Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 12 de mayo de 2022 *

«Procedimiento prejudicial — Competencia — Posición dominante — Explotación abusiva — Artículo 102 TFUE — Repercusiones de una práctica en el bienestar de los consumidores y en la estructura del mercado — Práctica excluyente abusiva — Capacidad de la práctica de producir un efecto excluyente — Recurso a medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos — Imposibilidad para un hipotético competidor igual de eficiente de reproducir dicha práctica — Existencia de una intención contraria a la competencia — Apertura a la competencia del mercado de venta de electricidad — Transferencia de información delicada a efectos comerciales dentro de un grupo de sociedades con el fin de conservar una posición dominante en un mercado heredada de un monopolio legal — Posibilidad de imputar el comportamiento de la filial a la sociedad matriz»

En el asunto C-377/20,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), mediante resolución de 21 de mayo de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de julio de 2020, en el procedimiento entre

Servizio Elettrico Nazionale SpA,

ENEL SpA,

Enel Energia SpA

y

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato y otros,

con intervención de:

Green Network SpA,

Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader AIGET,

Ass.ne Codici — Centro per i Diritti del Cittadino,

Associazione Energia Libera,

* Lengua de procedimiento: italiano.

Metaenergia SpA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. E. Regan (Ponente), Presidente de la Sala Quinta, el Sr. K. Lenaerts, Presidente del Tribunal de Justicia, en funciones de Juez de la Sala Quinta, el Sr. C. Lycourgos, Presidente de la Sala Cuarta, y los Sres. I. Jarukaitis y M. Ilešič, Jueces;

Abogado General: Sr. A. Rantos;

Secretario: Sr. C. Di Bella, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de septiembre de 2021;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre del Servizio Elettrico Nazionale SpA, por los Sres. M. D'Ostuni, A. Police y M. Russo, avvocati;

– en nombre de ENEL SpA, por los Sres. M. Clarich y V. Meli, avvocati;

– en nombre de Enel Energia SpA, por los Sres. F. Anglani, C. Tesauro y S. Fienga y por la Sra. M. Contu, avvocati;

– en nombre de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, por el Sr. G. Aiello, avvocato dello Stato;

– en nombre de Green Network SpA, por los Sres. V. Cerulli Irelli y C. Mirabile y por la Sra. A. Fratini, avvocati,

– en nombre de la Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader — AIGET, por el Sr. G. d'Andria, avvocato;

– en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. J. Möller y D. Klebs, en calidad de agentes;

– en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por la Sra. G. Galluzzo y el Sr. S. Fiorentino, avvocati dello Stato;

– en nombre del Reino de Noruega, por las Sras. L. Furuholmen, K. Hallsjø Aarvik y K. S. Borge y por los Sres. E. W. Sandaa y P. Wennerås, en calidad de agentes;

– en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Conte y P. Rossi y la Sra. C. Sjödin, en calidad de agentes;

– en nombre del Órgano de Vigilancia de la AELC, por la Sra. C. Simpson y el Sr. M. Sánchez Rydelski, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 9 de diciembre de 2021;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 102 TFUE.

2 Esta petición se ha presentado en el contexto de sendos litigios entre Servizio elettrico Nazionale SpA (en lo sucesivo, «SEN»), su sociedad matriz, ENEL SpA, y una sociedad hermana, Enel Energia SpA (en lo sucesivo, «EE»), por un lado, y la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridad de Defensa de la Competencia y del Mercado, Italia; en lo sucesivo, «AGCM») y otras partes, por otro lado, en relación con la decisión de dicha Autoridad de imponer a aquellas sociedades una multa por abuso de posición dominante sobre la base del artículo 102 TFUE (en lo sucesivo, «decisión controvertida»).

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

3 El presente asunto se inscribe en el contexto de la liberalización progresiva del mercado de venta de energía eléctrica en Italia.

4 Desde el 1 de julio de 2007, todos los usuarios de la red eléctrica italiana, incluidos los hogares y las pequeñas y medianas empresas, pueden elegir a su proveedor. No obstante, la apertura de este mercado se caracterizó, en un primer momento, por una distinción entre, por una parte, los clientes que podían elegir a un proveedor en el mercado libre que no fuera su distribuidor territorialmente competente y, por otra parte, los clientes del mercado protegido, compuestos por particulares y pequeñas empresas, que, al considerarse que no se hallaban en condiciones de negociar sus contratos de suministro con pleno conocimiento de causa o en posición de fuerza, seguían sometidos a un régimen regulado, a saber, el *servizio di maggior tutela* (servicio de protección reforzada) que establecía un mercado sujeto al control de una autoridad nacional de regulación sectorial en lo que respecta a la definición de las condiciones de venta.

5 Posteriormente, se permitió a los clientes del mercado protegido participar en el mercado libre. El legislador italiano llevó a cabo la transición del mercado protegido al mercado libre fijando una fecha a partir de la cual las medidas de protección especial en materia de precios dejarían de ser aplicables.

6 Cuando la AGCM adoptó, el 20 de diciembre de 2018, la decisión controvertida, la fecha de supresión de las medidas de protección especial en materia de precios se había fijado en el 1 de julio de 2020. Tras varios aplazamientos, esa fecha quedó finalmente fijada en el 1 de enero de 2021 para las pequeñas y medianas empresas y el 1 de enero de 2022 para los hogares.

7 Con el fin de lograr la liberalización del mercado, ENEL, una empresa que hasta entonces había estado integrada verticalmente y que era titular del monopolio de la producción de energía eléctrica en Italia y se dedicaba a la distribución de dicha energía, fue sometida a un procedimiento mediante el que se separaron las actividades de distribución y de venta y las marcas de dicha sociedad. Al término de este procedimiento, las actividades relativas a las diferentes etapas del proceso de distribución se atribuyeron a distintas sociedades. De este modo, se encomendó a E-Distribuzione el servicio de distribución, a EE, el suministro de electricidad en el mercado libre, y a SEN, la gestión del servicio de protección reforzada.

8 Los presentes litigios tienen su origen en una denuncia presentada ante la AGCM por la Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader — AIGET (Asociación Italiana de Mayoristas y Comerciantes de Energía, Italia) y en las denuncias procedentes de consumidores individuales, que denunciaban la explotación ilícita de información delicada a efectos comerciales por parte de operadores que disponían de esos datos debido a su pertenencia al grupo ENEL. De este modo, la AGCM inició, el 4 de mayo de 2017, una investigación respecto de ENEL, SEN y EE con el fin de comprobar si la conducta de estas sociedades constituía una infracción del artículo 102 TFUE.

9 Esta investigación concluyó con la adopción de la decisión controvertida mediante la que la AGCM declaró que SEN y EE habían cometido, bajo la coordinación de su sociedad matriz ENEL, a partir de enero de 2012 y hasta mayo de 2017, un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE en los mercados de venta de energía eléctrica a los usuarios domésticos y no domésticos conectados a la red de baja tensión en las zonas en las que el grupo ENEL gestionaba la actividad de distribución. En consecuencia, la AGCM impuso solidariamente a las sociedades antes mencionadas una multa que ascendía a 93 084 790,50 euros.

10 La conducta que se les imputa consistió en la aplicación, a partir de enero de 2012 y hasta mayo de 2017, de una estrategia excluyente con el fin de transferir la clientela de SEN, gestor histórico del mercado protegido, que representaba aún en 2017 entre el 80 y el 85 % de los hogares y entre el 70 y el 85 % de los demás clientes, a EE, que opera en el mercado libre. Así pues, el objetivo del grupo ENEL era supuestamente anticipar el riesgo de transferencia masiva de los clientes de SEN hacia proveedores terceros en previsión de la supresión total del mercado protegido, si bien la fecha en que dicha supresión debía tener lugar no se fijó inicialmente hasta 2017.

11 Según la decisión controvertida, para ello, SEN recabó, a partir de 2012, el consentimiento de sus clientes del mercado protegido para recibir ofertas comerciales relativas al mercado libre con arreglo a modalidades discriminatorias, consistentes en solicitar dicho consentimiento «por separado» para las sociedades del grupo ENEL, por una parte, y para terceros, por otra. De este modo, según la referida decisión, los clientes cuyo consentimiento se solicitaba tendían, por una parte, a darlo en favor de las sociedades del grupo ENEL, ya que se les había inducido a creer que ese consentimiento era necesario para el mantenimiento de su suministro de electricidad y, por otra parte, a negarse a dar su consentimiento a otros operadores. Así, SEN limitó el número de consentimientos dados por los clientes del mercado protegido para recibir ofertas comerciales propuestas por operadores competidores. En efecto, de todos los clientes del mercado protegido que aceptaron recibir ofertas comerciales del grupo ENEL —que, según la decisión controvertida, durante el período comprendido entre 2012 y 2015 representaban una media de alrededor de 500 000 clientes al año, es decir, más del doble de la clientela media de los tres primeros competidores principales—, el 70 % únicamente aceptó recibir ofertas del grupo ENEL, frente al 30 % que aceptó recibir también ofertas de competidores.

12 La información relativa a los clientes del mercado protegido que habían aceptado recibir ofertas comerciales del grupo ENEL fue posteriormente incluida en listas (en lo sucesivo, «listas SEN») que fueron transferidas a EE mediante contratos de arrendamiento a título oneroso. En la medida en que contenían información imposible de encontrar en otro lugar, a saber, la pertenencia de los usuarios al servicio de protección reforzada, la AGCM consideró que estas listas SEN tenían un valor estratégico e irremplazable, ya que permitían acciones comerciales selectivas.

13 Estas listas SEN fueron utilizadas por EE, que lanzó ofertas comerciales destinadas exclusivamente a este tipo de clientes, —como la oferta comercial «*Sempre Con Te*» («Siempre contigo»), propuesta durante el período comprendido entre el 20 de marzo y el 1 de junio de 2017—, materializando así la estrategia de exclusión del mercado. Según la AGCM, la utilización de las listas SEN permitió a EE excluir a sus competidores de una parte significativa del mercado, a saber, superior al 40 %, de la «demanda abierta a la competencia» de los clientes que pasaban del mercado protegido al mercado libre.

14 Según la decisión controvertida, solo un competidor de EE se puso en contacto con SEN para adquirir las listas SEN que contenían los datos de los clientes que habían aceptado recibir ofertas de otras empresas. Esta sociedad, que indicó haber tenido conocimiento de la venta de esas listas únicamente consultando el sitio Internet de SEN, renunció finalmente a adquirirlas. Otras sociedades, activas desde hace muchos años en el mercado pertinente, indicaron que nunca fueron informadas de esa oportunidad comercial.

15 ENEL, SEN y EE interpusieron recursos individuales contra la decisión controvertida ante el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), órgano jurisdiccional de primera instancia.

16 Mediante sentencias de 17 de octubre de 2019, dicho órgano jurisdiccional, aun constatando la existencia de un abuso de posición dominante, estimó parcialmente los recursos interpuestos por EE y SEN por lo que respecta a la duración del abuso alegado y los criterios utilizados para el cálculo de la multa. En ejecución de dichas sentencias, la AGCM redujo el importe de la multa a 27 529 786,46 euros. En cambio, dicho órgano jurisdiccional desestimó en su totalidad el recurso interpuesto por ENEL.

17 Estas tres sociedades recurrieron por separado dichas sentencias ante el órgano jurisdiccional remitente, solicitando la anulación de la multa o, con carácter subsidiario, la reducción de su importe.

18 En apoyo de sus recursos de apelación, ENEL, SEN y EE sostienen, en primer lugar, que no se ha aportado la prueba del carácter abusivo de su conducta ni, en particular, de la capacidad de esta para producir, aunque solo fuera potencialmente, un efecto excluyente contrario a la competencia.

19 Sostienen, para empezar, que la mera inclusión del nombre de un cliente en una lista de *telemarketing* con fines de promoción de servicios de las filiales no constituye un comportamiento abusivo, ya que no implica compromiso alguno en cuanto al suministro y no impide al cliente figurar en otras listas, recibir mensajes comerciales y elegir o cambiar en cualquier momento, incluso varias veces, de proveedor.

20 A continuación, alegan que la utilización de las listas SEN no permitía una trasferencia rápida y masiva de clientes de SEN a EE. De hecho, entre marzo y mayo de 2017, los dos únicos meses transcurridos entre el lanzamiento de la oferta «*Sempre Con Te*» y el cierre de las ventas por teléfono (*teleselling outbound*), EE apenas logró obtener, gracias a la utilización de las listas SEN, 478 clientes, es decir, el 0,002 % de los usuarios del servicio de protección reforzada y el 0,001 % del total de usuarios de electricidad.

21 Por otra parte, aducen que la AGCM no examinó las pruebas económicas aportadas por ENEL, SEN y EE que, según estas, demostraban que las conductas observadas no podían producir, ni produjeron, efectos restrictivos de la competencia. A este respecto, según las referidas

sociedades, los resultados positivos obtenidos por EE en la captación de clientes del servicio de protección reforzada se debieron a dos factores perfectamente lícitos que podían ofrecer una explicación alternativa y más convincente que la defendida por la AGCM, a saber, por una parte, a que el rendimiento en el mercado libre de las sociedades del grupo ENEL era superior y, por otra parte, a la capacidad de atracción de la marca ENEL.

22 Por último, aducen que las listas SEN no son ni estratégicas ni irreemplazables, pues existen en el mercado listas análogas de clientes del servicio de protección reforzada más completas y menos onerosas.

23 En segundo lugar, ENEL impugna la aplicación por parte de la AGCM de una presunción *iuris tantum* en la que fundamenta su responsabilidad como sociedad matriz. A este respecto, alega que, a partir del año 2014, el grupo ENEL fue reestructurado y sus procesos de toma de decisiones descentralizados. Aduce que, en este nuevo contexto organizativo, la función de ENEL, sociedad matriz al frente del grupo, era simplemente promover sinergias y buenas prácticas entre las diversas sociedades operativas, sin desempeñar ya un papel decisorio.

24 Según el órgano jurisdiccional remitente, que ha acumulado los tres recursos principales, no cabe duda alguna de que el grupo ENEL ocupa una posición dominante en el mercado pertinente. En cambio, el concepto de «explotación abusiva», en particular en lo que respecta a los abusos «atípicos», como el que pretende impedir el crecimiento o la diversificación de la oferta de los competidores, plantea problemas de interpretación en la medida en que, por una parte, el artículo 102 TFUE no ofrece un criterio de aplicación exhaustivo y, por otra parte, la distinción tradicional establecida entre los abusos de explotación y los abusos de exclusión no es pertinente. En particular, se plantea la cuestión de si debe tenerse en cuenta la estrategia de la empresa que ocupa una posición dominante cuando, como en el caso de autos, esta pretendía impedir que los clientes se cambiaran a empresas competidoras, así como el hecho de que la conducta de dicha empresa era, en sí misma, lícita, en la medida en que, según el órgano jurisdiccional remitente, las listas SEN habían sido obtenidas lícitamente.

25 El órgano jurisdiccional remitente se pregunta también si basta con que la conducta en cuestión pueda excluir a los competidores del mercado pertinente toda vez que dicho grupo presentó, en el curso de la investigación, estudios económicos dirigidos a demostrar que su conducta no había producido un efecto concreto de exclusión.

26 Por último, el abuso de posición dominante por parte de un grupo de empresas plantea el problema de si debe probarse que ha habido una coordinación activa entre las diferentes sociedades que operan dentro del grupo o si la pertenencia a dicho grupo basta para considerar que se ha contribuido a la práctica abusiva, incluso en el caso de una sociedad del grupo que no ha llevado a cabo los comportamientos abusivos.

27 En este contexto, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Pueden ser las conductas que revelan la explotación abusiva de una posición dominante en sí mismas completamente lícitas y ser calificadas de “abusivas” únicamente en virtud del efecto (potencialmente) restrictivo generado en el mercado de referencia, o bien dichas conductas deben venir igualmente caracterizadas por un componente específico de antijuridicidad,

constituido por el recurso a “métodos (o medios) competitivos distintos” de los “normales”? En este último caso, ¿con arreglo a qué criterios puede determinarse el límite entre la competencia “normal” y la “falseada”?

2) ¿Cabe entender que la prohibición del abuso tiene por objeto maximizar el bienestar de los consumidores, de manera que el órgano jurisdiccional debe apreciar la disminución (o el riesgo de disminución) de dicho bienestar, o bien cabe entender que la sanción de una actuación contraria a la competencia está dirigida a preservar en sí misma la estructura competitiva del mercado, con el fin de impedir la creación de combinaciones de poder económico que se consideran, en cualquier caso, perjudiciales para la colectividad?

3) En caso de un abuso de posición dominante consistente en impedir el mantenimiento del nivel de competencia existente o su desarrollo, ¿puede, no obstante, probar la empresa dominante —pese a la idoneidad, en abstracto, del efecto restrictivo de la competencia— que la conducta carece de carácter lesivo? En caso de respuesta afirmativa, a efectos de la valoración de la existencia de un abuso, de carácter atípico, dirigido a excluir la competencia del mercado, ¿debe interpretarse el artículo 102 TFUE en el sentido de que se considera que incumbe a la [autoridad de competencia] la obligación de examinar con precisión los análisis económicos presentados por una parte sobre la capacidad concreta de la conducta investigada de excluir del mercado a los competidores?

4) ¿Debe valorarse el abuso de posición dominante únicamente por sus efectos (siquiera potenciales) en el mercado, sin referencia alguna a la motivación subjetiva del agente, o bien constituye la demostración de una intención restrictiva un criterio que puede utilizarse (incluso con carácter exclusivo) para valorar el carácter abusivo del comportamiento de la empresa dominante? ¿O sirve tal demostración del elemento subjetivo únicamente para invertir la carga de la prueba en detrimento de la empresa dominante (la cual estaría obligada, a este respecto, a aportar la prueba de que no se ha producido el efecto de exclusión de la competencia)?

5) En el supuesto de una posición dominante relativa a una pluralidad de [sociedades] pertenecientes al mismo grupo de sociedades, ¿basta la pertenencia a dicho grupo para presumir que las [sociedades] que no participaron en la conducta abusiva han contribuido también al acto ilícito —de modo que a la [autoridad de competencia] le bastaría con demostrar una actividad paralela consciente, aunque no revista carácter colusorio, de las [sociedades] que operan en el grupo que ocupa colectivamente una posición dominante— o bien (al igual que ocurre respecto a la prohibición de cárteles) debe aportarse la prueba, siquiera indirecta, de una situación concreta de coordinación y de subordinación entre las diversas [sociedades] del grupo que ocupa una posición dominante, en particular con el fin de demostrar la participación de la sociedad matriz?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad

28 Varias partes han cuestionado, en las observaciones escritas de que dispone el Tribunal de Justicia, la admisibilidad de algunas de las cuestiones prejudiciales.

29 La AIGET considera que debe declararse la inadmisibilidad de la segunda cuestión prejudicial debido a que está formulada en términos generales y a que carece de pertinencia. En efecto, a su parecer, no se discute que, si se demostrase la existencia del abuso que se reprocha al grupo ENEL, este podría tanto excluir del mercado a competidores como causar un perjuicio a los consumidores.

30 Green Network SpA se pregunta acerca de la admisibilidad de las cuatro primeras cuestiones prejudiciales, ya que no le parecen necesarias para resolver los litigios principales y considera que, en todo caso, el Tribunal de Justicia ya les ha dado respuesta.

31 Por último, la AGCM y la AIGET sostienen que la quinta cuestión prejudicial es inadmisible debido a que tiene carácter hipotético, ya que la investigación llevada a cabo por la AGCM llegó a la conclusión de que existía una estrategia de grupo destinada a transferir los clientes de SEN a EE y, de este modo, evitar que se fueran a grupos competidores.

32 A este respecto procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 15 de julio de 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, apartado 54 y jurisprudencia citada).

33 De ello se desprende que las cuestiones prejudiciales relativas al Derecho de la Unión gozan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional solamente está justificada cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder adecuadamente a las cuestiones que se le hayan planteado (sentencia de 15 de julio de 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/20, EU:C:2021:602, apartado 55 y jurisprudencia citada).

34 En el caso de autos debe señalarse, por lo que se refiere, para empezar, a la segunda cuestión prejudicial, que el hecho de que esta se haya formulado en términos generales no excluye que pueda ser pertinente para resolver los litigios principales.

35 Por lo demás, no corresponde al Tribunal de Justicia sino al órgano jurisdiccional nacional determinar los hechos que originaron el litigio y deducir las consecuencias de los mismos para la resolución que debe dictar (sentencia de 10 de marzo de 2016, Safe Interenvíos, C-235/14, EU:C:2016:154, apartado 119). Por consiguiente, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional exponga en su petición los elementos de hecho y de Derecho necesarios para que el Tribunal de Justicia pueda responder de manera útil a las cuestiones planteadas, no puede declararse la inadmisibilidad de estas por el mero hecho de que dichas cuestiones estén formuladas en términos generales.

36 En lo que concierne a la supuesta ausencia de controversia en cuanto a la capacidad del abuso alegado para excluir del mercado a los competidores del grupo ENEL y causar un perjuicio a los consumidores, aun suponiendo que sea cierto, no lo es menos que la interpretación de los objetivos perseguidos por el artículo 102 TFUE podría resultar útil para el órgano jurisdiccional remitente a efectos de determinar qué requisitos deben cumplirse para poder constatar un abuso de posición dominante.

37 A continuación, por lo que respecta a la pertinencia de las cuestiones prejudiciales primera, tercera y cuarta, basta señalar que no resulta manifiesto que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto de los litigios principales. Por el contrario, habida cuenta de las circunstancias de estos últimos, cada una de estas cuestiones parece poder proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una aclaración que le permita resolver los litigios. En cuanto a la circunstancia alegada de que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre estas cuestiones, procede recordar que nada impide a un órgano jurisdiccional nacional plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales cuya respuesta, según algunas partes del litigio principal, no deje lugar a duda razonable alguna (sentencia de 14 de octubre de 2021, Viesgo Infraestructuras Energéticas, C-683/19, EU:C:2021:847, apartado 26).

38 Por último, por lo que respecta a la quinta cuestión prejudicial, no puede excluirse que el órgano jurisdiccional remitente se pronuncie en un sentido diferente a la decisión controvertida. En consecuencia, no puede considerarse, como sostienen la AGCM y la AIGET, que esta cuestión carezca manifiestamente de relación con la realidad o el objeto de los litigios principales o que tenga carácter hipotético.

39 Por consiguiente, procede declarar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado).

Sobre el fondo

Segunda cuestión prejudicial

40 Mediante su segunda cuestión prejudicial, que procede examinar en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, para determinar si una práctica constituye una explotación abusiva de una posición dominante, basta con que una autoridad de competencia demuestre que dicha práctica puede menoscabar una estructura de competencia efectiva en el mercado pertinente o si es necesario además, o con carácter alternativo, probar que dicha práctica puede afectar al bienestar de los consumidores.

41 A este respecto, procede recordar que el artículo 102 TFUE forma parte de un conjunto de normas que tienen como objetivo evitar que la competencia sea falseada en detrimento del interés general, de las empresas individuales y de los consumidores, contribuyendo de esta forma a garantizar el bienestar en la Unión Europea (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartados 21 y 22).

42 A este respecto, el artículo 102 TFUE expresa el objetivo general asignado por el artículo 3 TFUE, apartado 1, letra b), a la acción de la Unión, a saber, el establecimiento de las normas de competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior (véanse, en este sentido,

sentencias de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión, C-202/07 P, EU:C:2009:214, apartado 103, y de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, C-280/08 P, EU:C:2010:603, apartado 170).

43 El carácter fundamental de las disposiciones del Tratado FUE en materia de competencia se desprende asimismo del Protocolo (n.º 27) sobre el mercado interior y la competencia, que, con arreglo al artículo 51 TUE, forma parte integrante de los Tratados, y en cuya virtud el mercado interior comprende un sistema que garantiza que no se falsee la competencia (sentencia de 17 de noviembre de 2011, Comisión/Italia, C-496/09, EU:C:2011:740, apartado 60).

44 Entre estas normas, la finalidad más específicamente asignada al artículo 102 TFUE es, según reiterada jurisprudencia, evitar que las actividades de una empresa que ocupa una posición dominante produzcan el efecto de obstaculizar, en detrimento de los consumidores, por medios o recursos diferentes de los que rigen una competencia normal, el mantenimiento del nivel de competencia existente en el mercado o el desarrollo de esa competencia [véanse, en este sentido, las sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, EU:C:1979:36, apartado 91; de 27 de marzo de 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 24, y de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 148 y jurisprudencia citada]. En este sentido, tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia, esta disposición no solo pretende sancionar las prácticas que pueden causar un perjuicio directo a los consumidores, sino también aquellas que les perjudican indirectamente, menoscabando una estructura de competencia efectiva (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartados 106 y 107, y de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 24).

45 En cambio, como ya ha subrayado el Tribunal de Justicia, dicha disposición no se opone a que, como consecuencia de una competencia basada en los méritos, desaparezcan o resulten marginalizados en el mercado de que se trate competidores menos eficientes y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, en particular, desde el punto de vista de los precios, la gama de productos, la calidad o la innovación (sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 134 y jurisprudencia citada).

46 De ello resulta, tal como señaló esencialmente el Abogado General en el punto 100 de sus conclusiones, que debe considerarse que el bienestar de los consumidores, tanto intermedios como finales, constituye el objetivo último que justifica la intervención del Derecho de la competencia para reprimir la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial de este. Por este motivo, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, una empresa que ocupa tal posición puede demostrar que una práctica de exclusión no está comprendida en el ámbito de aplicación de la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE, en particular, demostrando que los efectos que dicha práctica puede producir se ven contrarrestados, o incluso superados, por mejoras en términos de eficacia que beneficien también a los consumidores, en particular, en lo que concierne a los precios, la gama de productos, la calidad o la innovación [véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartados 134 y 140, y de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 165 y jurisprudencia citada].

47 En consecuencia, una autoridad de competencia cumple con la carga de la prueba que le incumbe si demuestra que una práctica de una empresa que ocupa una posición dominante puede menoscabar, sirviéndose de recursos o medios distintos de los que rigen una competencia normal, una estructura de competencia efectiva, sin que sea necesario que demuestre que dicha

práctica puede, además, causar un perjuicio directo a los consumidores. No obstante, la empresa dominante de que se trate puede eludir la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE demostrando que el efecto excluyente que puede resultar de la práctica en cuestión está contrarrestado, o incluso superado, por efectos positivos para los consumidores.

48 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, para determinar si una práctica constituye una explotación abusiva de una posición dominante, basta con que una autoridad de competencia demuestre que dicha práctica puede menoscabar la estructura de competencia efectiva en el mercado pertinente, a menos que la empresa dominante de que se trate demuestre que los efectos contrarios a la competencia que pueden derivarse de dicha práctica se ven contrarrestados, o incluso superados, por efectos positivos para los consumidores, en particular en lo que concierne a los precios, la gama de productos, la calidad y la innovación.

Tercera cuestión prejudicial

49 Mediante su tercera cuestión prejudicial, que procede examinar en segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, para determinar el carácter abusivo del comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante, deben considerarse pertinentes los elementos aportados por esa empresa con el fin de demostrar que, a pesar de la capacidad abstracta de ese comportamiento para producir efectos restrictivos, este no ha producido efectivamente tales efectos y, en caso de que así sea, si la autoridad de competencia ha de examinar estos elementos en profundidad.

50 De entrada, procede señalar que, por lo que respecta a las prácticas de exclusión, categoría a la que pertenecen los comportamientos alegados en los litigios principales, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el carácter abusivo de tales prácticas supone, en particular, que estas tengan la capacidad de restringir la competencia y, en particular, de producir los efectos de expulsión del mercado que se le imputan [sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 154 y jurisprudencia citada].

51 En consecuencia, en el supuesto de que una empresa dominante mantenga durante el procedimiento administrativo, aportando pruebas al respecto, que su conducta no tuvo la capacidad de restringir la competencia, la autoridad de competencia de que se trate debe examinar si, en las circunstancias del caso concreto, la conducta de que se trata tenía tal capacidad (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartados 138 y 140).

52 En este contexto, de conformidad con el derecho a ser oído, que, según reiterada jurisprudencia, constituye un principio general del Derecho de la Unión que resulta de aplicación cuando la Administración se propone adoptar un acto lesivo para una persona, las autoridades de competencia están obligadas, en particular, a oír a la empresa afectada, lo que implica que han de prestar toda la atención necesaria a las observaciones formuladas por esta y examinar, minuciosa e imparcialmente, todos los datos pertinentes del asunto de que se trate y, especialmente, las pruebas presentadas por dicha empresa (véase, por analogía, la sentencia de 16 de octubre de 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, EU:C:2019:861, apartados 39 a 42).

53 No obstante, procede recordar que para calificar de abusiva una práctica llevada a cabo por una empresa que ocupa una posición dominante no es preciso demostrar, en el caso de una práctica llevada a cabo por tal empresa con el fin de expulsar a sus competidores del mercado de que se

trate, que se ha logrado ese resultado, ni tampoco un efecto de exclusión concreto en el mercado. En efecto, el artículo 102 TFUE pretende sancionar el hecho de que una o varias empresas exploten de manera abusiva una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, con independencia de que dicha explotación haya tenido éxito o no (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, České dráhy/Comisión, C-538/18 P y C-539/18 P, no publicada, EU:C:2020:53, apartado 70 y jurisprudencia citada).

54 Pues bien, aunque, como subraya el punto 20 de la Comunicación de la Comisión Europea titulada «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo [102 TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes» (DO 2009, C 45, p. 7), cuando la conducta ha existido durante un período de tiempo suficiente, los resultados de mercado de la empresa dominante y de sus competidores pueden dar pruebas de un efecto excluyente de la práctica en cuestión, la circunstancia inversa de que una determinada conducta no haya producido efectos concretos contrarios a la competencia no permite excluir, incluso cuando ha trascurrido un largo período de tiempo desde que dicha conducta tuvo lugar, que esta tuviera efectivamente esa capacidad cuando se llevó a cabo. En efecto, esa falta de efectos podría resultar de otras causas y deberse, en particular, a cambios acaecidos en el mercado pertinente después de que se hubiese puesto en práctica esa conducta o a la incapacidad de la empresa que ocupa una posición dominante de cumplir la estrategia que ha originado tal conducta.

55 Por consiguiente, la prueba aportada por una empresa que ocupa una posición dominante de la inexistencia de efectos excluyentes concretos no puede considerarse suficiente, por sí sola, para descartar la aplicación del artículo 102 TFUE.

56 En cambio, esta circunstancia puede constituir un indicio de que el comportamiento en cuestión no podía producir los efectos de exclusión alegados. No obstante, la empresa afectada debe completar este principio de prueba con elementos que demuestren que esa falta de efectos concretos se debía efectivamente a la incapacidad de dicho comportamiento para producir tales efectos.

57 De ello se sigue que, en el presente asunto, la circunstancia en que se basan las sociedades afectadas para negar la existencia de un abuso de posición dominante, según la cual, con la utilización de las listas SEN, EE apenas logró captar 478 clientes, es decir, el 0,002 % de los clientes del mercado protegido, no puede considerarse suficiente como tal para demostrar que la práctica de que se trata no tenía capacidad para producir un efecto excluyente.

58 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 102 TFUE debe de interpretarse en el sentido de que, para excluir el carácter abusivo del comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante, debe considerarse insuficiente, por sí sola, la prueba aportada por la empresa en cuestión de que dicho comportamiento no ha producido efectos restrictivos concretos. Este elemento puede constituir un indicio de la incapacidad del comportamiento en cuestión para producir efectos contrarios a la competencia, que, no obstante, deberá completarse con otros elementos de prueba dirigidos a demostrar dicha incapacidad.

Cuarta cuestión prejudicial

59 Mediante su cuarta cuestión prejudicial, que procede examinar en tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una práctica excluyente abusiva por parte de una empresa que

ocupa una posición dominante debe apreciarse únicamente sobre la base de la capacidad de dicha práctica para producir efectos contrarios a la competencia o si debe tenerse en cuenta la intención de la empresa de que se trate de limitar la competencia.

60 A este respecto, procede recordar que la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por el artículo 102 TFUE es un concepto objetivo [véanse, en particular, las sentencias de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 148, y de 25 de marzo de 2021, Deutsche Telekom/Comisión, C-152/19 P, EU:C:2021:238, apartado 41].

61 Como se ha recordado en el apartado 50 de la presente sentencia, la calificación de abusiva de una práctica excluyente depende de los efectos de exclusión que esta pueda o pudiera producir. Así pues, para demostrar el carácter abusivo de una práctica excluyente, una autoridad de competencia debe demostrar, por una parte, que dicha práctica tenía la capacidad, cuando se aplicó, de producir tal efecto excluyente, en el sentido de que podía dificultar la penetración o el mantenimiento de los competidores en el mercado en cuestión, y que, de este modo, esa práctica podía afectar a la estructura del mercado y, por otra parte, que la referida práctica se basaba en la explotación de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos. Pues bien, ninguno de estos requisitos exige, en principio, la prueba de un componente intencional.

62 En consecuencia, para considerar que se ha incurrido en una explotación abusiva de una posición dominante a efectos de la aplicación del artículo 102 TFUE, una autoridad de competencia no está obligada en absoluto a acreditar la existencia de una intención anticompetitiva de la empresa que ocupa una posición dominante (sentencia de 19 de abril de 2012, Tomra Systems y otros/Comisión, C-549/10 P, EU:C:2012:221, apartado 21).

63 No obstante, aun cuando, a efectos de la aplicación del artículo 102 TFUE, no se exige en absoluto que se acredite la existencia de una intención anticompetitiva imputable a la empresa que ostenta la posición dominante, la prueba de dicha intención, si bien no basta por sí misma, constituye una circunstancia de hecho que puede ser tenida en cuenta a efectos de la determinación de un abuso de posición dominante [sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 162 y jurisprudencia citada].

64 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una práctica de exclusión abusiva por parte de una empresa que ocupa una posición dominante debe apreciarse sobre la base de la capacidad de dicha práctica para producir efectos contrarios a la competencia. Una autoridad de competencia no está obligada a demostrar la intención de la empresa de que se trate de expulsar a sus competidores utilizando medios o sirviéndose de recursos distintos de aquellos que rigen una competencia basada en los méritos. No obstante, la prueba de tal intención constituye una circunstancia fáctica que puede tenerse en cuenta para determinar la existencia de un abuso de posición dominante.

Primera cuestión prejudicial

65 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una práctica, lícita al margen del Derecho de la competencia, puede calificarse de «abusiva», en el sentido de dicha disposición, cuando es llevada a cabo por una empresa que ocupa una posición dominante, basándose únicamente en sus efectos potencialmente contrarios a la competencia o si tal calificación exige además que dicha práctica se lleve a cabo por medios o recursos distintos de los que rigen una

competencia normal. En este segundo supuesto, ese mismo órgano jurisdiccional se pregunta sobre los criterios que permiten diferenciar los medios o recursos propios de una competencia normal de aquellos propios de una competencia falseada.

66 A este respecto, procede recordar que el artículo 102 TFUE declara que será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

67 Según reiterada jurisprudencia, el concepto de «explotación abusiva», en el sentido del artículo 102 TFUE, se basa en una apreciación objetiva del comportamiento en cuestión. Pues bien, la ilegalidad de un comportamiento abusivo a efectos de esta disposición es independiente de la calificación de dicho comportamiento en otras ramas del Derecho (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de diciembre de 2012, AstraZeneca/Comisión, C-457/10 P, EU:C:2012:770, apartados 74 y 132).

68 Concretamente, tal y como se desprende del apartado 44 de la presente sentencia, este concepto designa toda práctica que pueda menoscabar, mediante recursos distintos de aquellos que rigen una competencia normal, una estructura de competencia efectiva. Pretende así sancionar las actividades de una empresa en posición dominante que, en un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia (sentencias de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, EU:C:1979:36, apartado 91, y de 25 de marzo de 2021, Deutsche Telekom/Comisión, C-152/19 P, EU:C:2021:238, apartado 41).

69 En lo que concierne a las prácticas que constituyen el objeto de los litigios principales, como se ha señalado en el apartado 50 de la presente sentencia, su carácter abusivo supone que hayan tenido la capacidad de producir los efectos excluyentes en que se basó la adopción de la decisión controvertida.

70 Ciertamente, tales efectos no han de ser meramente hipotéticos (sentencia de 6 de octubre de 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, apartado 65). En consecuencia, por una parte, una práctica no puede calificarse de abusiva si ha permanecido en fase de proyecto sin haber sido ejecutada. Por otra parte, una autoridad de competencia no puede basarse en los efectos que dicha práctica podría o habría podido producir si se hubieran dado o si se materializasen determinadas circunstancias particulares, que no eran las que existían en el mercado en el momento de su aplicación y cuya realización parecía, entonces, poco probable.

71 En cambio, para aplicar esa calificación, basta con que esa práctica haya tenido, durante el período en el que ha sido ejecutada, la capacidad de producir un efecto de exclusión de competidores al menos igual de eficientes que la empresa que se encuentra en una posición dominante (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, apartado 66 y jurisprudencia citada).

72 Habida cuenta de que el carácter abusivo de una práctica no depende de la forma que esta reviste o revestía, sino que supone que dicha práctica tenga o haya tenido la capacidad de limitar la competencia, y, en particular, de producir, con su aplicación, los efectos de exclusión que se le

reprochan, este requisito debe apreciarse a la luz de todas las circunstancias fácticas pertinentes [véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 154, y de 25 de marzo de 2021, Slovak Telekom/Comisión, C-165/19 P, EU:C:2021:239, apartado 42].

73 No obstante, como se ha recordado en el apartado 45 de la presente sentencia, el artículo 102 TFUE no persigue en absoluto el objetivo de impedir que una empresa conquiste, por sus propios méritos, y en particular debido a sus competencias y capacidades, una posición dominante en un mercado, y tampoco pretende garantizar la permanencia en el mercado de competidores menos eficaces que la empresa que ocupa una posición dominante. En efecto, no todo efecto de expulsión del mercado altera necesariamente el juego de la competencia, puesto que, por definición, la competencia basada en los méritos puede entrañar la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos eficaces y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, en particular desde el punto de vista de los precios, la gama de productos, la calidad o la innovación (sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartados 133 y 134).

74 Sin embargo, sobre las empresas que ocupan una posición dominante, con independencia de las causas de tal posición, recae una responsabilidad especial, la de no perjudicar, con su conducta, a la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior (véanse, en particular, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, 322/81, EU:C:1983:313, apartado 57, y de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 135).

75 En consecuencia, si bien las empresas en posición dominante pueden defenderse contra sus competidores, deben hacerlo recurriendo a medios propios de una competencia «normal», es decir, basada en los méritos.

76 En cambio, estas empresas no pueden dificultar la penetración o el mantenimiento en el mercado de que se trate de competidores igual de eficientes recurriendo a medios que no sean los propios de una competencia basada en los méritos. En particular, deben abstenerse de utilizar su posición dominante para ampliar su presencia en otro mercado por medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, apartado 25; de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/94 P, EU:C:1996:436, apartado 25, y de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 87).

77 Debe considerarse que constituye un medio distinto de los propios de una competencia basada en los méritos cualquier práctica cuya ejecución no presente para una empresa dominante interés económico alguno, de no ser el de eliminar a sus competidores para poder después subir sus precios aprovechándose de su situación monopolística (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión, C-62/86, EU:C:1991:286, apartado 71).

78 Lo mismo sucede, como ha señalado el Abogado General en los puntos 69 a 71 de sus conclusiones, con aquellas prácticas que no pueden ser adoptadas por un hipotético competidor que, a pesar de ser igual de eficiente, no ocupa una posición dominante en el mercado de que se trata, porque dicha práctica se basa en la explotación de recursos o de medios propios de la ocupación de tal posición.

79 La pertinencia de la imposibilidad, material o racional, de que un hipotético competidor igual de eficiente, pero que no se encuentra en posición dominante, imite la práctica en cuestión, a efectos de determinar si esta se basa en medios propios de una competencia basada en los méritos, se desprende de la jurisprudencia relativa tanto a las prácticas tarifarias como no tarifarias.

80 Por lo que respecta a la primera de estas dos categorías de prácticas, que comprende los descuentos por fidelidad, las prácticas de precios reducidos en forma de precios selectivos o de precios predatorios, así como las prácticas de compresión de márgenes, de la jurisprudencia se desprende que estas se aprecian, por regla general, recurriendo al test del «competidor igual de eficiente», que pretende precisamente apreciar la capacidad que tendría dicho competidor, considerado en abstracto, de reproducir el comportamiento de la empresa en posición dominante (véase, en particular, la sentencia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartados 41 a 43).

81 Ciertamente, este test no es más que una de las maneras de demostrar que una empresa en posición dominante ha recurrido a medios distintos de los propios de una competencia «normal», por lo que las autoridades de competencia no tienen la obligación de basarse sistemáticamente en dicho test para constatar el carácter abusivo de una práctica tarifaria (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, apartado 57).

82 Sin embargo, la importancia que se suele atribuir a dicho test, cuando puede realizarse, demuestra, no obstante, que la incapacidad de un hipotético competidor igual de eficiente de replicar el comportamiento de la empresa dominante constituye, en lo que respecta a las prácticas de exclusión, uno de los criterios que permiten determinar si debe considerarse que dicho comportamiento se basa o no en la utilización de medios propios de una competencia normal.

83 Por lo que respecta a la segunda categoría de prácticas mencionadas en el apartado 79 de la presente sentencia, a saber, las prácticas no tarifarias, como la negativa a suministrar bienes o servicios, el Tribunal de Justicia ha subrayado que la decisión de una empresa dominante de reservarse su propia red de distribución no constituye una denegación de suministro contraria al artículo 102 TFUE, puesto que, precisamente, un competidor puede crear una red análoga para la distribución de sus propios productos (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de noviembre de 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, apartados 44 y 45).

84 Cuando una autoridad de la competencia comprueba que una práctica realizada por una empresa que ocupa una posición dominante puede menoscabar la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior esa empresa sigue pudiendo demostrar, para que no se considere que dicha práctica constituye una explotación abusiva de la posición dominante, que esta está o estaba objetivamente justificada, bien por determinadas circunstancias del caso de autos, que deben ser, en particular, exteriores a la empresa de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartados 31 y 75), o bien, habida cuenta del objetivo efectivamente perseguido por el artículo 102 TFUE, por el interés de los consumidores [véase, en particular, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 165].

85 Por lo que respecta a esta segunda hipótesis, procede señalar que el concepto de competencia basada en los méritos se refiere, en principio, a una situación de competencia de la que los consumidores se benefician gracias a precios más bajos, una mejor calidad y una gama más amplia de bienes y servicios nuevos o más eficientes. Así pues, tal y como señaló el Abogado

General en el punto 62 de sus conclusiones, debe considerarse, en particular, que forman parte de la competencia basada en los méritos las conductas que tienen por efecto ampliar las posibilidades de elección de los consumidores introduciendo en el mercado nuevos productos o aumentando la cantidad o la calidad de los que ya se ofrecen.

86 En tal caso, la empresa dominante puede justificar actuaciones que pueden caer en el ámbito de aplicación de la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE demostrando que el efecto de exclusión que su comportamiento tenía la capacidad de producir estaba contrarrestado, o incluso superado, por mejoras de la eficacia que benefician también a los consumidores [véanse, en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 86; de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 140, y de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 165].

87 Por lo que respecta a los litigios principales, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la AGCM ha demostrado de manera suficiente en Derecho que la estrategia seguida por la empresa ENEL entre los años 2012 y 2017 podía menoscabar la existencia de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior. No obstante, para guiarle en esa evaluación, el Tribunal de Justicia puede proporcionarle todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho de la Unión que pudieran serle útiles [véanse, en particular, las sentencias de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, apartado 62, y de 6 de octubre de 2021, A (Cruce de fronteras en embarcación de recreo), C-35/20, EU:C:2021:813, apartado 85].

88 En el presente asunto, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende, en primer término, que, tras la separación de las diferentes actividades de la empresa ENEL, que hasta entonces estaba integrada verticalmente y ocupaba una posición de monopolio en los mercados de la producción, transporte y distribución de electricidad en Italia, se atribuyó a SEN la gestión de los clientes que pertenecían exclusivamente al mercado protegido de dicho Estado miembro. Sin embargo, era sabido que el mercado protegido no iba a perdurar y que, cuando se produjera su supresión en una fecha futura, los clientes afectados deberían elegir un nuevo proveedor. Además, para evitar la transferencia de una ventaja competitiva, la normativa sectorial solo autorizaba la transmisión de información delicada a efectos comerciales entre las sociedades que vendían electricidad en el mercado protegido y las que operaban en el mercado libre en la medida en que la transmisión de esa información no fuera discriminatoria.

89 A continuación, de las indicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que la conducta a que se refiere la decisión controvertida no es, en esencia, la negativa de SEN a permitir a competidores de EE acceder a un recurso esencial formado por los datos de contacto de los clientes del mercado protegido, sino la decisión de SEN de transferir a EE, a título oneroso, determinada información comercial que obraba en su poder relativa a sus clientes, y, entre ella, en particular, sus datos de contacto, de un modo que resultaba desfavorable, y, por tanto, discriminatorio, para los competidores de esta segunda sociedad en el mercado libre, siendo así que SEN ocupaba una posición dominante en el mercado protegido.

90 Por último, el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la premisa de que al menos SEN y EE formaban una única y misma empresa en el sentido del artículo 102 TFUE.

91 Habida cuenta de estos elementos, que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, resulta oportuno recordar que procede considerar que el hecho de que una empresa que dispone de derechos exclusivos, como un monopolio legal, utilice estos últimos para ampliar la posición dominante que ocupa en un mercado gracias a esos derechos sobre otro mercado constituye una explotación de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos, pues se basa en la explotación de recursos que son, en principio, inaccesibles para un hipotético competidor igual de eficiente, pero que no ocupa una posición dominante (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2014, Comisión/DEI, C-553/12 P, EU:C:2014:2083, apartados 45 a 47 y 66 a 68).

92 De ello resulta, *a fortiori*, que, cuando una empresa pierde el monopolio legal que poseía anteriormente en un mercado, debe abstenerse, durante toda la fase de liberalización de dicho mercado, de recurrir a medios de los que disponía gracias a su antiguo monopolio y que, por este motivo, no están a disposición de sus competidores, con el fin de conservar, sirviéndose de medios distintos de sus propios méritos, una posición dominante en ese mercado nuevamente liberalizado.

93 En los litigios principales, estas consideraciones implican que la empresa supuestamente formada conjuntamente por al menos SEN y EE tenía la responsabilidad particular de abstenerse de todo comportamiento en el mercado protegido que pudiera menoscabar una estructura de competencia efectiva en el mercado libre y, en particular, ampliar en dicho mercado la posición dominante de la que gozaba en el mercado protegido por medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 1985, CBEM, 311/84, EU:C:1985:394, apartado 27).

94 Pues bien, es pacífico que la posibilidad de ponerse en contacto con la clientela del mercado protegido presentaba un interés económico claro para cualquier empresa que deseara operar en el mercado libre. Asimismo, dado que la empresa, según se afirma, formaron conjuntamente SEN y EE pretendía transferir a EE, a título oneroso, determinada información comercial en poder de SEN relativa a su clientela, esta empresa debía ofrecer igualmente a los competidores de EE la posibilidad de acceder a esa información en condiciones de igualdad por prestaciones equivalentes, para no menoscabar una estructura de competencia efectiva.

95 Ciertamente, habida cuenta del derecho a la protección de los datos personales, que constituye un derecho fundamental garantizado por el artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), no puede reprocharse a una sociedad en la situación de SEN que hubiera recabado previamente el consentimiento de sus clientes a que algunos de sus datos personales fueran transferidos. Tampoco se puede considerar responsable a dicha sociedad de la decisión de una parte de sus clientes de autorizar la transmisión de sus datos personales únicamente a algunas sociedades.

96 No obstante, para actuar de manera conforme con la responsabilidad particular que le incumbía debido a su posición dominante en el mercado protegido, SEN debía, para anticiparse al deseo de las sociedades terceras que quisieran desarrollar su presencia en el mercado libre de acceder igualmente a esa información, ofrecer a sus clientes la posibilidad de recibir ofertas de sociedades que no pertenecieran al grupo ENEL de una forma que no resultase discriminatoria, en particular procurando evitar la creación de un sesgo en la recogida de los consentimientos que pudiera tener como consecuencia que las listas que debían ser cedidas a EE contuvieran significativamente más datos que las destinadas a la venta a los competidores de dicha empresa.

97 En el caso de autos, la información transmitida al Tribunal de Justicia no permite comprender la naturaleza exacta del trato discriminatorio identificado por la AGCM. En efecto, si bien de la resolución de remisión se desprende que SEN solicitó el consentimiento de sus clientes del mercado protegido para recibir ofertas comerciales de las sociedades del grupo ENEL y de terceros «por separado», esta descripción no permite determinar, con suficiente claridad, si ese concepto se refiere a que las solicitudes se enviaron en momentos diferentes o a que figuraban en partes distintas de un mismo documento, ni tampoco si todas las sociedades terceras estaban cubiertas indistintamente por la misma solicitud de consentimiento, si era posible dar el consentimiento para recibir ofertas de sociedades terceras sin tener que consentir también a recibir las del grupo ENEL, o si los clientes de SEN podían elegir, de forma individual, qué empresas terceras estaban autorizadas a enviarles ofertas comerciales, tal y como estaba previsto, al parecer, para el grupo ENEL.

98 No obstante, procede recordar que la carga de la prueba de la capacidad del comportamiento de SEN para producir efectos de exclusión actuales o potenciales incumbe a la AGCM. Dado que esta capacidad no debe ser meramente hipotética, la AGCM debía pues, para cumplir con esa carga, demostrar, en la decisión controvertida, basándose en elementos probatorios, como, por ejemplo, estudios del comportamiento, que el procedimiento utilizado por SEN para recabar el consentimiento de sus clientes para la transmisión de sus datos podía efectivamente favorecer las listas que debían cederse a EE.

99 Si el órgano jurisdiccional remitente hubiere de considerar que la AGCM ha demostrado de manera suficiente en Derecho en la decisión controvertida que el modo en que SEN solicitó el consentimiento de sus clientes para recibir ofertas resultaba sesgado con el fin de favorecer a las sociedades del grupo ENEL en detrimento de sus competidores, la existencia de tal sesgo excluiría que pudiera considerarse que la diferencia en la cantidad de información contenida en las listas destinadas a EE y en las listas destinadas a los competidores se debía a que el rendimiento de las empresas del grupo ENEL en el mercado libre era superior o al atractivo de la marca ENEL. En efecto, la propia existencia de este sesgo haría imposible, por definición, determinar la existencia de causas objetivas de la diferencia de consentimientos dados. Por consiguiente, dado que, en tal supuesto, dicho sesgo sería consecuencia del comportamiento de SEN, la diferencia en cuanto al número de clientes a que se refieren las listas destinadas a EE y el número de clientes a que se refieren las listas destinadas a los competidores de esta debería imputarse a SEN.

100 De ello se seguiría que, al proceder de este modo, SEN habría transferido a EE un recurso que podía conferir una ventaja comparativa a la empresa que, según se afirma en el apartado 90 de la presente sentencia, fue constituida por al menos esas dos sociedades en el mercado libre, siendo así que de los elementos obrantes en autos se desprende que el proceso de separación de las actividades de ENEL tenía precisamente por objeto evitar tal transferencia. Por consiguiente, debería considerarse que la posterior utilización de este recurso suponía la aplicación de una práctica que tenía, al menos inicialmente, la capacidad de producir efectos excluyentes en el mercado libre.

101 Pues bien, es imposible que un hipotético competidor igual de eficiente hubiera podido adoptar tal conducta, puesto que, debido a la posición ocupada por SEN en el mercado protegido tras la supresión del monopolio legal que anteriormente ostentaba la empresa ENEL, ninguna empresa competidora podía disponer de una estructura que pudiera proporcionar, en un número igual de elevado, los datos de contacto de los clientes del mercado protegido.

102 De ello resulta que, en la medida en que la explotación abusiva de una posición dominante se aprecia a la luz de la capacidad de la conducta controvertida para producir efectos excluyentes, y no en vista de sus efectos concretos, si se demostrase que SEN solicitó a sus clientes el consentimiento para recibir ofertas, respectivamente, de sociedades del grupo ENEL y de sus competidores, de manera discriminatoria, esta circunstancia bastaría por sí sola para demostrar que el comportamiento de la empresa formada por al menos SEN y EE podía menoscabar el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada. Esta afirmación no queda desvirtuada por consideraciones relativas a las razones por las que ninguno de esos competidores decidió comprar la información que se les proponía, la capacidad de EE para transformar esa ventaja comparativa en un éxito comercial o las acciones que las empresas competidoras pudieron o habrían podido llevar a cabo para limitar las consecuencias perjudiciales de esa práctica, como la compra a terceros de archivos que contenían datos relativos a los clientes del mercado protegido.

103 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una práctica lícita al margen del Derecho de la competencia puede calificarse de «abusiva», en el sentido de esta disposición, cuando es llevada a cabo por una empresa que ocupa una posición dominante, si puede producir un efecto excluyente y si se basa en la utilización de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos. Cuando concurran estos dos requisitos, la empresa en posición dominante de que se trate puede, no obstante, eludir la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE demostrando que la práctica en cuestión estaba objetivamente justificada y resultaba proporcionada a dicha justificación o podía verse compensada, o incluso superada, por mejoras de la eficacia que beneficiaban también a los consumidores.

Quinta cuestión prejudicial

104 Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, cuando una posición dominante es explotada de manera abusiva por una o varias filiales pertenecientes a una unidad económica, la existencia de esa unidad basta para considerar que la sociedad matriz es también responsable de ese abuso, aun cuando esta no haya participado en las prácticas abusivas, o si es necesario aportar la prueba, incluso indirecta, de una coordinación entre esas diferentes sociedades y, en particular, demostrar la implicación de la sociedad matriz.

105 Con carácter preliminar, es preciso recordar que los autores del Tratado FUE decidieron recurrir, para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia, al concepto de «empresa», que designa, en este contexto, una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, EU:C:2017:314, apartado 48).

106 De esa opción se deriva que, cuando una unidad de este tipo infringe las normas de la Unión en materia de competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (sentencia de 25 de marzo de 2021, Deutsche Telekom/Comisión, C-152/19 P, EU:C:2021:238, apartado 73).

107 No obstante, dado que tal infracción debe imputarse a una persona jurídica a la que puedan imponerse multas, la aplicación del concepto de «empresa» y, a través de este, del de «unidad económica», conllevan de pleno derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad económica en el momento de la comisión de la infracción (véase, en este sentido, sentencia de 6 de octubre de 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, apartado 44).

108 Cuando personas jurídicamente distintas se organizan en forma de grupo, es jurisprudencia reiterada que estas forman una sola y misma empresa cuando no determinan de manera autónoma su conducta en el mercado de que se trata, sino que, habida cuenta en particular de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que las unen a una sociedad matriz, experimentan a tal fin los efectos del ejercicio efectivo, por esa unidad de dirección, de una influencia decisiva (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de marzo de 2021, Deutsche Telekom/Comisión, C-152/19 P, EU:C:2021:238, apartados 74 y 75).

109 De una jurisprudencia igualmente reiterada resulta que, en el supuesto particular de que la sociedad matriz sea titular directa o indirectamente de todo o casi todo el capital de la filial que ha cometido la infracción de las normas de la Unión en materia de competencia, es posible presumir el ejercicio efectivo de una influencia decisiva por parte de la sociedad matriz (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2021, Italmobiliare y otros/Comisión, C-694/19 P, no publicada, EU:C:2021:286, apartado 55).

110 Sin embargo, tal presunción admite prueba en contrario (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2013, Eni/Comisión, C-508/11 P, EU:C:2013:289, apartado 47). En efecto, como ha subrayado el Tribunal de Justicia, tal presunción no se basa en la posesión de tal porcentaje del capital social de la filial, sino en el grado de control que este implica (sentencia de 27 de enero de 2021, The Goldman Sachs Group/Comisión, C-595/18 P, EU:C:2021:73, apartado 35). Pues bien, pese a que el hecho de que una sociedad sea titular de casi todo el capital social de otra constituye un indicio muy sólido a favor de la existencia de tal control, no permite excluir con certeza que una o varias otras personas puedan poseer, por sí solas o conjuntamente, el poder de decisión, puesto que es posible, en particular, que la propiedad del capital social se haya disociado de los derechos de voto.

111 Por lo demás, de la jurisprudencia recordada anteriormente se desprende que, para formar con su filial una única y misma empresa, una sociedad matriz debe ejercer un control sobre el comportamiento de su filial, lo que puede demostrarse acreditando, o bien que la sociedad matriz tiene la capacidad de ejercer una influencia decisiva en el comportamiento de la filial y que, además, ha ejercido efectivamente esa influencia, o bien que esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (véase, en particular, la sentencia de 25 de marzo de 2021, Deutsche Telekom/Comisión, C-152/19 P, EU:C:2021:238, apartados 94 y 95).

112 En consecuencia, una sociedad matriz debe igualmente poder desvirtuar la presunción enunciada en el apartado 109 de la presente sentencia demostrando que, aunque fuera titular de todo o casi todo el capital de otra sociedad, cuando la práctica tuvo lugar, no le daba instrucciones, ni participaba directa ni indirectamente, en particular a través de administradores designados, en la adopción de las decisiones de esa otra sociedad relativas a la actividad económica de que se trata.

113 En el presente asunto, ENEL sostiene que las dificultades que surgieron en el marco de los litigios principales no están vinculadas a la aplicación de esta presunción, sino al reparto de la carga de la prueba de que las diferentes sociedades del grupo ENEL de que se trata formaban una única y misma empresa y a la obligación de motivación que incumbe a la autoridad de competencia cuando pretende descartar los elementos aportados por una sociedad matriz para desvirtuar dicha presunción.

114 A este respecto, por lo que atañe a la carga de la prueba, tal y como señaló el Abogado General en el punto 155 de sus conclusiones, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la presunción que se deriva del hecho de que una sociedad matriz sea titular de todo o casi todo el capital social de su filial implica que el ejercicio efectivo de una influencia decisiva por parte de la sociedad matriz respecto a su filial y, por tanto, la existencia, entre esas sociedades, de una misma y única empresa, se consideren acreditados sin que la autoridad de la competencia deba aportar ninguna prueba adicional (véase, en particular, la sentencia de 16 de junio de 2016, Evonik Degussa y AlzChem/Comisión, C-155/14 P, EU:C:2016:446, apartados 29 y 30).

115 Por lo que respecta a la obligación de motivación, procede recordar que esta constituye un principio general del Derecho de la Unión que se refleja en el artículo 41 de la Carta, que debe aplicarse a los Estados miembros cuando recurren a dicho ordenamiento (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de noviembre de 2020, Minister van Buitenlandse Zaken, C-225/19 y C-226/19, EU:C:2020:951, apartado 34 y jurisprudencia citada).

116 De conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 47 de la Carta, la motivación aportada debe permitir, por una parte, a los interesados apreciar si la decisión adoptada adolece eventualmente de algún vicio que permita impugnar su validez y, por otra parte, al juez competente ejercer un control de legalidad (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de mayo de 2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, apartado 84).

117 Así, cuando una decisión declara que una sociedad formaba, en el momento de los hechos, junto con una o varias de sus filiales, una única y misma empresa a efectos de la realización de una actividad económica, dicha decisión debe contener, para que se considere debidamente motivada, una exposición de las razones que justifican tal declaración (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de octubre de 2003, Aristrain/Comisión, C-196/99 P, EU:C:2003:529, apartado 100, y de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartado 152).

118 De ello resulta, tal y como señaló el Abogado General en el punto 160 de sus conclusiones, que cuando para imponer a una sociedad matriz una multa por el comportamiento de la empresa que esta formaba, en el momento de los hechos, con otra sociedad, que era, en aquel entonces, su filial, una autoridad de la competencia se ha basado en la presunción del ejercicio de una influencia decisiva debido a que la sociedad matriz era titular, en el momento de los hechos, de todo o casi todo el capital de esa otra sociedad, siendo así que dicha sociedad matriz había aportado, durante el procedimiento administrativo, elementos concretos para desvirtuar esa presunción, la autoridad de la competencia ha de exponer de manera adecuada, para cumplir con su obligación de motivación, las razones por las que esos elementos no permitían desvirtuar dicha presunción (sentencia de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, EU:C:2011:620, apartado 153).

119 No obstante, tal obligación de motivación no implica que la autoridad de competencia esté obligada a pronunciarse sobre cada uno de los elementos expuestos por la sociedad matriz para desvirtuar dicha presunción (sentencia de 5 de diciembre de 2013, Comisión/Edison, C-446/11 P, no publicada, EU:C:2013:798, apartado 23).

120 En efecto, por una parte, la cuestión de si un acto está suficientemente motivado con arreglo a Derecho debe apreciarse en relación con su contexto y con las normas aplicables (véase, por analogía, la sentencia de 19 de noviembre de 2013, Comisión/Consejo, C-63/12, EU:C:2013:752, apartado 99). Por otra parte, dado que la motivación es un requisito de forma, para que se cumpla esta exigencia basta con que la decisión impugnada invoque un motivo que permita demostrar que, a pesar de los diferentes elementos aportados, no procedía refutar la presunción. Corresponde a continuación a los destinatarios de dicha decisión rebatir la procedencia de tal motivo.

121 De ello se sigue que, dado que en los litigios principales no se niega que ENEL poseía todo o casi todo el capital de SEN, la AGCM podía presumir que dicha sociedad matriz formaba con su filial una única empresa a efectos de la actividad de distribución de electricidad en el mercado de que se trata. Sin embargo, ENEL podía intentar desvirtuar esta presunción aportando pruebas que demostrasen, o bien que el hecho de que fuera titular de esa parte del capital no le permitía controlar a SEN, o bien que no hacía uso, ni directa ni indirectamente, de la capacidad que tenía, por ser titular de todo o casi todo el capital de SEN, de ejercer una influencia decisiva sobre SEN. En tal caso, la AGCM estaba obligada a pronunciarse sobre las pruebas aportadas exponiendo, cuando menos, un motivo que permitiera demostrar que, a pesar de estos diferentes elementos, no procedía desvirtuar la presunción.

122 No obstante, en los litigios principales puede señalarse que la alegación según la cual los procesos de toma de decisiones descentralizados en el seno del grupo solo dejaban en manos de ENEL la mera función de promover sinergias y buenas prácticas entre las distintas sociedades del grupo no parece bastar, en ningún caso, para desvirtuar dicha presunción, puesto que, entre otras cosas, no excluye que representantes de ENEL formasen parte de los órganos de decisión de SEN, ni tampoco garantiza que los miembros de dichos órganos fueran funcionalmente independientes de la sociedad matriz.

123 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, cuando una o varias filiales pertenecientes a una unidad económica explotan de manera abusiva una posición dominante, la existencia de esa unidad basta para considerar que la sociedad matriz también es responsable de dicho abuso. La existencia de tal unidad debe presumirse si, en el momento de los hechos, la sociedad matriz era titular, directa o indirectamente, de al menos la práctica totalidad del capital de esas filiales. La autoridad de competencia no está obligada a aportar ninguna prueba adicional, a menos que la sociedad matriz demuestre que no tenía la capacidad de definir la conducta de sus filiales y que estas actuaban de manera autónoma.

Costas

124 Dado que el procedimiento tiene, para las partes de los litigios principales, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes de los litigios principales, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

1) **El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, para determinar si una práctica constituye una explotación abusiva de una posición dominante, basta con que una autoridad de competencia demuestre que dicha práctica puede menoscabar la estructura de competencia efectiva en el mercado pertinente, a menos que la empresa dominante de que se trate demuestre que los efectos contrarios a la competencia que pueden derivarse de dicha práctica se ven contrarrestados, o incluso superados, por efectos positivos para los consumidores, en particular en lo que concierne a los precios, la gama de productos, la calidad y la innovación.**

2) **El artículo 102 TFUE debe de interpretarse en el sentido de que, para excluir el carácter abusivo del comportamiento de una empresa que ocupa una posición dominante, debe considerarse insuficiente, por sí sola, la prueba aportada por la empresa en cuestión de que dicho comportamiento no ha producido efectos restrictivos concretos. Este elemento puede constituir un indicio de la incapacidad del comportamiento en cuestión para producir efectos contrarios a la competencia, que, no obstante, deberá completarse con otros elementos de prueba dirigidos a demostrar dicha incapacidad.**

3) **El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una práctica de exclusión abusiva por parte de una empresa que ocupa una posición dominante debe apreciarse sobre la base de la capacidad de dicha práctica para producir efectos contrarios a la competencia. Una autoridad de competencia no está obligada a demostrar la intención de la empresa de que se trate de expulsar a sus competidores utilizando medios o sirviéndose de recursos distintos de aquellos que rigen una competencia basada en los méritos. No obstante, la prueba de tal intención constituye una circunstancia fáctica que puede tenerse en cuenta para determinar la existencia de un abuso de posición dominante.**

4) **El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una práctica lícita al margen del Derecho de la competencia puede calificarse de «abusiva», en el sentido de esta disposición, cuando es llevada a cabo por una empresa que ocupa una posición dominante, si puede producir un efecto excluyente y si se basa en la utilización de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos. Cuando concurran estos dos requisitos, la empresa en posición dominante de que se trate puede, no obstante, eludir la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE demostrando que la práctica en cuestión estaba objetivamente justificada y resultaba proporcionada a dicha justificación o podía verse compensada, o incluso superada, por mejoras de la eficacia que beneficiaban también a los consumidores.**

5) **El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, cuando una o varias filiales pertenecientes a una unidad económica explotan de manera abusiva una posición dominante, la existencia de esa unidad basta para considerar que la sociedad matriz también es responsable de dicho abuso. La existencia de tal unidad debe presumirse si, en el momento de los hechos, la sociedad matriz era titular, directa o indirectamente, de al menos la práctica totalidad del capital de esas filiales. La autoridad de competencia no está obligada a aportar ninguna prueba adicional, a menos que la sociedad matriz demuestre que no tenía la capacidad de definir la conducta de sus filiales y que estas actuaban de manera autónoma.**

Firmas