

Asunto C-377/20**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

29 de julio de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

21 de mayo de 2020

Partes recurrentes:

Servizio Elettrico Nazionale SpA

ENEL SpA

Enel Energia SpA

Parte recurrida:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridad de Defensa de la Competencia y del Mercado)

Objeto del procedimiento principal

Tres recursos interpuestos ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) por los que se solicita la modificación de tres sentencias dictadas por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia) en las que se confirmó un abuso de posición dominante, por parte de las recurrentes, en el sentido del artículo 102 TFUE, constatado por la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridad de Defensa de la Competencia y del Mercado; en lo sucesivo, «Autoridad»).

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión, en particular del artículo 102 TFUE, con arreglo al artículo 267 TFUE

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 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridad de Defensa de la Competencia y del Mercado) 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 empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades, ¿basta la pertenencia a dicho grupo para presumir que las empresas que no participaron en la conducta abusiva han contribuido también al acto ilícito —de modo que a la Autoridad de Supervisión le bastaría con demostrar una actividad paralela consciente, aunque no revista carácter colusorio, de las empresas 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 empresas del grupo que ocupa una posición dominante, en particular con el fin de demostrar la participación de la sociedad matriz?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 102 TFUE

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Artículo 3 de la Ley n.º 287/1990: «Se prohíbe el abuso, por parte de una o varias empresas, de una posición dominante en el mercado nacional o en una parte relevante del mismo [...]»

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Desde la liberalización del mercado de la energía eléctrica en Italia, las fases de producción y venta han estado abiertas a la competencia, mientras que la gestión de la red de transmisión y de distribución ha permanecido regulada en régimen de monopolio, sobre la base de una concesión ministerial, en la medida en que las estructuras son limitadas y no reproducibles. Por tanto, con el fin de garantizar, en beneficio de operadores y usuarios, una gestión neutral de la red, la empresa integrada verticalmente que en el pasado ocupaba una posición de monopolio en el sector —Enel— se ha visto obligada a separar los diversos componentes de su cadena de producción y, en particular, a escindir el segmento no competitivo del segmento abierto a la libre competencia de los operadores. Este proceso desembocó en la constitución de las tres sociedades siguientes:

Enel Energia (EE), suministrador de energía eléctrica para el mercado libre; **Servizio Elettrico Nazionale (SEN)**, suministrador del «servicio de protección reforzada», y **e-distribuzione**, concesionaria de la actividad de distribución de energía eléctrica.

Por «Servicio de Protección Reforzada (de los precios)» (en lo sucesivo, «SPR») se entiende el suministro de energía eléctrica a clientes finales de pequeño tamaño que no han elegido todavía a un vendedor en el mercado libre y a los que presta el

servicio, por ministerio de la ley, una sociedad vinculada al distribuidor en las condiciones contractuales y económicas definidas por la Autoridad del sector.

El SEN es actualmente el operador por excelencia del SPR, puesto que está presente en las áreas en las que la distribución de energía eléctrica es competencia de e-distribuzione, esto es, en un 85 % del territorio nacional. El segundo mayor operador no alcanza siquiera el 5 % de dicho mercado. De conformidad con las disposiciones legales, en enero de 2022 el SPR desaparecerá, para dejar espacio exclusivamente al mercado libre.

- 2 El presente procedimiento se inicia a partir de unas denuncias presentadas ante la Autoridad sobre la utilización ilícita de información comercial sensible por parte de operadores del grupo Enel para transferir los clientes del SEN a EE, a la vista de la anunciada modificación del mercado, para tratar de evitar así el traspaso en bloque a las ofertas libres de la competencia.

Según la exposición de los hechos realizada por la Autoridad, el SEN recabó el consentimiento de los usuarios del SPR para enviarles propuestas comerciales «discriminatorias» consistentes en solicitar una primera autorización de tratamiento de datos personales en favor de las sociedades del grupo Enel y una segunda en favor de terceros operadores. Por regla general, los clientes daban su consentimiento en el primer caso, al considerar que era necesario para la gestión de la relación con el suministrador, mientras que solían denegararlo en el segundo caso, dirigido a los otros operadores. De hecho, los consentimientos otorgados a favor de terceros solo ascendieron al 30 %.

Los nombres de los clientes que dieron su consentimiento para que se facilitase la información a Enel fueron incluidos en listas específicas. Sobre la base de estas listas, EE lanzó ofertas dirigidas exclusivamente a la clientela del SPR, la última de las cuales se denominó «Sempre con te» («Siempre contigo»).

La pertenencia de los clientes al SPR era una información que no podía encontrarse de ningún otro modo, lo cual convertía las listas del SEN en un activo estratégico y no reproducible. Al no disponer de ellas, los demás operadores perdieron un 40 % de la demanda objeto de la competencia durante el período de referencia (2014-2017) (efecto restrictivo potencial).

Pese a la reestructuración orgánica, al menos los altos cargos del grupo Enel siguieron intercambiando información y adoptando decisiones de forma conjunta.

- 3 En tales circunstancias, la Autoridad impuso a EE y al SEN, así como a la sociedad matriz Enel, una sanción por abuso de posición dominante (artículo 102 TFUE). Las imputaciones fueron confirmadas por el órgano jurisdiccional de primera instancia respecto a cada una de las tres sociedades, si bien con una reducción de la sanción para las dos primeras, debido a la menor duración de la infracción y a un error en la base de cálculo de la multa. Las tres recurrentes han interpuesto sendos recursos ante el Consiglio di Stato, en los que solicitan la anulación íntegra de las sanciones o una reducción del importe de las mismas.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 4 En opinión de las recurrentes, no se han aportado ni la prueba de la estrategia abusiva ni la prueba de la potencial capacidad de las conductas de excluir la competencia en el mercado, en la medida en que:
- introducir un nombre en una lista de venta telefónica no priva al consumidor de la competencia, no entraña ningún vínculo o compromiso de suministro ni impide que el consumidor que haya dado su consentimiento figure en otras listas, reciba otras comunicaciones comerciales o elija o cambie en cualquier momento, incluso en repetidas ocasiones, de suministrador;
 - las listas del SEN eran poco significativas en términos cuantitativos respecto a las dimensiones del mercado y a la clientela del SEN; por otro lado, en el mercado se hallaban disponibles —y se utilizaron— otras listas, más completas y a precios más bajos;
 - en concreto, el uso de las listas del SEN en los dos meses transcurridos entre el lanzamiento de la oferta «Sempre con te» y la decisión de cerrar el canal de venta de dicha oferta apenas procuró 478 clientes, lo que supone un 0,002 % de los usuarios del SEN y un 0,001 % de los consumidores de electricidad;
 - la Autoridad no tuvo en cuenta las pruebas presentadas para demostrar que la conducta censurada tampoco era apta para generar un efecto restrictivo de la competencia, que, de hecho, no generó en absoluto.
- 5 Además, desde 2014, el grupo Enel pasó de un modelo centralizado a uno en el que la sociedad matriz simplemente promueve sinergias y «buenas prácticas» entre las diversas sociedades operativas, sin desempeñar ya un papel decisorio. Por tanto, la sociedad matriz no debía ser sancionada, y menos aún de forma más severa que las propias sociedades operativas.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 6 El mercado de referencia es el de la venta al por menor de energía eléctrica a los clientes finales domésticos y no domésticos de menor tamaño del territorio, en el que el grupo Enel ocupa una posición de monopolio en la distribución de energía eléctrica. La posición dominante de Enel se deriva de las cuotas que posee de forma estable en el mercado de referencia y del control de las infraestructuras no reproducibles, del vínculo entre los diversos segmentos implicados y de la capacidad financiera de la estructura integrada verticalmente. Lo que se censura en el caso de autos es un abuso atípico y que excluye la competencia en el mercado respecto a los ejemplos contenidos en el artículo 102 TFUE, en la medida en que está dirigido a impedir el crecimiento o la diversificación de la oferta de las empresas competidoras.

- 7 El tema central del presente asunto es si la conducta de la empresa dominante puede perseguir el propósito de excluir a los demás operadores presentes en el mercado libre vaciando las bases de clientes del SPR. Las partes han presentado, en el curso del procedimiento por prácticas colusorias, estudios económicos dirigidos a demostrar que su conducta no ha producido efectos concretos de exclusión de la competencia del mercado. La Autoridad ha recabado elementos de prueba para demostrar la existencia de la voluntad estratégica del grupo de reducir la desventaja derivada de la desaparición del SPR.
- 8 Sobre estos aspectos así expuestos versan las diversas cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional remitente. A la vista del silencio del artículo 102 TFUE y de la norma nacional que lo transpone, el órgano jurisdiccional pregunta, en primer lugar (*primera cuestión prejudicial*), si el supuesto prohibido de «explotación abusiva» debe consistir necesariamente en comportamientos en el mercado objetivamente antijurídicos o bien si constituye tal explotación el efecto restrictivo o potencialmente restrictivo de cualquier comportamiento, aun siendo perfectamente lícito, que la empresa dominante observe con el fin de reforzar su posición. En efecto, la conducta desarrollada por el grupo Enel es, de suyo, lícita (en el plano del Derecho civil), en la medida en que no se ha alegado la infracción de ninguna norma específica en materia de tratamiento de datos personales y las listas del SEN resultan haber sido adquiridas a precio de mercado.
- 9 Mediante la *segunda cuestión prejudicial*, este mismo órgano jurisdiccional pregunta cuál es realmente el efecto económico censurado por la prohibición de explotación abusiva: el menor bienestar del consumidor [por ejemplo, por un encarecimiento de los precios: véase la Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02)] o la alteración de la estructura, variedad, calidad e innovación del mercado, como se desprende de una considerable jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- 10 A continuación, si bien es cierto, según una consolidada línea jurisprudencial, que la actuación contraria a la competencia también puede consistir únicamente en el intento de impedir el mantenimiento o el desarrollo de la competencia en el mercado, el órgano jurisdiccional remitente duda de que en presencia de un comportamiento que solo resulta idóneo en abstracto para producir efectos restrictivos, se admita, pese a ello, la prueba de que no se ha producido realmente efecto restrictivo alguno. En caso de respuesta afirmativa, se suscita la cuestión de si la Autoridad está obligada a comprobar de forma concreta las pruebas eventualmente presentadas por la empresa para demostrar que la conducta censurada no puede, en concreto, excluir a los competidores del mercado (*tercera cuestión prejudicial*).
- 11 Desde otro punto de vista, se trata de entender la relevancia de la intención en la valoración del abuso: si el propósito ilícito no tiene relevancia alguna y es suficiente la prueba de los efectos (siquiera potenciales) o si, por el contrario,

dicho propósito es relevante, por sí solo, al objeto de poder atribuir a la conducta del agente los efectos contrarios a la competencia censurados o, por último, si únicamente sirve para que recaiga la carga de la prueba en la empresa dominante, la cual deberá demostrar que no se ha producido el efecto de exclusión de la competencia en el mercado (*cuarta cuestión prejudicial*).

- 12 El asunto de la prueba se suscita también en la *quinta* y última *cuestión prejudicial*, en la que se plantea el problema de cómo valorar la responsabilidad de las empresas jurídicamente independientes que, sin embargo, se presentan en el mercado como una entidad colectiva o conjunta: ¿basta, para imputar el ilícito a la empresa concreta, con que esta forme parte del grupo —y la Autoridad, pues, debe solo demostrar que actúa en paralelo a las demás— o se requiere la prueba, siquiera indirecta, de una situación concreta de coordinación y subordinación respecto a la sociedad matriz en particular?

DOCUMENTO DE TRABAJO