puntos 36 a 45.

ser invocada por cualquier persona.¹⁶ La plena eficacia práctica (*effet utile*) de la prohibición de prácticas colusorias se vería menoscabada si no toda persona pudiera exigir la indemnización de los perjuicios por ella sufridos a causa de las infracciones cometidas por empresas del artículo 81 CE o del artículo 85 de los Tratados CEE y CE (actualmente, artículo 101 TFUE).¹⁷

26. Por ello, en su sentencia Manfredi el Tribunal de Justicia reconoció el «derecho de toda persona a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia», sin condicionar en modo alguno la existencia de dicho derecho al Derecho nacional de los Estados miembros.¹⁸

27. Pero no se quedó ahí: de la sentencia Manfredi se desprende que están predeterminados por el Derecho de la Unión tanto el círculo de personas que pueden reclamar a los participantes en el cártel la reparación de los perjuicios causados por la vulneración de la mencionada prohibición de prácticas colusorias («toda persona») como también las clases de perjuicios que, en su caso, han de resarcir dichos participantes. Por lo tanto, ya se ha aclarado que los perjudicados deben poder solicitar reparación del daño emergente, además del lucro cesante, así como el pago de intereses.¹⁹

28. Trasladado al presente asunto, todo esto permite concluir que la problemática de la responsabilidad civil de los participantes en el cártel por los efectos paraguas sobre los precios es una cuestión de Derecho de la Unión. En efecto, si se trata de determinar si los miembros de un cártel deben reparar los daños ocasionados por los efectos paraguas, la cuestión no se refiere sólo a las modalidades del ejercicio y cálculo de las acciones indemnizatorias y a la práctica de la prueba ante los órganos jurisdiccionales nacionales (es decir, el «cómo» de la indemnización), sino que en el centro de interés se sitúa la cuestión, mucho más fundamental, de si puede exigirse responsabilidad civil a los participantes en el cártel por ese tipo de daños y si pueden ser demandados por personas que no fueron compradores suyos, ni directa ni indirectamente (es decir, *si* procede la indemnización). Esta cuestión no se puede dejar únicamente a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

29. Si los criterios jurídicos en virtud de los cuales los órganos jurisdiccionales nacionales aprecian la responsabilidad civil de los participantes en un cártel en el sentido del artículo 81 CE o del artículo 85 de los Tratados CEE y CE por determinados tipos de daños y frente a determinadas personas variasen sustancialmente de unos Estados miembros a otros, existiría el riesgo de diferencia de trato entre los operadores económicos. Y esto sería contrario no sólo a la aspiración básica del Derecho europeo de competencia, de crear un entorno marco lo más uniforme posible para todas las empresas que operen en el mercado interior («*level playing field*»),²⁰ sino que también invitaría al «*forum shopping*».

30. En conclusión, el objetivo de una aplicación uniforme y efectiva de las reglas de la competencia del mercado interior europeo exige dar una respuesta uniforme en toda la Unión a la cuestión fundamental de si los perjuicios causados por los efectos paraguas sobre los precios deben ser reparados o no por los participantes en el cártel.

16 — Véanse las sentencias Courage y Crehan, apartados 19 y 23, y Manfredi, apartados 39 y 57, citadas en la nota 9, y la jurisprudencia citada.

17 — Sentencias Courage y Crehan, apartado 26, y Manfredi, apartados 60, 89 y 90, citadas en la nota 9.

18 — Sentencia Manfredi, citada en la nota 9, apartado 95.

19 — Sentencia Manfredi, citada en la nota 9, apartados 95 y 96.

20 — Sobre el concepto de «*level playing field*» véanse, por ejemplo, mis conclusiones presentadas el 29 de abril de 2010 en el asunto Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión (sentencia de 14 de septiembre de 2010, C-550/07 P, Rec. p. I-8301), punto 169; el 8 de septiembre de 2011 en el asunto Toshiba Corporation y otros (sentencia de 14 de febrero de 2012, C-17/10), punto 118; el 6 de septiembre de 2012 en el asunto Expedia (sentencia de 13 de diciembre de 2012, C-226/11), punto 37, y el 28 de febrero de 2013 en el asunto Schenker y otros (sentencia de 18 de junio de 2013, C-681/11), punto 48.

B. Exigencias del Derecho de la Unión a la apreciación de la causalidad

31. Queda por examinar qué exigencias concretas se pueden imponer, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, a la apreciación de la causalidad entre un cártel y los eventuales efectos paraguas sobre los precios.

32. Tal como muestra la expresión utilizada por el propio Tribunal de Justicia («toda persona»), la obligación de indemnizar de los participantes en el cártel no puede interpretarse restrictivamente. Un cártel puede causar daños sustanciales no sólo en el entorno estricto de los que participan en él, sino de manera mucho más amplia. Por eso, no sería adecuado restringir el ámbito de personas legitimadas para ejercer la acción de tal manera que, de antemano, sólo pudieran reclamar una indemnización determinados operadores económicos (por ejemplo, los que hubiesen celebrado contratos con los participantes en el cártel o los compradores directos o indirectos de sus productos o servicios). Si se hiciese así, no quedaría garantizada la plena eficacia de la prohibición de prácticas colusorias del Derecho de la Unión.

33. Por otro lado, es perfectamente legítimo imponer a la prueba de la causalidad unos criterios que impidan llegar a una obligación ilimitada de indemnizar para los participantes en el cártel por todo tipo de perjuicios, por remotos que sean, cuya causa haya podido ser su comportamiento contrario a la competencia en el sentido de *conditio sine qua non* (también llamada «causalidad equivalente» o «causalidad *but for*»).

34. Así, en cuanto a la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión con arreglo al artículo 340 TFUE, apartado 2, conforme a reiterada jurisprudencia es necesaria una *relación de causalidad suficientemente directa* entre la conducta dañosa y los perjuicios invocados.²¹ Precisamente este criterio, por razones de coherencia, debería aplicarse también a todos los demás casos en que se trate de acciones indemnizatorias por infracciones del Derecho de la Unión, ya sean dichas acciones ejercitadas por particulares contra Estados miembros²² o (como aquí sucede) entre particulares para reclamar la responsabilidad civil de los participantes en un cártel por los perjuicios causados por éstos en el mercado.²³

35. Obviamente, el mencionado criterio de la inmediatez también requiere ser precisado. Para poder concretar qué se ha de entender exactamente por «causalidad suficientemente directa» es necesario adoptar un punto de vista normativo, como suele hacerse en los ordenamientos jurídicos civiles nacionales en relación con las respectivas reglas de la responsabilidad extracontractual.²⁴ La terminología utilizada a este respecto («*legal causation*», «causalidad adecuada», etc.) puede diferir de un ordenamiento jurídico a otro, pero en lo sustancial se trata de las mismas consideraciones esenciales, que subyacen también al concepto de la causalidad suficientemente directa.

21 — Véase la fundamental sentencia de 4 de octubre de 1979, Dumortier y otros/Consejo (64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 y 45/79, Rec. p. 3091), apartado 21: «de manera suficientemente directa»; véanse, además, las sentencias de 30 de abril de 2009, CAS Succhi di Frutta/Comisión (C-497/06 P, no publicada en la Recopilación), apartado 67, y de 18 de marzo de 2010, Trubowest Handel y Makarov/Consejo y Comisión (C-419/08 P, Rec. p. I-2259), apartado 53.

22 — Sentencias Brasserie du pêcheur y Factortame, citada en la nota 14, apartado 51, y de 14 de marzo de 2013, Leth (C-420/11), apartado 41.

23 — Después de que ya el Abogado General Van Gerven se pronunciase a favor de él en sus conclusiones presentadas en el asunto Banks, citadas en la nota 15, puntos 49 a 54, el criterio de la causalidad inmediata ha sido acogido expresamente en la jurisprudencia sobre la obligación de indemnizar por los participantes en el cártel, de forma reciente en la sentencia Otis, citada en la nota 2, apartado 65.

24 — En este mismo sentido apuntan las reflexiones del Grupo de estudio para un Código civil europeo según las cuales los perjuicios que se han de reparar en virtud de la responsabilidad extracontractual deben ser «perjuicios jurídicamente relevantes»: «[...] loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention [...]»; véase C. von Bar y E. Clive, «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference», Múnich, 2009, vol. 4, libro VI, capítulo 2, VI.-2:101.

36. A este respecto procede destacar, en primer lugar, que la causalidad directa no se puede identificar con una causalidad exclusiva. El hecho, subrayado por el órgano jurisdiccional remitente y por algunos intervinientes en el procedimiento, de que la fijación de los precios por una empresa no perteneciente al cártel constituye una decisión empresarial libre de ésta no puede ser, por sí solo, determinante para negar la imputación a los participantes en el cártel de los perjuicios que puedan deberse a los efectos paraguas sobre los precios. Por el contrario, para admitir la causalidad inmediata basta que el cártel haya sido, al menos, *co-causante* de los efectos paraguas.²⁵

37. La jurisprudencia de los tribunales de la Unión no aprecia en absoluto de manera general una interrupción de la cadena causal por el hecho de que la actuación de un tercero contribuya causalmente, junto con otras causas, a los daños producidos. Por el contrario, atiende siempre a las circunstancias concretas de cada caso.²⁶ En casos como el presente, soy del parecer de que la cadena causal que se retrotrae hasta el cártel no se interrumpe con la entrada en escena de la empresa ajena a él, sino que continúa, precisamente, cuando esta última al fijar los precios se orienta (también) por la situación actual del mercado y al hacerlo se aprovecha (de forma perfectamente previsible)²⁷ del alza de los precios causada por el cártel.

38. Una breve consideración de otra problemática relacionada con la que aquí nos ocupa demuestra hasta qué punto es irrelevante la libertad de la decisión empresarial de la empresa no perteneciente al cártel: la responsabilidad civil de los participantes en el cártel por los daños sufridos por sus compradores indirectos (es decir, los clientes de sus clientes). También en dicho contexto, la realización del daño para el comprador indirecto depende exclusivamente de la libre decisión empresarial de un tercero (el comprador intermedio), pues sólo cuando éste repercute a sus propios clientes los precios de los participantes en el cártel, inflados en contra de la competencia, sufren el daño los compradores indirectos. Las prácticas concertadas de los miembros del cártel, por tanto, no son la única causa del daño sufrido por sus compradores indirectos. Y a pesar de ello recientemente se ha impuesto la opinión de que tales daños también deben ser reparados.²⁸

39. También en relación con los daños aquí controvertidos, debidos a los efectos paraguas sobre los precios, sería un error exigir una causalidad exclusiva como requisito para la responsabilidad civil de los participantes en el cártel. Los precios rara vez tienen una única causa. Pero esto no excluye que los participantes en el cártel que (como aquí sucede) hayan contribuido con sus prácticas concertadas a falsear los mecanismos normales de formación de los precios en el mercado deban responder por los perjuicios causados con ello.

40. Dicho esto, con el criterio de la causalidad suficientemente directa se pretende asegurar, por un lado y en lo que al contenido se refiere, que una persona sólo deba responder, como consecuencia de su comportamiento ilícito, por los daños cuya materialización razonablemente pudiera prever (véase a continuación la sección 1), y, por otro, que una persona sólo deba reparar los daños cuyo resarcimiento sea conforme con los objetivos de la norma por él vulnerada (véase la sección 2).

25 — A diferencia, probablemente, del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, que en sus conclusiones presentadas el 3 de febrero de 2009 en el asunto Comisión/Schneider Electric (sentencia de 16 de julio de 2009, C-440/07, Rec. p. I-6413), punto 140, exigió que el daño reclamado derivase «del acto ilegal de manera directa, inmediata y *exclusiva*» (la cursiva es mía). Que se aprecie, esta fórmula especialmente estricta nunca halló acogida en la jurisprudencia de los tribunales de la Unión.

26 — Véanse, por un lado, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, Comisión/Schneider Electric (C-440/07 P, Rec. p. I-6413), apartado 222, y CAS Succhi di Frutta/Comisión, citada en la nota 21, apartados 61 y 62; de 28 de febrero de 2013, Inalca y Cremonini/Comisión (C-460/09 P), apartado 120, y la sentencia del Tribunal General de 20 de julio de 2012, Interspeed/Comisión (T-587/10), apartado 40, en las que se apreció una interrupción de la cadena causal, y, por otro lado, la sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2005, CD Cartondruck/Consejo y Comisión (T-320/00, no publicada en la Recopilación), apartado 177, en que se negó tal interrupción.

27 — Sobre la previsibilidad del comportamiento de las empresas ajenas al cártel, véanse, con más detalle, los puntos 41 a 52 de las presentes conclusiones.

28 — En el plano nacional, véase en particular la sentencia del Bundesgerichtshof (Alemania) de 28 de junio de 2011, «ORWI» (KZR 75/10, BGHZ 190, 145). En el mismo sentido se ha pronunciado también el Oberster Gerichtshof en el presente caso (resolución de 17 de octubre de 2012, Az. 7 Ob 48/12b). Y lo mismo cabe decir de la Propuesta de Directiva de la Comisión (véanse, sobre todo, los considerandos undécimo y trigésimo tercero y los artículos 12 y 13 de la Directiva propuesta).

1. Previsibilidad de los daños causados por los efectos paraguas sobre los precios

41. En primer lugar, procede aclarar en qué circunstancias son previsibles para los participantes en un cártel los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios. En otras palabras, se trata de la cuestión de si entre los mencionados daños y las prácticas ilegales del cártel puede existir una *causalidad adecuada*.

42. Son previsibles (o producidos por una causalidad adecuada) todos los daños con cuya materialización razonablemente deban contar los participantes en el cártel según la experiencia general, en contraposición a los daños debidos a un encadenamiento totalmente extraordinario de circunstancias y, por tanto, a un desarrollo causal atípico.

43. El órgano jurisdiccional remitente (al igual que Kone, Otis, Schindler y ThyssenKrupp y el Gobierno austriaco) considera que los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios no eran suficientemente previsibles para los participantes en el cártel, por lo que no pudieron ser ocasionados por ellos con una causalidad adecuada. A su parecer, los efectos paraguas sobre los precios son tan sólo un «efecto colateral» del cártel.

44. Procede rechazar esta alegación.

45. Aunque es cierto que para la fijación de los precios por las empresas ajenas al cártel pueden ser determinantes múltiples factores que afecten a su libre decisión empresarial,²⁹ por sí solo ese hecho no excluye la previsibilidad para los participantes en el cártel de los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios.

46. En efecto, en una economía de mercado es un proceder habitual de las empresas observar atentamente la evolución del mercado y no pasarla por alto al tomar sus propias decisiones comerciales. En este contexto, no es en absoluto imprevisible ni sorprendente que las empresas ajenas al cártel fijen sus respectivos precios atendiendo al comportamiento de los miembros del cártel en el mercado, tanto si conocen sus prácticas contrarias a la competencia como si no. Antes bien, se puede decir que ésa es la forma normal de hacer las cosas.

47. Y se puede afirmar aún con mayor motivo cuando los participantes en el cártel (como aquí sucede), gracias a su gran cuota de mercado conjunta, abarcan una parte significativa del mercado relevante³⁰ y también sus prácticas contrarias a la competencia afectan a una parte sustancial de éste,³¹ lo que en ningún caso requiere que tengan poder de manipulación sobre la parte del león del mercado. Cuanto mayor sea la importancia del cártel en el mercado relevante, más probable es que éste influya sustancialmente en el nivel de los precios de dicho mercado en su conjunto y menor será la probabilidad de que las personas ajenas al cártel puedan influir significativamente en los precios de mercado con sus propios impulsos.

48. Sin duda, para las empresas ajenas al cártel será más fácil orientarse por la conducta comercial de las empresas del cártel al fijar sus propios precios cuanto más homogéneo y transparente sea el mercado objetivamente relevante. Pero de ahí no se puede deducir *a sensu contrario* que en mercados poco homogéneos y poco transparentes con productos hechos a medida (como pasa, por ejemplo, con algunos de los ascensores y escaleras mecánicas de que aquí se trata) nunca pueda esperarse que el

29 — Entre ellos pueden estar, por ejemplo, la estrategia empresarial (impulsar una imagen de marca, estrategias de precios «premium», etc.) y la personalidad de la empresa, pero también el poder de la demanda de los clientes.

30 — Según las alegaciones, no contestadas, de ÖBB-Infrastruktur, en el cártel de los ascensores en Austria participaban los mayores productores del sector, que disponían de una cuota de mercado conjunta de en torno al 80 %.

31 — Según los hechos apreciados en el litigio principal, al menos una tercera parte del volumen del mercado fue objeto de acuerdos concretos entre las empresas del cártel, y en Austria incluso se intentó llegar a una coordinación para mucho más de la mitad del volumen de mercado de nuevas instalaciones (véase el punto 8 de las presentes conclusiones).

cártel cause ningún tipo de efectos paraguas sobre los precios.³² En efecto, también en ese tipo de mercados existe la tendencia habitual de que los operadores atentos conozcan perfectamente el nivel de precios reinante y el comportamiento que muestran los distintos proveedores que operan en el mercado.

49. Esta conclusión no se ve afectada tampoco por el hecho de que los ascensores y escaleras mecánicas, sobre todo en el caso de grandes contratos con el sector público, se adquieran con frecuencia en procedimientos de licitación, pues los resultados de dichos procedimientos, como ha alegado sin contestación ÖBB-Infrastruktur, nunca se ocultan a los demás operadores del mercado,³³ de manera que en futuros contratos los pueden utilizar como referencia del nivel de precios imperante.

50. Puede ser que una empresa ajena al cártel y con recursos no ocupados se vea tentada a establecer sus propios precios por debajo de los precios del cártel, para así ganar cuota de mercado a costa de los participantes en el cártel. Pero incluso en ese caso sigue existiendo para ella un considerable estímulo para exigir a sus clientes un precio mayor del que hubiera sido posible en condiciones de competencia. Por ejemplo, pongamos que el precio del cártel está en 120 y el precio que se conseguiría en condiciones de competencia sería de 100; en tal caso, la empresa ajena al cártel podría fijar su precio, por ejemplo, en 110. Tal forma de proceder no sería en absoluto extraña, sino económicamente razonable y, en cualquier caso, nada imprevisible para las empresas del cártel.

51. Por el contrario, para el éxito de los pactos contrarios a la competencia entre las empresas participantes en el cártel sería de gran interés que también se inflasen los precios de las empresas ajenas a él y se aproximasen a los de ellas mismas. En efecto, cuanto más crezcan los precios en general, mucho más fácil será que los precios aplicados por las empresas del cártel se impongan de forma permanente en el mercado. También este motivo sugiere la conclusión de que una empresa del cártel que actúe de forma racional y lleve hasta el último término la lógica de sus prácticas contrarias a la competencia no puede sorprenderse por los efectos paraguas sobre los precios, sino que debe contar precisamente con que esos efectos se produzcan. A ello ha hecho referencia con acierto ÖBB-Infrastruktur.

52. Por todo lo anterior, procede considerar que los daños causados por los efectos paraguas sobre los precios no son unos daños cuya aparición sea siempre atípica o imprevisible para los participantes en el cártel. Sería incompatible con la eficacia práctica del artículo 81 CE o del artículo 85 de los Tratados CEE y CE (actualmente, artículo 101 TFUE) excluir de antemano la reparación de dichos daños remitiéndose a una concepción relativamente estricta del criterio de la causalidad adecuada.

2. Compatibilidad de la reparación de los daños debidos a los efectos paraguas con los objetivos de la normativa de competencia vulnerada

53. En segundo lugar, procede analizar ahora si la reparación de los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios es compatible con los objetivos del artículo 81 CE o del artículo 85 de los Tratados CEE y CE (actualmente, artículo 101 TFUE).

32 — En el mismo sentido, véase H. Beth y C.-M. Pinter, WuW 2013, pp. 228 y ss., especialmente, p. 232: «Tampoco con esas diferencias entre los productos son improbables los efectos paraguas sobre los precios, aunque serán de menor intensidad que cuando haya un alto grado de homogeneidad.»

33 — ÖBB-Infrastruktur se ha referido a este respecto a la normativa vigente en Austria sobre la apertura de las ofertas en el marco de un procedimiento de licitación.

54. El órgano jurisdiccional remitente (al igual que Kone, Otis, Schindler y ThyssenKrupp y el Gobierno austriaco) expone la opinión de que los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios no están comprendidos por la finalidad de protección de las normas europeas sobre la competencia. A su parecer, a los participantes en el cártel no se les puede reclamar dichos daños por vía civil, pues no existe «relación de antijuridicidad».

55. Tampoco este argumento resulta convincente.

56. El objetivo de las normas de competencia que contienen los artículos 81 CE y 82 CE o los artículos 85 y 86 de los Tratados CEE y CE (actualmente, artículos 101 TFUE y 102 TFUE) es la creación y el mantenimiento de un sistema de competencia no falseada en el mercado interior europeo. A esta aspiración, fundamental para el proyecto europeo,³⁴ sirven tanto los mecanismos de aplicación privados como los públicos del Derecho de competencia.

57. Resulta difícil sostener que precisamente el reconocimiento de una responsabilidad civil de los participantes en el cártel por los daños causados por los efectos paraguas sobre los precios sea incompatible con los mencionados objetivos. Como voy a desarrollar a continuación, tal obligación de indemnizar halla fácilmente cabida en el sistema en que se aplican las normas europeas de competencia [véase la letra a) *infra*], y además es adecuada para subsanar las consecuencias negativas que para los demás operadores económicos (en particular, los consumidores) tienen las infracciones de la competencia cometidas por los participantes en el cártel [letra b), más adelante].

a) Inserción en el sistema de aplicación de las normas de competencia

58. En primer lugar procede ocuparse de la cuestión de si, en general, es compatible con el sistema en que se aplican en la Unión Europea las normas de competencia de los Tratados una obligación de Derecho civil a cargo de los participantes en un cártel de indemnizar los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios.

59. Es un hecho reconocido que la aplicación de las normas europeas de competencia se asienta sobre dos pilares. Por un lado, se trata de la aplicación pública por medios represivos, que compete a las autoridades de defensa de la competencia (también llamada «*public enforcement*»), y, por otro, de la aplicación privada basada en la iniciativa de los particulares y con los medios del Derecho civil (denominada también «*private enforcement*»).³⁵

60. Para garantizar la eficacia práctica de las normas de competencia es indispensable que tanto el sistema de aplicación pública como el de aplicación privada encuentren el mejor desarrollo posible.³⁶ La vigencia efectiva de las normas de competencia quedaría gravemente debilitada si, en relación con determinados fenómenos como los efectos paraguas sobre los precios, se renunciase de antemano a los medios de la aplicación privada y a ese respecto se confiase sólo en la pública, como parecen plantearse algunos miembros del cártel de los ascensores.

34 — Sentencia Courage y Crehan, citada en la nota 9, apartados 20 y 21. Sobre la relevancia de las normas europeas en materia de competencia para el funcionamiento del mercado interior, véase también la sentencia de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Rec. p. I-3055), apartado 36; y, referidas a la situación legal tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las sentencias de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera (C-52/09, Rec. p. I-527), apartado 20, y de 17 de noviembre de 2011, Comisión/Italia (C-496/09, Rec. p. I-11483), apartado 60.

35 — Sentencias Courage y Crehan, citada en la nota 9, apartado 27; Pfeleiderer, citada en la nota 9, apartado 29; Otis, citada en la nota 2, apartado 42, y Donau Chemie, citada en la nota 9, apartado 23.

36 — En este sentido, sentencias Courage y Crehan, citada en la nota 9, apartado 26; Manfredi, citada en la nota 9, apartados 60, 89 y 90, y Otis, citada en la nota 2, apartado 41. Sobre la trascendencia de la aplicación privada, véase también el Libro blanco «Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», presentado por la Comisión Europea el 2 de abril de 2008 [COM(2008) 165 final]. En su Libro blanco la Comisión propone medidas dirigidas a «crear, en la esfera privada, un sistema efectivo de aplicación [del Derecho de la competencia] mediante acciones para la reparación de daños que complementen, pero no sustituyan ni pongan en peligro, la aplicación pública» (página 4, apartado 1.2). También el Tribunal de la AEJC ha tenido recientemente ocasión de referirse a la relevancia de la aplicación privada del Derecho de la competencia y de señalar que ésta es de interés general (sentencia de 21 de diciembre de 2012, DB Schenker/Órgano de Vigilancia de la AEJC, E-14/11, apartado 132).

61. Obviamente, el conjunto de instrumentos de la aplicación privada (como también el de la pública) debe configurarse y emplearse de tal manera que su uso no resulte contraproducente con vistas a la efectividad de las normas de competencia. Pero, al contrario que ThyssenKrupp, yo no tengo la impresión de que la inclusión de los efectos paraguas en la responsabilidad civil de los participantes en el cártel pueda ofrecer estímulos totalmente desacertados que, en último término, generen más perjuicios que beneficios para la aplicación de las normas de competencia.

62. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia fue objeto de debate en la fase escrita y en la vista la posible interrelación entre la responsabilidad civil, por un lado, y los programas de clemencia de la Comisión Europea y las autoridades nacionales de defensa de la competencias, por otro.

63. Es posible que la perspectiva de una reclamación civil por los operadores económicos perjudicados pueda disuadir, tal vez, a algunas empresas del cártel de poner las cartas sobre la mesa y de colaborar con las autoridades de defensa de la competencia. Pero ¿puede ser éste un motivo para pasar por alto totalmente los intereses legítimos de los perjudicados y consistentes en el resarcimiento financiero? Sin duda, es conveniente allanar mediante programas de clemencia el camino de regreso hacia la legalidad para los participantes en el cártel y contribuir al esclarecimiento de infracciones, pero esto no puede hacerse a costa de los legítimos intereses de otros operadores económicos.

64. En un eventual procedimiento de daños y perjuicios puede estar justificado tener en cuenta debidamente la condición de testigo principal de una empresa y recurrir principalmente a otras empresas del cártel a la hora de satisfacer las pretensiones indemnizatorias, como también propone la Comisión.³⁷ A mi parecer, sin embargo, sería erróneo deducir de un supuesto «efecto paralizante» de los programas de clemencia en cuanto a la reparación de los daños (en caso de que sea posible medirlo) una exclusión categórica de toda responsabilidad civil de las empresas del cártel por los efectos paraguas sobre los precios.

65. Y esto es así con mayor motivo si se considera que una práctica restrictiva en la concesión de indemnizaciones redundaría fundamentalmente en beneficio de aquellos que hubiesen participado en prácticas contrarias a la competencia o que se planteasen hacerlo. En efecto, para ellos el riesgo financiero que implica pertenecer a un cártel sería tanto más fácil de calcular cuanto menos expuestos estuvieran a demandas indemnizatorias en caso de ser descubiertos. Si se ofreciese a los participantes en el cártel la seguridad de no tener que responder nunca por los efectos paraguas sobre los precios, eso constituiría un incentivo adicional para continuar con sus prácticas contrarias a la competencia. Se invertiría el efecto disuasorio que se asocia y que se persigue expresamente con los mecanismos de aplicación privada frente a las empresas³⁸ que estén considerando violar las reglas del juego que rigen en el mercado interior europeo.

66. A diferencia de lo que parece opinar Kone, los objetivos del Derecho europeo de competencia no se pueden reducir a que las empresas que operan en el mercado interior puedan ejercer su actividad económica de la manera más ventajosa posible en cuanto a costes. En una Unión de Derecho que se plantee el objetivo de hacer realidad una economía social de mercado altamente competitiva (artículo 3 TUE, apartado 3), son un valor en sí mismos unos mercados operativos con una competencia sin falseamientos, más allá de toda consideración coste-beneficio.

37 — En el artículo 11 de su Propuesta de Directiva y en el vigésimo octavo considerando sugiere la Comisión que las empresas que se hayan beneficiado de la dispensa del pago de las multas decretada por una autoridad de competencia en el marco de un programa de clemencia puedan gozar de ciertos privilegios también en cuanto a la responsabilidad civil.

38 — Aunque la Comisión en la vista haya intentado menospreciar la relevancia de este efecto disuasorio, el Tribunal de Justicia sí le otorga una importancia considerable en su reiterada jurisprudencia; véanse las sentencias Courage y Crehan, apartado 27; Manfredi, apartado 91; Pfleiderer, apartado 28, y Donau Chemie, apartado 23, todas ellas citadas en la nota 9.

67. Por lo demás, no resulta creíble que precisamente unas empresas que manipulan el desarrollo del mercado y mantienen unos precios artificialmente altos alerten de los elevados costes que pueden sufrir los operadores económicos y evoquen el peligro que supondría para la eficiencia de los mercados que no se eximiera a los participantes en un cártel frente a determinadas pretensiones indemnizatorias. La manera más eficaz de protegerse a sí mismos los participantes en el cártel frente al coste que implicarían las posibles acciones indemnizatorias sería abstenerse de antemano de toda infracción de las normas de la competencia. En cambio, salvarlos de dichas acciones solamente serviría para que otros operadores económicos, especialmente los clientes perjudicados, hubiesen de asumir las consecuencias económicas de las prácticas concertadas del cártel.

68. Especialmente curioso suena en este contexto también el argumento de ThyssenKrupp de que la responsabilidad civil de los participantes en el cártel por los efectos paraguas sobre los precios podría «ir en detrimento de la competencia en el mercado» porque, ante los riesgos de responsabilidad que se cernirían sobre ellas, algunas empresas podrían verse disuadidas de operar en ese mercado.³⁹ A este respecto basta decir lo siguiente: El modelo de actuación en el mercado interior han de ser las empresas que se atienen a las normas de la competencia, no las que se pretenden servir de prácticas ilegales a costa de los demás. Si el reconocimiento de una obligación de indemnizar de los participantes en el cártel por los efectos paraguas sobre los precios mantuviese alejadas del mercado a las ovejas negras, eso difícilmente podría ser perjudicial para la competencia.

69. Por último, resulta poco convincente la advertencia, pronunciada marginalmente, de una sobrecarga de los órganos jurisdiccionales del orden civil de los Estados miembros si el Tribunal de Justicia reconociese la obligación de los participantes en el cártel de reparar los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios. En efecto, en vista de las relativamente altas dificultades que habría de afrontar en cuanto a la carga de la prueba ante los órganos jurisdiccionales civiles,⁴⁰ cualquier posible demandante de «efectos paraguas» («*umbrella plaintiff*») haría bien en ponderar cuidadosamente las posibilidades y los riesgos de una demanda civil contra los participantes en un cártel.

70. Pero si el cliente de una empresa ajena al cártel opta por reclamar judicialmente contra las empresas del cártel la reparación de los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios, no se le podrá denegar el desarrollo de un procedimiento judicial remitiéndose a su supuestamente coste excesivo. Por el contrario, con arreglo al artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, y al artículo 47, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales, los Estados miembros deben establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en el ámbito del Derecho de la competencia de la Unión.⁴¹

39 — Al ser preguntado por mí, el representante de ThyssenKrupp relativizó esta alegación en la vista como «exageración retórica».

40 — No obstante, la Propuesta de Directiva de la Comisión prevé ciertas simplificaciones de la prueba.

41 — En este sentido se pronunciaron ya las sentencias Courage y Crehan, apartado 25; Manfredi, apartado 89, y Donau Chemie, apartado 22, citadas en la nota 9; véase también, especialmente acerca de la relevancia del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales en los litigios civiles entre particulares, la sentencia de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros (C-317/08 a C-320/08, Rec. p. I-2213), especialmente el apartado 61.

b) Idoneidad para subsanar las consecuencias negativas de las infracciones de la competencia

71. Para terminar, queda aún por analizar si la inclusión de los efectos paraguas sobre los precios en la responsabilidad civil de los participantes en el cártel con la función de la indemnización de daños y perjuicios. En general, dicha función consiste en subsanar las consecuencias negativas de las infracciones cometidas, y precisamente a tal fin sirve también la obligación de las empresas del cártel de reparar los daños causados a otros con sus prácticas contrarias a la competencia.⁴² Al mismo tiempo, la posibilidad de reclamar la reparación fortalece la confianza en las normas de competencia de la Unión Europea y contribuye sustancialmente a su aplicación efectiva.⁴³

i) Sobre la objeción de que los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios no fueron intencionados

72. Algunos de los intervinientes en el procedimiento alegan que, si bien las empresas participantes en el cártel de los ascensores buscaron un incremento de sus propios precios frente a sus propios clientes, no tuvieron intención de incrementar los precios de las empresas ajenas al cártel frente a los clientes de éstas mediante efectos paraguas. Por eso, a su parecer no es justo exigir responsabilidad a las empresas del cártel por dichos efectos.

73. Esta objeción no puede prosperar.

74. La apreciación de la causalidad entre un cártel y determinados tipos de daños que pueden haber sufrido los operadores económicos se basa en criterios puramente objetivos. Desde un punto de vista subjetivo, la responsabilidad civil puede depender de que los participantes en el cártel hayan incumplido de forma dolosa o negligente las normas de competencia de los Tratados. Pero es irrelevante si, además, los participantes en el cártel causaron dolosa o negligentemente los daños concretos materializados. Tal exigencia de culpabilidad sería incompatible con los principios generales del Derecho civil y dificultaría sobremanera la aplicación práctica de las normas de competencia.

75. Al margen de todo ello, en un caso como el presente, como ya se ha expuesto,⁴⁴ la producción de efectos paraguas sobre los precios no es en absoluto imprevisible para las empresas participantes en un cártel. Por eso, parece lógico que los miembros de un cártel, al llevar a cabo sus prácticas contrarias a la competencia, asuman y acepten los eventuales efectos paraguas sobre los precios, de manera que respecto a los daños ocasionados se les podría imputar, al menos, negligencia, pero en algunos casos incluso dolo eventual.

ii) Sobre la objeción de que la indemnización en relación con los efectos paraguas sobre los precios no permite anular las ganancias ilegítimas

76. Por otro lado, en contra de la opinión de algunos intervinientes en el procedimiento, carece de relevancia si la reparación de los daños causados por los efectos paraguas sobre los precios sirve para anular las ganancias ilegítimas de los participantes en el cártel.

77. El hecho de que pueda llegarse a conseguir tal anulación podría ser bienvenido en muchos casos, como consecuencia colateral de la indemnización con motivo de prácticas colusorias. Pero dicha anulación de las ganancias no es un requisito necesario para el ejercicio de acciones indemnizatorias frente a los participantes en el cártel.

42 — Sentencia Donau Chemie, citada en la nota 9, apartado 24.

43 — Sentencia Donau Chemie, citada en la nota 9, apartado 23; en sentido similar, las sentencias Courage y Crehan, apartados 26 y 27; Manfredi, apartado 91, y Pfleiderer, apartado 28, citadas en la nota 9.

44 — Véanse los puntos 41 a 52 de las presentes conclusiones.

78. A este respecto, el derecho a reparación se distingue esencialmente del derecho a la entrega del enriquecimiento injusto. Con la indemnización no se pretende primordialmente quitarle al causante aquello que tenga en exceso, sino conceder al perjudicado una satisfacción por el perjuicio sufrido a causa del comportamiento ilícito del causante.⁴⁵ Es perfectamente conforme con esa función extender la responsabilidad civil de los participantes en el cártel a los daños causados por los efectos paraguas sobre los precios.

iii) Sobre la objeción de que se introduce una indemnización de carácter sancionador

79. Tampoco puede prosperar, por último, la objeción de varios de los intervinientes de que el reconocimiento de la responsabilidad civil por los efectos paraguas sobre los precios haría que la obligación de indemnizar que incumbe a los participantes en el cártel degenerase en una indemnización de carácter sancionador.

80. Al margen de que el Derecho de la Unión en principio no prohíbe condenar a una indemnización ejemplarizante o de carácter sancionador,⁴⁶ no hay el menor indicio de que la responsabilidad civil de los participantes en el cártel por los efectos paraguas sobre los precios pueda tener tales efectos.

81. A diferencia de lo que sucede normalmente con una indemnización de carácter sancionador, la inclusión aquí controvertida de los efectos paraguas en su obligación de indemnización exige a los participantes en el cártel únicamente una reparación del daño causado (también) por ellos en el mercado con sus prácticas contrarias a la competencia. No tiene lugar ninguna sobrecompensación de dicho daño.

82. Por todo lo anterior, procede apreciar que la reparación de los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios es compatible con los objetivos del artículo 81 CE o del artículo 85 de los Tratados CEE y CE (actualmente, artículo 101 TFUE).

3. Resumen

83. En definitiva, los daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios no se deben considerar en general como imprevisibles para los participantes en un cártel, y su reparación es conforme con los objetivos del artículo 81 CE y del artículo 85 de los Tratados CEE y CE (actualmente, artículo 101 TFUE). Sería contrario a la eficacia práctica de dichas normas de competencia excluir categóricamente y de antemano la reparación de dichos daños en el marco del Derecho civil nacional.

C. Observación final

84. La solución que propongo no lleva automáticamente y en todos los casos a una obligación de indemnizar por parte de los participantes en el cártel frente a los clientes de las empresas ajenas al cártel, pero tampoco excluye de antemano tal obligación. Antes bien, procede siempre examinar, mediante una consideración en conjunto de todas las circunstancias relevantes, si en el caso concreto y a raíz del cártel se han ocasionado efectos paraguas sobre los precios.

85. Que la problemática de los efectos paraguas sobre los precios pase del plano puramente teórico al plano de la práctica de la prueba me parece lo más adecuado para contribuir a la aplicación eficaz de las normas europeas de competencia teniendo debidamente en cuenta los intereses de todos los operadores económicos.

45 — Esta diferencia la reconoció también en la vista ante el Tribunal de Justicia el representante de Otis al ser preguntado por mí.

46 — Sentencia Manfredi, citada en la nota 9, apartados 92 y 93.

86. Probablemente, no siempre habrá estudios concluyentes u otros medios de prueba que permitan llegar razonablemente a la conclusión de que en el mercado de que se trate se han producido efectos paraguas sobre los precios a causa de un cártel. Pero, por otro lado, no se puede decir en absoluto que tales efectos estén excluidos, y los daños con ellos relacionados no son en modo alguno «especulativos» ni «incierto»,⁴⁷ como se ha argumentado en ocasiones. Por ejemplo, en el presente caso el Oberster Gerichtshof, en su resolución de remisión, ha argumentado que con el cártel de los ascensores se produjo un falseamiento de la evolución previsible de los precios,⁴⁸ y ÖBB-Infrastruktur se remite a un estudio que pretende demostrar la existencia de efectos paraguas sobre los precios.⁴⁹

87. Sólo tangencialmente procede observar que, pese a las críticas formuladas, la afirmación de una responsabilidad civil para los participantes en el cártel por los efectos paraguas sobre los precios no es ni más ni menos «favorable a la economía» que la exclusión categórica de la obligación de indemnizar, como parece tener en mente el órgano jurisdiccional remitente. En efecto, los operadores económicos no son sólo los participantes en el cártel, sino también los clientes, a quienes se exigieron unos precios excesivos, tanto si entraron en relaciones contractuales con aquéllos como si lo hicieron con empresas ajenas al cártel. Sería injusto favorecer de forma unilateral, excluyendo categóricamente de su responsabilidad civil los efectos paraguas sobre los precios, precisamente a los participantes en el cártel, que son culpables de una grave infracción de las normas de la competencia, y más aún teniendo en cuenta que, como ya se ha expuesto,⁵⁰ esto produciría incentivos equivocados en cuanto a la efectiva aplicación de las normas de competencia.

88. Tampoco es incompatible la solución que propongo con el proyecto legislativo de armonización parcial de las demandas de indemnización con arreglo al Derecho nacional que recientemente ha puesto en marcha la Comisión Europea. Como se debatió con los intervinientes en la vista, la Propuesta de Directiva de la Comisión no se opone a la concesión de la reparación de daños debidos a los efectos paraguas sobre los precios.⁵¹

89. El hecho de que la jurisprudencia estadounidense relativa a las llamadas «*umbrella claims*» no sea uniforme⁵² y el asunto aún no haya sido aclarado por la máxima instancia judicial de los Estados Unidos no debe impedir a nuestro Tribunal de Justicia pronunciarse acerca del problema de los efectos paraguas sobre los precios.

47 — En este sentido, véanse en particular (de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados Unidos de América) las resoluciones de la United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. c. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597 (1979), y de la United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission c. Mylan Laboratories*, 62 F.Supp.2d 25, 39 (1999).

48 — Véase el punto 7 de las presentes conclusiones.

49 — Incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales examinar esta alegación y apreciar el valor probatorio del estudio.

50 — Véanse los puntos 65 y 68 de las presentes conclusiones.

51 — Dicha propuesta de Directiva, citada en la nota 13, no persigue precisamente una armonización exhaustiva de la materia, sino que, como deja patente su título, tiene por objeto tan sólo «determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios» y reconoce expresamente que existen «aspectos no abordados en la presente Directiva» (véase el décimo considerando de la Propuesta de Directiva). Además, las disposiciones que contiene la Propuesta de Directiva están formuladas de forma suficientemente abierta para comprender también la reparación de daños debidos a efectos paraguas sobre los precios y, al menos, no la excluyen (véase, en concreto, el artículo 11, apartados 2 y 4, de la Propuesta de Directiva, en que se habla de «las partes perjudicadas distintas de [los] propios compradores o proveedores directos o indirectos» de las empresas infractoras).

52 — A favor de la responsabilidad se expresan: la United States Court of Appeals (Seventh Circuit), *United States Gypsum Co. c. Indiana Gas Co.*, 350 F.3d 623, 627 (2003), y la United States Court of Appeals (Fifth Circuit), *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148, 1166 (1979). En contra de ella, en particular: la United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. c. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597 (1979), y la United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission c. Mylan Laboratories*, 62 F.Supp.2d 25, 39 (1999).

V. Conclusión

90. A tenor de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia responder a la cuestión prejudicial del Oberster Gerichtshof declarando que:

«El artículo 85 de los Tratados CEE y CE y el artículo 81 CE se oponen a una interpretación y aplicación del Derecho nacional de un Estado miembro conforme a la cual desde el punto de vista jurídico está categóricamente excluido que las empresas participantes en un cártel respondan civilmente por los daños resultantes del hecho de que una empresa no participante en dicho cártel, aprovechándose de las maquinaciones de éste, fijase sus precios más elevados de lo que habría sido posible en condiciones de competencia.»