# AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA de 28 de mayo de 2001 *

En el asunto T-53/01 R,

**Poste Italiane SpA,** con domicilio social en Roma (Italia), representada por los Sres. G.M. Roberti, P. Mathijsen, A. Perrazzelli, E. Rubini y A. Sandulli, abogados, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

**Comisión de las Comunidades Europeas,** representada por la Sra. L. Pignataro y el Sr. K. Wiedner, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

que tiene por objeto una demanda de suspensión de la ejecución de la Decisión 2001/176/CE de la Comisión, de 21 de diciembre de 2000, relativa a un

* Lengua de procedimiento: italiano.

procedimiento en virtud del artículo 86 del Tratado CE, en relación con la prestación en Italia de nuevos servicios postales que garantizan el reparto en fecha u hora determinada (DO 2001, L 63, p. 59),

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

dicta el siguiente

## Auto

### Marco jurídico

1 Conforme al artículo 16 CE:

«Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido.»

2 El artículo 86 CE, apartado 1, exige que los Estados miembros no adopten ni mantengan, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 CE y 81 CE a 89 CE, ambos inclusive.

3 En sus apartados 2 y 3 dispone:

«2. Las empresas encargadas de la gestión de los servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.»

**Antecedentes del litigio**

4 Poste Italiane SpA (en lo sucesivo, «Poste Italiane» o «demandante») es una empresa controlada en su totalidad por el Estado Italiano. Presta en Italia el servicio postal universal, en el sentido del artículo 3 de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio (DO 1998, L 15, p. 14).

Conforme al apartado 1 de dicha disposición, el servicio universal «correspond[e] a una oferta de servicios postales de calidad determinada prestados de forma permanente en todos los puntos del territorio a precios asequibles a todos los usuarios».

5 El decreto del presidente della Repubblica nº 156, de 29 de marzo de 1973, relativo all'approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, dei servizi bancari postali e delle telecomunicazioni (GURI, nº 113, de 3 de mayo de 1973, supplemento ordinario) prevé, en su artículo 1, que «son competencia exclusiva del Estado, dentro de los límites establecidos en el presente Decreto: los servicios de recogida, transporte y distribución de correspondencia [...]».

6 El artículo 4 del Decreto nº 156 autoriza, no obstante, la prestación de los servicios previstos en su artículo 1 por Poste Italiane o por agencias de distribución, es decir, por cualquier operador privado que haya obtenido una concesión del Ministerio de Comunicaciones (en lo sucesivo, «agencias de distribución»).

7 El 22 de julio de 1999, las autoridades italianas adoptaron el decreto legislativo nº 261 (GURI nº 182, de 5 de agosto de 1999) que entró en vigor el 6 de agosto siguiente y mediante el que se adaptó el Derecho italiano a la Directiva 97/67.

8 El artículo 4 del Decreto nº 261 regula los servicios reservados a Poste Italiane, en tanto que proveedora del servicio universal. Dispone:

«1. Podrán reservarse al proveedor del servicio universal, en la medida necesaria para mantener este último, la recogida, clasificación y distribución de envíos de

correspondencia interna y transfronteriza, incluso mediante entrega urgente, cuyo precio sea inferior al quíntuplo de la tarifa pública aplicada a un envío de correspondencia del primer nivel de peso de la categoría normalizada más rápida, cuando exista, siempre que su peso sea inferior a 350 gramos.

2. El ámbito reservado contemplado en el apartado 1 comprende cada una de las fases en sí.

3. El correo transfronterizo comprende los objetos que forman parte del ámbito reservado con destino u origen en el extranjero.

4. Por lo que se refiere a la fase de entrega, se incluyen entre los envíos de correspondencia contemplados en el apartado 1 los generados mediante la utilización de tecnologías telemáticas.

5. Con independencia de los límites de precio y peso, el ámbito reservado contemplado en el apartado 1 comprende los envíos certificados relacionados con los procedimientos administrativos y judiciales; se entiende por procedimientos administrativos los relativos a la actividad de la Administración Pública y los concursos públicos.»

9 De los autos se desprende que «correo electrónico híbrido» es aquel en el que la recogida, clasificación y transporte de datos se garantiza por vía electrónica, pero cuya entrega, tras una impresión, se efectúa de forma física.

## Decisión controvertida

10 Tras varias reuniones con los representantes de las autoridades italianas y de Poste Italiane, la Comisión inició, mediante escrito de requerimiento de 16 de mayo de 2000, un procedimiento de infracción contra Italia por violación del artículo 86 CE en relación con el artículo 82 CE.

11 El Gobierno italiano y Poste Italiane presentaron sus observaciones, por escrito y durante las reuniones con los representantes de la Comisión, sobre las imputaciones formuladas en el escrito de requerimiento.

12 El 21 de diciembre de 2000, la Comisión adoptó la Decisión 2001/176/CE relativa a un procedimiento en virtud del artículo 86 del Tratado CE, en relación con la prestación en Italia de nuevos servicios postales que garantizan el reparto en fecha u hora determinadas (DO 2001, L 63, p. 59; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»), cuya parte dispositiva es la siguiente:

«*Artículo 1*

Las normas italianas que regulan el sector postal y, en particular, el párrafo cuarto del artículo 4 del [decreto legislativo] nº 261 de 22 de julio de 1999, infringen lo dispuesto conjuntamente en el apartado 1 del artículo 86 y en el artículo 82 del Tratado, en la medida en que eliminan la competencia con referencia a la fase de entrega en fecha u hora determinadas de los servicios de correo electrónico híbrido.

Se insta a Italia a poner fin a esta infracción, eliminando los derechos exclusivos conferidos a Poste Italiane SpA en relación con la fase de entrega en fecha u hora determinadas de los servicios de correo electrónico híbrido.

*Artículo 2*

Italia se abstendrá en el futuro de conferir derechos exclusivos en la fase de entrega en fecha u hora determinadas de los servicios de correo electrónico híbrido.

*Artículo 3*

Italia informará a la Comisión dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la presente Decisión de las medidas adoptadas para poner fin a la infracción a la que se refiere el artículo 1.

*Artículo 4*

El destinatario de la presente Decisión será la República Italiana.»

13 En la Decisión controvertida, la Comisión constata que el derecho exclusivo concedido a Poste Italiane por el artículo 4, apartado 4, del Decreto nº 261/99 se refiere a todas las entregas de los envíos de correspondencia realizados a través de medios telemáticos, independientemente de que tengan o no un valor añadido respecto al servicio de entrega tradicional y que Poste Italiane preste o no el mismo servicio de entrega con valor añadido.

14 También destaca que los Decretos ministeriales nº 333, de 24 de junio de 1987 (GURI nº 184, de 8 de agosto de 1987), nº 269, de 29 de mayo de 1988 (GURI nº 165, de 15 de julio de 1988) y nº 260, de 7 de agosto de 1990 (GURI nº 218, de 18 de septiembre de 1990), que constituyen el marco jurídico para el establecimiento del servicio de correo electrónico híbrido de Poste Italiane, no incluían en el sector reservado la fase de entrega de este servicio.

15 En los considerandos de la Decisión controvertida se destacan diversos elementos de hecho relativos a los servicios examinados:

— los operadores privados ofrecen a las empresas, en especial a los bancos y a las compañías de seguros, nuevos servicios de externalización de su correo que comprenden la producción, preparación, transporte y entrega de envíos en los que el factor tiempo es fundamental;

— los servicios ofrecidos respecto al tratamiento del correo electrónico híbrido aumentan la rapidez y fiabilidad en la fase de entrega gracias a la prestación de dos servicios clave, a saber, la entrega garantizada en una fecha determinada o la entrega garantizada a una hora determinada, que los distingue del servicio tradicional;

— el servicio de entrega en una fecha o a una hora determinadas ofrecida por los operadores privados está garantizado y asegurado contractualmente, por lo menos, en todo el territorio de una región de Italia;

— existen variantes de las dos prestaciones clave, en particular el servicio de entrega en una fecha o a una hora determinadas según una secuencia solicitada por el cliente o la entrega en una fecha determinada en uno o varios

destinos si no pudo realizarse la entrega en el primer destino; se añaden prestaciones suplementarias como el seguimiento de toda la operación de transmisión electrónica y entrega física, la confirmación, por vía electrónica, de la entrega en la fecha o a la hora determinadas, el registro electrónico de dichas confirmaciones de entrega, la comunicación, por vía electrónica, en caso de que no pueda efectuarse la entrega, de los intentos de localizar al cliente en su nuevo domicilio, y la elaboración y actualización permanente de listas de direcciones propias para el cliente;

— los operadores privados se dotan de la infraestructura necesaria para prestar los servicios de externalización del correo electrónico híbrido en una gran parte del territorio nacional (cobertura aproximada del 40 % del territorio italiano);

— la red de distribución de Poste Italiane no ofrece las prestaciones de entrega garantizada en una fecha o a una hora determinadas.

16 En la parte de la Decisión controvertida dedicada a la apreciación jurídica, la Comisión, después de señalar que Poste Italiane es una empresa pública en el sentido del artículo 86 CE, apartado 1, a la que el Estado italiano ha concedido derechos exclusivos sobre la base del artículo 4 del Decreto nº 261:

— examina los mercados de servicios pertinentes (considerandos 16 a 21) y el mercado geográfico de referencia (considerando 22);

— comprueba que Poste Italiane ocupa una posición dominante en una parte sustancial del mercado común en el sentido del artículo 82 CE en tanto que dispone del monopolio legal sobre el mercado cubierto por la exclusividad atribuida por el artículo 4 del Decreto nº 261 (considerando 23);

— estima que una medida estatal que reserva un mercado próximo pero distinto del reservado previamente infringe el artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, en particular cuando esta medida induce al operador a restringir la prestación del nuevo servicio reservado; éste es el caso de Poste Italiane, que no ofrece los servicios de entrega en una fecha o a una hora determinadas e impide, mediante el mero ejercicio de su derecho exclusivo, que los operadores privados satisfagan la demanda de dicho servicio (considerando 26);

— destaca que el abuso puede afectar al comercio entre los Estados miembros (considerando 29);

— considera que, en virtud del artículo 86 CE, apartado 2, las normas sobre la competencia se aplican a Poste Italiane, en tanto que empresa encargada de un servicio de interés económico general, puesto que las autoridades italianas no han acreditado que su aplicación obstaculice, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica que se le ha confiado. En el presente asunto, no puede afirmarse que la competencia respecto a la entrega garantizada en una fecha o a una hora determinadas comprometa el equilibrio financiero de Poste Italiane, ni que la apertura del servicio en cuestión a los operadores privados prive al operador público de determinadas actividades rentables (considerando 30).

17 Finalmente, se destaca en la conclusión de la Decisión impugnada que «ningún otro Estado miembro, con excepción de Italia, ha adoptado una norma similar a

la del párrafo cuarto del artículo 4 del Decreto [nº 261], que reserva la fase de entrega del servicio de correo electrónico híbrido prescindiendo de las características particulares de esta fase» (considerando 31).

18 Con objeto de dar cumplimiento a esta Decisión, las autoridades italianas adoptaron el 24 de enero de 2001 la circular DGRQS/208 (en lo sucesivo, «circular 208»). Esta circular precisa el sentido que debe darse al artículo 4, apartado 4, del Decreto nº 261.

19 El artículo 3 de la circular 208 establece que «la fase de entrega del correo electrónico híbrido [corresponde] al ámbito reservado atribuido a [Poste Italiane], sobre la misma base que todo envío de correspondencia en los límites de peso y precio en vigor».

20 El artículo 4 especifica, no obstante, que la entrega de envíos de correo electrónico híbrido, en los que el factor tiempo es fundamental, en una fecha o a una hora determinadas no está comprendida en el ámbito reservado cuando se cumplan determinados requisitos, a saber: obligación para el operador que pretende prestar el servicio, como mínimo en el territorio de una región, de obtener una licencia (artículo 5); obligación de resultado por parte del operador: entrega en una fecha o a una hora determinadas y pago supeditado a la entrega del correo en el plazo contractual (artículo 6); obligación de llevar un registro en el que el operador describa cada envío precisando los datos esenciales que le afectan (artículo 7); obligación de garantizar que los envíos en una fecha o a una hora determinadas sean identificables (artículo 8); obligación del operador de probar la fecha, o la hora y la fecha, mediante la firma del destinatario en el registro previsto a tal efecto con la posibilidad de seguir el envío durante la fase de entrega (artículo 9), y obligación de conservar los registros durante un período de seis meses (artículo 11).

21 La circular 208 no establece ningún requisito en cuanto al nivel de precios del servicio de entrega de correo electrónico híbrido en una fecha o a una hora determinadas.

## Procedimiento

22 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 6 de marzo de 2001, Poste Italiane interpuso, con arreglo al artículo 230 CE, párrafo cuarto, un recurso de anulación contra la Decisión controvertida.

23 Mediante escrito separado presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el mismo día, también interpuso, con arreglo al artículo 242 CE, una demanda de suspensión de la ejecución de dicha Decisión hasta que el Tribunal de Primera Instancia se pronuncie sobre el fondo.

24 Mediante demandas registradas en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia respectivamente los días 29 y 30 de marzo de 2001, Recapitalia Consorzio Italiano delle Agenzie di Recapito Licenziatarie del Ministero delle Comunicazioni (en lo sucesivo, «Consorzio Recapitalia»), representadas por los Sres. L. Magrone y M. Giordano, abogados, y la sociedad TNT Post Groep NV, representada por los Sres. M. Merola y C. Tesauro, abogados, que designaron ambas domicilio en Luxemburgo, solicitaron intervenir como coadyuvantes en el presente procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

25 Las demandas de intervención fueron notificadas a las partes, con arreglo al artículo 116, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.

26 La Comisión presentó sus observaciones escritas sobre la demanda de medidas provisionales el 30 de marzo de 2001.

27 Mediante escritos de 30 de marzo y 2 de abril de 2001, el Secretario del Tribunal de Primera Instancia convocó a quienes habían solicitado intervenir como coadyuvantes a la vista para la audiencia de las partes en el procedimiento sobre medidas provisionales.

28 El 4 de abril de 2001, la Comisión solicitó el trato confidencial, respecto a Consorzio Recapitalia y TNT Post Groep, de un anexo de la demanda de medidas provisionales (escrito de requerimiento, de 16 de mayo de 2000, dirigido a las autoridades italianas) y de un anexo de las observaciones de la Comisión (carta del Presidente del Consejo de Ministros, de 14 de diciembre de 2000, dirigida al Sr. Monti, miembro de la Comisión).

29 Las explicaciones de las partes del presente procedimiento y de quienes habían solicitado intervenir como coadyuvantes fueron oídas el 5 de abril de 2001. El mismo día, Poste Italiane solicitó el trato confidencial de determinados datos contenidos en la demanda de medidas provisionales y en varios de sus anexos.

30 Durante la comparecencia, se instó a Poste Italiane y a la Comisión a que expusieran su postura sobre las demandas de intervención presentadas por Consorzio Recapitalia y TNT Post Groep. La demandante no se opuso a la solicitud de trato confidencial formulada por la Comisión. También aportó un documento, un folleto publicitario relativo a los servicios ofrecidos por Poste Italiane, que fue aceptado por el juez de medidas provisionales, a pesar del carácter extemporáneo de su presentación, después de haber recibido las observaciones de la Comisión y de quienes había solicitado intervenir como coadyuvantes.

31 El 6 de abril de 2001 la Comisión comunicó que no se oponía a la solicitud de trato confidencial formulada por Poste Italiane.

32 El 1 de marzo de 2001, la República Italiana interpuso ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación contra la Decisión controvertida que se registró con el número C-102/01. No se presentó ninguna demanda de suspensión de la ejecución.

33 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 30 de marzo de 2001, la República Italiana comunicó al Tribunal de Justicia, conforme al artículo 78 del Reglamento de Procedimiento de éste, que desistía de su recurso, de lo cual tomó conocimiento la Comisión el 20 de abril siguiente.

34 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2001, Italia/Comisión (no publicado en la Recopilación), notificado a las partes mediante escrito del 11 de mayo siguiente, se ordenó el archivo del asunto C-102/01 y se hizo constar en el Registro del Tribunal de Justicia.

35 Mediante escrito de 15 de mayo de 2001, el Secretario del Tribunal de Primera Instancia, a instancia del juez de medidas provisionales, comunicó a las partes del procedimiento sobre medidas provisionales y a quienes habían solicitado intervenir como coadyuvantes, el archivo del asunto C-102/01 y su constancia en el Registro del Tribunal de Justicia.

**Fundamentos de Derecho**

36 Antes de pronunciarse sobre la presente demanda de medidas provisionales, procede determinar con precisión el alcance de la Decisión controvertida.

37 A este respecto, aunque determinados pasajes de la Decisión controvertida, en particular el considerando 18, no se refieren específicamente sólo al correo electrónico híbrido, del tenor del artículo 1 de su parte dispositiva se deriva que no cuestiona la legalidad del artículo 4, apartado 4, del Decreto nº 261, en su totalidad, sino sólo en la medida en la que esta disposición se aplica a los servicios de entrega de correo electrónico híbrido en una fecha o a una hora determinadas.

38 Durante la comparecencia, la Comisión confirmó expresamente esta interpretación de la Decisión controvertida.

39 Sin perjuicio de la compatibilidad de la circular 208 con las normas del Tratado, el contenido de esta normativa nacional también acredita que las autoridades italianas entendieron el alcance de la Decisión controvertida de modo similar. En efecto, la circular 208 permite la competencia, conforme a los requisitos que establece, en la fase de entrega en una fecha o a una hora determinadas de los envíos de correo electrónico híbrido en los que el factor tiempo es fundamental.

40 De lo anterior se deriva, por una parte, que no se declaró en la Decisión que el artículo 4, apartado 4, del Decreto n° 261 es contrario a las disposiciones del artículo 86 CE, interpretado en relación con el artículo 82 CE, cuando el correo transmitido por vía electrónica se entregue conforme a cualquier modalidad que no sea la entrega en una fecha o a una hora determinadas.

41 Por otra parte, la Decisión controvertida sólo contempla la entrega de correo electrónico híbrido en una fecha o a una hora determinadas y no cuestiona la compatibilidad con las disposiciones del Tratado de la normativa nacional relativa a la entrega de correo ordinario que presente tales características.

42 Con arreglo al artículo 242 CE, en relación con el artículo 4 de la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de 24 de octubre de 1988, por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (DO L 319, p. 1), en su versión modificada por la Decisión 93/350/Euratom, CECA, CEE, de 8 de junio de 1993 (DO L 144, p. 21), el Tribunal de Primera Instancia podrá, si las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

43 El artículo 104, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento prevé que una demanda de medidas provisionales debe especificar las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que justifiquen a primera vista *(fumus boni iuris)* la concesión de la medida provisional solicitada. Estos requisitos son acumulativos, de modo que debe desestimarse una demanda de suspensión de la ejecución cuando carece de uno de ellos [autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1996, SCK y FNK/Comisión, C-268/96 P(R), Rec. p. I-4971, apartado 30, y del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 1 de febrero de 2001, Free Trade Foods/Comisión, T-350/00 R, Rec. p. II-493, apartado 32]. El juez de medidas provisionales también efectúa, en su caso, una ponderación de los intereses en conflicto (auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 2001, Austria/Consejo, C-445/00 R, Rec. p. I-1461, apartado 73).

44 La medida solicitada debe, además, ser provisional, en el sentido de que no prejuzgue las cuestiones de hecho o de derecho objeto del litigio ni neutralice de antemano las consecuencias de la resolución que posteriormente se dicte en el procedimiento principal [auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 1995, Comisión/Atlantic Container Line y otros, C-149/95 P(R), Rec. p. I-2165, apartado 22].

45 Finalmente, conforme al artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento «la demanda se presentará mediante escrito separado y conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 44».

*Sobre las demandas de intervención*

46 Con arreglo al artículo 37, párrafo segundo, del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, aplicable al Tribunal de Primera Instancia en virtud del artículo 46, párrafo primero, de aquél, el derecho a intervenir está supeditado al requisito de que se demuestre un interés en la solución del litigio.

47 Por lo que se refiere al interés en la solución del litigio, las demandas de intervención en apoyo de las pretensiones de la Comisión en el procedimiento sobre medidas provisionales presentadas respectivamente por Consorzio Recapitalia y TNT Post Groep deben examinarse por separado.

48 En la comparecencia, Poste Italiane formuló sus reservas en cuanto a la existencia de un interés suficiente en la solución del litigio de quienes habían solicitado la intervención como coadyuvantes. También expresó sus dudas respecto a la admisibilidad de estas demandas de intervención teniendo en cuenta que Consorzio Recapitalia y TNT Post Groep no habrían podido, en el caso de que la Comisión hubiera decidido no cuestionar la compatibilidad del artículo 4, apartado 4, del Decreto nº 261, impugnar tal Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia.

49 Por su parte, la Comisión declaró que no se oponía a las demandas de intervención.

50 El juez de medidas provisionales entiende la alegación formulada por la demandante en la comparecencia en el sentido de que, puesto que una parte que haya presentado una denuncia ante la Comisión con el objeto de que declare una infracción del artículo 86 CE, en relación con el artículo 82 CE, no está legitimada para impugnar, sobre la base del artículo 230 CE, la legalidad de la Decisión por la que se deniega la adopción de la medida solicitada al amparo del artículo 86 CE, apartado 3, quienes solicitan intervenir como coadyuvantes, por analogía, no tienen legitimación para intervenir en un litigio relativo a un procedimiento de aplicación del artículo 86 CE, apartado 3. No puede acogerse este argumento, ya que, como ha declarado en Tribunal de Justicia, no cabe excluir *a priori* que puedan darse situaciones excepcionales en las que un particular o, eventualmente, una asociación creada para defender los intereses colectivos de una categoría de justiciables estén legitimados para impugnar en vía jurisdiccional la negativa de la Comisión a adoptar una Decisión en el marco de su misión de vigilancia prevista en el artículo 86 CE, apartados 1 y 3 (sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comisión, C-107/95 P, Rec. p. I-947, apartado 25). Además, esta alegación carece de pertinencia dado que la admisibilidad de una demanda de intervención debe apreciarse únicamente a la luz de los requisitos previstos en el artículo 37 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

51 Por lo que se refiere a la demanda de intervención presentada por Consorzio Recapitalia, procede recordar que la jurisprudencia muestra que se admite la intervención de asociaciones representativas que tienen por objeto la protección de sus miembros en asuntos en los que se plantean cuestiones de principio que pueden afectar a éstos [autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1997, National Power y PowerGen, asuntos acumulados C-151/97 P(I) y C-157/97 P(I), Rec. p. I-3491, apartado 66, y de 28 de septiembre de 1998, Pharos/Comisión, C-151/98 P(I), Rec. p. I-5441, apartado 6; auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 22 de marzo de 1999, Pfizer/Consejo, T-13/99 R, no publicado en la Recopilación, apartado 15].

52 La Decisión controvertida declara que la exclusión de la competencia en la fase de entrega del servicio de correo electrónico híbrido en una fecha o a una hora determinadas infringe el artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE (considerando 31 y artículo 1). Dicha Decisión prevé que Italia se abstendrá en el futuro de conferir derechos exclusivos en la fase de entrega en una fecha o a una hora determinadas del servicio de correo electrónico híbrido (artículo 2), de modo que debe liberalizarse esta fase de entrega de dicho correo electrónico híbrido. Este asunto plantea, a primera vista, cuestiones de principio relativas a los requisitos de aplicación de las disposiciones de los artículos 86 CE y 82 CE en el ámbito de los servicios postales y, en particular, a la extensión del ámbito que puede ser reservado mediante las disposiciones analizadas previamente.

53 Consorzio Recapitalia es una agrupación italiana de agencias de distribución autorizadas para prestar servicios no reservados, pero comprendidos en el servicio universal, y/o de servicios ajenos al servicio universal. Estas empresas se han dotado de infraestructuras que les permiten asegurar el servicio de entrega, garantizado contractualmente, en una fecha o a una hora determinadas.

54 El artículo 4, letra a), de sus estatutos dispone que Consorzio Recapitalia se propone «promover, coordinar, fomentar y proteger las iniciativas de las agencias de distribución titulares de concesiones para la entrega urgente a domicilio, otorgadas por el Ministerio de Correos y Telecomunicaciones», y su acción tiene por objetivo «favorecer y desarrollar la actividad de entrega efectuada por las agencias de [distribución], y ello también a través de la organización de nuevos servicios».

55 A tenor del mismo artículo, letra n), de sus estatutos, también está comprendida en su objeto la defensa judicial de los intereses de sus miembros, ya sea activa o pasivamente.

56 Además, Consorzio Recapitalia alega, sin que Poste Italiana lo haya negado, que agrupa a las mismas empresas que, a través de otra agrupación (Consorzio Riposta), habían denunciado ante la Comisión el incumplimiento por parte de Italia de los artículos 82 CE y 86 CE, en la medida en la que se había ampliado el ámbito reservado a Poste Italiane infringiendo las disposiciones de la Directiva 97/67.

57 De lo anterior se deduce que las empresas miembros de Consorzio Recapitalia, que quieren prestar el servicio de entrega de correo electrónico híbrido en una fecha o a una hora determinadas, pueden acreditar la existencia de un interés en que se desestime la demanda de suspensión de la ejecución.

58 Puesto que el objeto de Consorzio Recapitalia es defender los intereses económicos de las empresas que son miembros de éste y las propias empresas están afectadas por la Decisión controvertida, está claro su interés en la solución que se dé en el procedimiento de medidas provisionales. Confirma esta apreciación el hecho de que, durante el mes de febrero de 2001, Consorzio Recapitalia interpuso un recurso ante el juez nacional, junto con una petición de medidas cautelares, en el que se impugna la legalidad de la circular 208 porque los requisitos que establece para garantizar el servicio de entrega en una fecha o a una hora determinadas del correo electrónico híbrido no constituyen una medida adecuada de cumplimiento de la Decisión controvertida.

59 La otra parte que solicitó intervenir como coadyuvante, TNT Post Groep, sociedad neerlandesa, es la sociedad financiera del grupo TPG que opera a nivel mundial en los sectores de los servicios postales, transporte urgente y logística. El

grupo TPG ejerce, además, una actividad en los sectores del transporte ordinario y del leasing aéreo. En Italia, el grupo TPG realiza una actividad de entrega de correspondencia y ha adquirido indirectamente diferentes agencias de distribución que trabajan en diversos municipios sobre la base de concesiones otorgadas con arreglo al artículo 29 del Decreto nº 156 (véase el apartado 5 *supra),* posteriormente sustituidas por un régimen de licencias individuales y de autorizaciones generales que regulan, respectivamente, la oferta de servicios postales no reservados y la oferta de servicios no comprendidos en el servicio universal. El grupo TPG ofrece, además, mediante filiales servicios de transporte urgente y de logística.

60 TNT Post Groep alega, en esencia, dos circunstancias que acreditan su interés en la solución del litigio. La primera consiste en la imposibilidad en la que se encontraría de ejercer la actividad de entrega considerada, como consecuencia del Decreto nº 261, si no se suspende la ejecución de la Decisión controvertida.

61 La segunda circunstancia reside en el hecho de haber presentado, en junio de 1999, una denuncia ante la Comisión para que se declarase que la normativa nacional italiana infringía la Directiva 97/67 y las disposiciones del artículo 86 CE en relación con el artículo 82 CE, y haber completado su denuncia después de la adopción del Decreto nº 261 por parte de las autoridades italianas.

62 El juez de medidas provisionales considera que dichas circunstancias son suficientes para afirmar que TNT Post Groep tiene un interés en que no se suspenda la ejecución de la Decisión controvertida.

63 Ante esta situación, se admite la intervención de Consorzio Recapitalia y TNT Post Groep como coadyuvantes en apoyo de las pretensiones de la Comisión en el procedimiento sobre medidas provisionales.

*Sobre la solicitud de trato confidencial*

64 Respecto a la solicitud de trato confidencial presentada por la Comisión el 4 de abril de 2001, Poste Italiane declaró en la comparecencia que no tenía objeción.

65 A raíz de la solicitud de trato confidencial presentada por Poste Italiane el 5 de abril de 2001, comunicada a la Comisión en la comparecencia, ésta comunicó al día siguiente que no presentaba ninguna objeción.

66 En el procedimiento sobre medidas provisionales, procede conceder el trato confidencial a las informaciones contempladas en las demandas presentadas por la Comisión y por Poste Italiane, en la medida en que tales informaciones puedan considerarse, a primera vista, secretas o confidenciales en el sentido del artículo 116, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, lo cual no ha sido negado por ninguna de las partes.

*Sobre la demanda de suspensión de la ejecución*

Sobre la causa de inadmisión propuesta por la Comisión

67 En sus observaciones escritas, la Comisión alega que la demanda de medidas provisionales no cumple los requisitos de forma previstos en el artículo 104, apartados 2 y 3, del Reglamento de Procedimiento. En particular, destaca que no es conforme con los requisitos exigidos a una demanda como la de Poste Italiane que, aunque desde una perspectiva formal se haya presentado mediante escrito

separado del recurso principal, es absolutamente idéntica a éste. En la medida en que no puede establecerse ninguna diferencia entre la simple remisión contenida en la demanda de medidas provisionales al recurso principal —cuya consecuencia es la inadmisibilidad de la demanda (auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 12 de octubre de 2000, Grecia/Comisión, C-278/00 R, Rec. p. I-8787, apartados 25 y 26)— y la reproducción total de este último en la demanda de medidas provisionales —haciendo que la presentada por la demandante sea especialmente voluminosa—, la Comisión solicita su inadmisibilidad por incumplimiento de los requisitos de forma previstos por el Reglamento de Procedimiento.

68 En la comparecencia, la demandante respondió que la demanda de suspensión de la ejecución fue presentada mediante escrito separado y contiene los elementos que permiten al juez de medidas provisionales pronunciarse sobre el asunto. Por tanto, esta situación es distinta de la consistente en la mera remisión al recurso principal.

69 Ante estas circunstancias y habida cuenta de lo que se discute en este asunto, el juez de medidas provisionales preguntó a la Comisión si deseaba presentar nuevas observaciones escritas sobre una exposición sumaria de los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la suspensión de la ejecución que se solicita con la demanda, exposición sumaria que tendría que presentar la demandante.

70 En respuesta a esta cuestión, la Comisión, aunque siguió afirmando que la forma de la demanda no cumple los requisitos exigidos, renunció a que se instara a Poste Italiane a presentar una exposición sumaria de los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida solicitada acerca de la cual habría podido presentar sus observaciones.

71 Ante esta situación, el juez de medidas provisionales estima que no procede resolver la cuestión de si una demanda de medidas provisionales que incluye prácticamente la totalidad del texto del recurso principal y que contiene, además, una introducción, una exposición de los elementos constitutivos de la urgencia y

una argumentación relativa a la ponderación de los intereses en conflicto es conforme con las exigencias del artículo 104, apartados 2 y 3, del Reglamento de Procedimiento.

Sobre el *fumus boni iuris*

72 La demandante reproduce en su demanda de medidas provisionales los motivos que invoca en el recurso principal que, en su opinión, acreditan que se cumple el requisito relativo al *fumus boni iuris*.

73 Se trata de motivos basados, en primer lugar, en una violación de los derechos de defensa y de los principios reguladores del procedimiento administrativo; en segundo lugar, en un error manifiesto de apreciación y en una falta de motivación respecto a la definición de los mercados en cuestión; en tercer lugar, en la inexistencia de una posición dominante; en cuarto lugar, en una aplicación e interpretación erróneas de la Directiva 97/67; en quinto lugar, en una interpretación y aplicación erróneas de las normas del Tratado relativas al servicio universal y, en sexto lugar, en la falta de incidencia en los intercambios entre Estados miembros.

74 La Comisión, aunque niega que los motivos alegados sean fundados, declaró durante la comparecencia que no cuestionaba su seriedad.

75 Procede señalar que existe un desacuerdo fundamental entre las partes respecto a si la demandante opera en el mercado de los servicios de entrega de correo electrónico híbrido en una fecha o a una hora determinadas. Este desacuerdo se debe, en especial, a que, según la demandante, la fase de entrega del correo electrónico híbrido se confunde necesariamente con la entrega de envíos de

correspondencia que está comprendida en el sector reservado a Poste Italiane y para la cual ofrece prestaciones suplementarias, entre ellas, en particular, el servicio de entrega en fecha determinada garantizada contractualmente, mientras que en la Decisión controvertida se afirma que «la red de entrega del operador público no ofrece la posibilidad de garantizar una entrega en una fecha o a una hora fijas» (considerando 10) y Poste Italiane «según sus propias declaraciones [...] no ofrece actualmente un servicio de reparto que garantice con certeza la fecha o la hora de entrega» (considerando 26).

76 Esta controversia fundamental condiciona la apreciación de los efectos de la apertura a la competencia de los servicios de entrega contemplados en la Decisión controvertida. A este respecto, procede señalar que la Comisión no tuvo en cuenta el nivel de precios de dichos servicios para definir el mercado pertinente, mientras que dicho elemento puede resultar apropiado para apreciar, por una parte, el carácter sustituible de los diferentes servicios ofrecidos y, por otra parte, el riesgo de privar al operador universal de actividades necesarias para su viabilidad financiera. Sobre este último punto, corresponde al juez que conoce sobre el fondo, en el marco del examen del quinto motivo, determinar si la concesión o el mantenimiento del derecho exclusivo otorgado a Poste Italiane para los servicios considerados es necesario para asegurar el cumplimiento de la misión de interés económico general a ella confiada y, en particular, para disfrutar de condiciones económicamente aceptables para llevar a cabo esta misión. Para apreciar la licitud de la exclusión de la competencia resultante del derecho exclusivo, debe examinarse, en particular, si la Comisión consideró fundadamente que los servicios postales de entrega del correo electrónico híbrido en una fecha o a una hora determinadas, por su naturaleza y las condiciones en las que se ofrecen, no ponen en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general asumido por el titular del derecho exclusivo, de conformidad con los criterios enunciados en la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1993, Corbeau (C-320/91, Rec. p. I-2533), apartado 19. No obstante, tal examen no puede efectuarse en el presente procedimiento sobre medidas provisionales.

77 Habida cuenta de lo que precede, no puede considerarse que los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho alegados por la demandante, a primera vista, carezcan de todo fundamento (auto Comisión/Atlantic Container Line y otros, antes citado, apartado 26).

78 Sobre la base de dicha apreciación y de la postura de la Comisión en la comparecencia, procede constatar que los motivos invocados por Poste Italiane cumplen el requisito relativo al *fumus boni iuris*.

Sobre la urgencia y la ponderación de intereses

— Argumentos de las partes

79 La demandante sostiene que sufrirá un perjuicio grave e irreparable si no se suspende la ejecución de la Decisión controvertida.

80 Habida cuenta de los requisitos previstos en la circular 208, Poste Italiane calcula que el lucro cesante debido a la retirada del ámbito reservado de los servicios de entrega con acuse de recibo del destinatario asciende a un importe comprendido entre 316.000 y 411.000 millones de liras italianas (ITL), según que la entrega se efectúe antes o después de las 24 horas siguientes al envío. En efecto, la Decisión controvertida provocaría un efecto de sustitución inmediato entre los servicios tradicionalmente prestados por Poste Italiane y el nuevo servicio objeto de dicha Decisión, que permitiría que los operadores privados privasen a Poste Italiane de los ingresos generados por los únicos sectores de actividades rentables para ella.

81 Poste Italiane destaca que la pérdida de ingresos podría incluso superar dicho importe debido a la extrema dificultad que existe para garantizar que los terceros respeten estrictamente los límites fijados por la circular 208 y no se aprovechen de esta posibilidad para eludir masivamente los derechos exclusivos que definen el ámbito reservado.

82 Si, no obstante, la Comisión considera que la Decisión controvertida no debe ejecutarse conforme a los requisitos establecidos en la circular 208, el perjuicio calculado por la sociedad Ernst & Young podría ascender a 1.639.000, 1.261.000 y 411.000 millones de ITL anuales, respectivamente en caso de entrega después de 24 horas sin acuse de recibo, de entrega antes de 24 horas sin tal acuse y después de 24 horas con este acuse. Si el procedimiento principal ante del Tribunal de Primera Instancia durase dos años estos importes se duplicarían.

83 Tales pérdidas de ingresos contribuirían a incrementar el déficit que Poste Italiane debe soportar como proveedora del servicio universal, el cual, tras la deducción de los beneficios procedentes del ámbito reservado, se acerca a 2,5 billones para el ejercicio 1999 y se calcula en un importe equivalente para el ejercicio 2000.

84 Según Poste Italiane, este perjuicio no sólo sería muy grave, sino también irreparable.

85 En efecto, por una parte, el importe de los ingresos sustraídos al proveedor del servicio universal sólo podría recuperarse mediante una acción de reparación. No obstante, en tal caso, «sería muy difícil cuantificar el perjuicio [...] sufrido [...] a efectos de su reparación, al no poder determinar la demandante de manera suficientemente precisa en qué proporción la disminución de [los ingresos] registrada se habrá debido a una mayor actividad de la competencia en el mercado o a [...] contingencias» inherentes al mercado en cuestión (auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 7 de julio de 1998, Van den Bergh Foods/Comisión, T-65/98 R, Rec. p. II-2641, apartado 65). Por tanto, en opinión de la demandante, el perjuicio de que se trata no puede ser objeto de indemnización.

86 Por otra parte, sostiene que la ejecución inmediata de la Decisión controvertida puede provocar una crisis en el funcionamiento de la empresa y, en especial, en la prestación del servicio postal universal en Italia.

87 Puesto que la contribución procedente del ámbito reservado ya es insuficiente para financiar el coste del servicio universal, la Decisión controvertida sólo puede poner en peligro un equilibrio que ya se consigue con dificultad. Poste Italiane afirma que ello implicaría:

— la interrupción del proceso de reestructuración, que fracasaría por la aparición a corto plazo de déficit absolutamente imprevistos e imprevisibles cifrados en miles de millones o en billones de ITL;

— la imposibilidad de continuar financiando las actividades de inversión que han contribuido a mejorar la calidad del servicio universal; más concretamente, la reducción posterior de la contribución derivada del ámbito reservado impediría el mantenimiento y, *a fortiori,* la evolución, de modalidades y normas de servicio en zonas en las que la entrega es especialmente deficitaria creando un servicio «dual»;

— una disminución posterior de los niveles de empleo, debida a la necesidad de reducir aún más las cargas para hacer frente a la pérdida de ingresos derivada de la Decisión controvertida.

88 En cuanto a la ponderación de intereses, Poste Italiane alega que su interés coincide con un interés público esencial: la prestación regular del servicio postal universal que, sin duda, es digno de protección a nivel comunitario. Este interés prevalece sobre el interés de la Comisión de proteger la libre competencia en la prestación de los servicios postales relativos a la entrega garantizada en una fecha o a una hora determinadas de los envíos de correspondencia generados por vía electrónica.

89 Con carácter preliminar, la Comisión se pregunta si es real la urgencia alegada por la demandante para obtener la suspensión de la ejecución de la Decisión controvertida en la medida en la que la demanda fue presentada más de dos meses después de la fecha de notificación de la Decisión a la República Italiana (véase, en este sentido, el auto del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 1965, Fonzi/Comisión, 28/65 R, Rec. 1966, pp. 734 y ss., especialmente p. 739). Además, señala que la República Italiana no había presentado una demanda de suspensión de la ejecución ante el Tribunal de Justicia en el asunto C-102/01.

90 En primer lugar, la Comisión sostiene que la demandante no sufrirá perjuicio alguno por la ejecución de la Decisión controvertida.

91 En efecto, como afirmó y reconoció la propia demandante, Poste Italiane no opera en el mercado de los servicios de entrega en una fecha o a una hora determinadas del correo electrónico híbrido (considerandos 26 y 30, primer guión, de la Decisión controvertida, anexo 1 de las observaciones de la Comisión, así como puntos 135 y 136 de la demanda de medidas provisionales). En consecuencia, la ejecución de la Decisión de la Comisión no tendría como efecto disminuir el volumen de negocio de Poste Italiane en dicho mercado, puesto que la sociedad no presta los servicios en cuestión. Los efectos producidos por la ejecución de la Decisión controvertida en la demandante sólo son, por tanto, potenciales e indirectos (auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 17 de enero de 2001, Petrolessence y SG2R/Comisión, T-342/00 R, Rec. p. II-67, apartado 48).

92 El daño hipotético alegado por la demandante, a saber el lucro cesante que sufriría Poste Italiane respecto a la prestación de un servicio que nunca ha ofrecido antes de la adopción de la Decisión controvertida y que tampoco ofrece ahora, no sería una consecuencia directa de la ejecución de dicha Decisión. Además, la imposibilidad para una parte demandante de obtener una ventaja financiera de la que no disfrutaba no constituye un perjuicio serio e irreparable (auto del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1990, Comisión/Alemania, C-195/90 R, Rec. p. I-3351, apartados 42 y 43).

93 En opinión de la Comisión, el perjuicio alegado por la demandante se basa, además, en la probabilidad aleatoria de sucesos futuros e inciertos. Por tanto, no es real, sino hipotético (auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 2 de diciembre de 1994, Union Carbide/Comisión, T-322/94 R, Rec. p. II-1159, apartado 31). Para cuantificar el daño en «casi» 316.000 y 411.000 millones de ITL o en 1.639.000, 1.261.000 y 411.000 millones de ITL, la demandante parte de la hipótesis de que la Decisión entraña un efecto de sustitución entre el servicio de correo electrónico híbrido objeto de la Decisión y los servicios prestados tradicionalmente por Poste Italiane, y dicho efecto es inmediato. No obstante, la demandante no sólo no ha acreditado la intercambiabilidad entre los servicios de entrega en una fecha o a una hora determinadas del correo electrónico híbrido y los servicios tradicionales —admitiendo, por el contrario, que estos últimos no garantizan la prestación en una fecha o a una hora determinadas— sino que, además, no apoya con ningún elemento de prueba la hipótesis de que la Decisión tiene un efecto de sustitución inmediato. La demandante reconoce, además, que el déficit que resultaría de la liberalización de los servicios en cuestión es «imprevisible».

94 Por otro lado, incluso suponiendo que el efecto de sustitución fuera inmediato, la Comisión duda de que los operadores privados, que emplean aproximadamente a 2000 personas y cuyo volumen de negocio no alcanza, en todo caso, 200.000 millones de ITL, puedan absorber todo el volumen de los servicios «tradicionales» de Poste Italiane, la cual disponía, en el año 2000, de 14.131 oficinas de correos y de 70.000 buzones de correos repartidos por todo el territorio italiano, emplea a 175.315 personas y genera un volumen de negocio superior a 5.600.000 millones de ITL.

95 Además, Poste Italiane no indica sobre qué datos económicos y fácticos se basan los cálculos del perjuicio financiero, efectuados «según las circunstancias».

96 Respecto a los demás daños, la Comisión considera que la reducción de plantilla es un perjuicio eventual sufrido por terceros, a saber, los empleados, que no puede por tanto tomarse en consideración (auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 2 de octubre de 1997, Eurocoton/Consejo, T-213/97 R, Rec. p. II-1609, apartado 46).

97 A la luz de estas consideraciones, la Comisión estima que no se ha probado la relación de causalidad entre la Decisión controvertida y el perjuicio alegado por la demandante.

98 En segundo lugar, la Comisión considera que el perjuicio no sería en ningún caso irreparable.

99 Dado que tendría un carácter estrictamente económico, el perjuicio no puede considerarse irreparable, ni tampoco difícilmente reparable, puesto que podría ser objeto de una compensación económica posterior (auto Petrolessence y SG2R/ Comisión, antes citado, apartado 46). A este respecto, la falta de suspensión de la ejecución no colocaría a la demandante en una situación que pudiera poner en peligro su propia existencia o modificar de forma irreparable sus cuotas de mercado (véase el mismo auto, apartado 47).

100 Por otro lado, una acción de indemnización podría permitirle recuperar el lucro cesante que sufriera en razón de la Decisión controvertida. En este contexto, la Comisión refuta, por carecer de pertinencia en las circunstancias del presente asunto, la referencia efectuada por la demandante al auto Van den Bergh Foods/ Comisión, antes citado, porque la resolución adoptada por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia en ese asunto estaba basada en las «circunstancias muy particulares» del caso concreto (apartado 72 de dicho auto), que estaban relacionadas con la naturaleza del producto comercializado.

101 En cuanto a los daños constituidos por la interrupción del proceso de reestructuración y por el riesgo de un servicio «dual», la demandante no formula ninguna alegación respecto a su carácter irreparable. Aunque se hubiera demostrado que dichos daños serían la consecuencia directa del déficit sufrido por la liberalización del mercado a raíz de dicha Decisión, la demandante no ha acreditado que éstos la colocarían en una situación que pudiera poner en peligro su propia existencia o modificar de forma irreparable sus cuotas de mercado (auto Petrolessence y SG2R/Comisión, antes citado, apartado 47).

102 La Comisión estima, por tanto, que no se ha probado que el perjuicio alegado sea una consecuencia directa de la Decisión y que, en todo caso, no es ni inmediato, ni real, ni irreparable.

103 Por último, la suspensión de la Decisión controvertida sólo sería útil para la demandante si las autoridades italianas revocaran la circular 208. En efecto, se han desestimado medidas provisionales solicitadas por demandantes que no habían aportado la prueba de que no se podía evitar el perjuicio en cuestión mediante recursos de Derecho nacional (autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 1986, Deufil/Comisión, 310/85 R, Rec. p. 537, y de 17 de marzo de 1989, Italia/Comisión, 303/88 R, Rec. p. 801, sumario). Pues bien, según la Comisión, la demandante no impugnó la circular 208 ante el juez nacional.

104 Para la ponderación de intereses, la Comisión estima que corresponde al juez de medidas provisionales efectuar una apreciación global que tenga en cuenta no sólo el interés de las partes, incluido el de la Comisión en poner término inmediatamente a la infracción de las normas sobre la competencia del Tratado, sino también el interés más general de una buena administración de justicia y los intereses de terceros (auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 1989, Publishers Association/Comisión, 56/89 R, Rec. p. 1693, apartado 35; autos del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 16 de junio de 1992, Langnese y Schöller/Comisión, asuntos acumulados T-24/92 R y T-28/92 R, Rec. p. II-1839, apartado 28, y de 15 de diciembre de 1992, CCE de la Société générale des grandes sources y otros/Comisión, T-96/92 R, Rec. p. II-2579, apartado 39).

105 Según la Comisión, se ha reconocido que la necesidad de mantener y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común es una exigencia de interés público digna de protección (auto Petrolessence y SG2R/Comisión, antes citado, apartado 52). En el presente asunto, la eventual suspensión de la ejecución de la Decisión controvertida mantendría una situación en el ámbito de la competencia

especialmente desfavorable para los consumidores, que no podrían beneficiarse del nuevo servicio objeto de dicha Decisión, porque contribuiría a consolidar la actual estructura del mercado en el que Poste Italiane abusa de su posición dominante. La especial rapidez con la que la Comisión adoptó su Decisión también muestra el interés de ésta en restablecer una competencia efectiva en el mercado y, por tanto, la necesidad de dar ejecución inmediata a la Decisión.

106 Además, la suspensión de la ejecución de la Decisión controvertida perjudicaría la posición en el mercado de los operadores privados que han efectuado grandes inversiones iniciales que se perderían irremediablemente.

107 La suspensión podría tener una incidencia grave en los derechos e intereses de terceros que no son parte en el litigio y no han podido ser oídos; además, tal medida sólo podría justificarse si la demandante hubiera demostrado que, si no se adopta, se encontraría en una situación que podría poner en peligro su propia existencia (auto Petrolessence y SG2R /Comisión, antes citado, apartado 53), lo cual no ha sido probado.

108 Finalmente, en caso de que el interés de la demandante en la prestación de un servicio postal regular se viera realmente comprometido por la ejecución de la Decisión controvertida, las autoridades italianas no se habrían mostrado dispuestas a modificar la normativa en cuestión y no habrían adoptado la circular 208.

109 Durante la comparecencia, quienes solicitaron intervenir como coadyuvantes apoyaron la argumentación desarrollada por la Comisión.

— Apreciación del juez de medidas provisionales

110 Según reiterada jurisprudencia, el carácter urgente de una demanda de medidas provisionales debe apreciarse en relación con la necesidad que haya de resolver provisionalmente a fin de evitar que la parte que solicita la medida provisional sufra un perjuicio grave e irreparable. Corresponde a ésta aportar la prueba de que no puede esperar a la resolución del procedimiento principal sin sufrir un perjuicio que implique consecuencias graves e irreparables (auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 de julio de 1998, Prayon-Rupel/Comisión, T-73/98 R, Rec. p. II-2769, apartado 36, y auto Grecia/Comisión, antes citado, apartado 14).

111 La inminencia del perjuicio no debe probarse con una certeza absoluta. Basta, especialmente cuando la realización del perjuicio depende de la concurrencia de un conjunto de factores, con que pueda preverse con un grado de probabilidad suficiente (auto Comisión/Atlantic Container Line y otros, antes citado, apartado 38, y auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 8 de diciembre de 2000, BP Nederland y otros/Comisión, T-237/99 R, Rec. p. II-3849, apartado 49). No obstante, la demandante sigue estando obligada a probar los hechos que supuestamente sirven de base a la creencia de que se producirá el mencionado daño grave e irreparable [auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1999, HFB y otros/Comisión, C-335/99 P(R), Rec. p. I-8705, apartado 67].

112 Con carácter previo, procede examinar la objeción, formulada por la Comisión, basada en la falta de interposición, por Poste Italiane, de un recurso ante el juez nacional con el objeto de evitar que se produzca el perjuicio que alega.

113 La demandante, a quien se interrogó sobre este punto en la comparecencia, explicó que no había impugnado la circular 208 ante el órgano jurisdiccional

contencioso-administrativo italiano porque un recurso, si se estimara, tendría por consecuencia la suspensión, o desaparición del ordenamiento jurídico, de los requisitos que establece esta circular para poder prestar los servicios de entrega en una fecha o a una hora determinadas del correo electrónico híbrido. Pues bien, lejos de permitir evitar el perjuicio alegado por Poste Italiane, esta circunstancia sólo lo agravaría, puesto que la Decisión controvertida sería, entonces, inmediatamente aplicable. En cuanto a la facultad de intervenir en apoyo de las pretensiones del Estado italiano como parte llamada a comparecer ante el juez nacional en un litigio relativo a dicha circular, la demandante indicó expresamente que era una hipótesis analizada.

114 En respuesta a esta argumentación, la Comisión sostuvo que, aunque se suspenda la ejecución de la Decisión controvertida, tal decisión no tendría ninguna efectividad, puesto que la circular 208 seguiría vigente hasta que la revocaran las autoridades italianas.

115 Las explicaciones dadas por la demandante constituyen una justificación apropiada de su negativa a impugnar la legalidad de la circular 208 y distinguen el presente asunto de aquellos en los que se pronunciaron los autos citados por la Comisión en apoyo de su objeción. En efecto, la anulación de la circular 208 por el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo italiano podría no evitar necesariamente el perjuicio alegado debido a que esta anulación entrañaría la desaparición de los requisitos para la prestación de los servicios de entrega del correo electrónico híbrido en una fecha o a una hora determinadas y podría contribuir, eventualmente, al agravamiento de dicho perjuicio.

116 Por otro lado, el hecho de que la circular 208 deba retirarse del ordenamiento jurídico italiano para dar plena eficacia a una suspensión de la ejecución de la Decisión controvertida no puede privar de efecto útil a este tipo de recurso. En efecto, precisamente invocando la Decisión que ordenase la suspensión de la Decisión controvertida, la demandante podría solicitar al Estado Italiano la revocación de la circular 208, que menciona, por lo demás, expresamente dicha

Decisión en sus considerandos, y reintegrar, temporalmente por lo menos, los servicios postales de que se trata al ámbito reservado.

117 En el presente asunto, la ejecución inmediata de la Decisión controvertida implica que diversos operadores pueden ofrecer en Italia los servicios de entrega del correo electrónico híbrido en una fecha o a una hora determinadas. La prestación de dichos servicios, incluso con arreglo a los requisitos previstos en la circular 208 (véase el apartado 20 *supra),* entrañará, según la demandante, una pérdida de ingresos y una imposibilidad correlativa de garantizar la prestación del servicio universal que tiene encomendado.

118 La demandante ha presentado varios cálculos del perjuicio financiero alegado, constituido por la pérdida de ingresos. No obstante, los únicos cálculos pertinentes de dicho perjuicio son los que se refieren a la fase de entrega con acuse de recibo del destinatario. En efecto, los requisitos previstos en la circular 208 tienen por objeto garantizar que la entrega sea efectiva, en especial obligando al destinatario a firmar en el momento de la recepción. Por tanto, el importe del perjuicio alegado que debe ser tomado en consideración es el comprendido entre 316.000 y 411.000 millones de ITL.

119 Este perjuicio tiene un carácter exclusivamente económico. Tal perjuicio no puede considerarse, salvo en circunstancias excepcionales, irreparable o difícilmente reparable, puesto que puede ser objeto de una compensación económica posterior (autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1991, Abertal y otros/Comisión, C-213/91 R, Rec. p. I-5109, apartado 24, y del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 30 de junio de 1999, Alpharma/Consejo, T-70/99 R, Rec. p. II-2027, apartado 128).

120 Con arreglo a dichos principios, la suspensión solicitada sería justificable si, de no adoptarse tal medida, la demandante se encontrara en una situación que pudiera poner en peligro su propia existencia (en especial, auto del Presidente de la Sala

Quinta del Tribunal de Primera Instancia de 28 de abril de 1999, Van Parys y otros/Comisión, T-11/99 R, Rec. p. II-1355, apartado 62).

121 En la medida en la que se ha confiado a Poste Italiane, como proveedora del servicio universal, una misión de interés económico general, en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2, cuyo cumplimiento es esencial, la suspensión solicitada también se justificaría si se probara que la exclusión del ámbito reservado de la fase de entrega en una fecha o a una hora determinadas del correo electrónico híbrido le impediría llevar a cabo la misión que se le ha atribuido hasta que se resuelva sobre el fondo. Tal prueba se aportaría si se demostrara, habida cuenta de las condiciones económicas en las que se ha realizado la misión de interés económico general hasta la fecha, que el derecho exclusivo afectado es absolutamente indispensable para el cumplimiento de tal misión por parte del titular de dicho derecho.

122 No obstante, en el presente asunto no se ha aportado la prueba de que los beneficios obtenidos por Poste Italiane disminuirían en razón de una sustitución de los servicios reservados por los servicios que se encuentran en libre competencia.

123 En primer lugar, sin perjuicio de la compatibilidad con el Tratado de las disposiciones de ejecución de la Decisión controvertida contenidas en la circular 208 que corresponde apreciar a la Comisión, esta circular prevé que las licencias por las que se autoriza la prestación de los servicios de entrega de correo electrónico híbrido en la fecha o a la hora determinadas sólo pueden concederse a los operadores que respondan a los requisitos acumulativos que establece.

124 Pues bien, durante la comparecencia, las partes coadyuvantes precisaron, sin que Poste Italiane lo negara, que no se había solicitado ninguna licencia ante las

autoridades nacionales competentes, habida cuenta de los requisitos exigidos. De ello se deriva que, por el momento, Poste Italiane no sufre la competencia que denuncia ni las correspondientes pérdidas de ingresos.

125 A continuación, no se ha acreditado suficientemente la sustitución de los servicios reservados por los servicios en libre competencia, como consecuencia de la Decisión controvertida, para poder apreciar si se cumple el requisito de la urgencia. En particular, tal sustitución depende, entre otros criterios, del precio de los servicios de entrega del correo electrónico híbrido en la fecha o a la hora determinadas que propongan los operadores y que estén dispuestos a pagar las empresas interesadas por estos servicios. No obstante, el juez de medidas provisionales no dispone de datos concretos en este sentido que le permitan apreciar las consecuencias precisas que podrían resultar de la falta de suspensión (autos del Presidente de la Sala Segunda del Tribunal de Primera Instancia de 16 de julio de 1999, Hortiplant/Comisión, T-143/99 R, Rec. p. II-2451, apartado 18, y del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 14 de abril de 2000, Institut des mandataires agréés/Comisión, T-144/99 R, Rec. p. II-2067, apartado 43).

126 Finalmente, la extensión del perjuicio alegado depende de diversos sucesos inciertos, como el número de operadores que presten los servicios de entrega del correo electrónico híbrido contemplados por la Decisión controvertida, del momento de sus respectivas entradas en el mercado y de la evolución de la demanda de servicios. No puede, por tanto, considerarse que el importe del perjuicio alegado, entre 316.000 y 411.000 millones de ITL, sea una consecuencia automática de la ejecución de la Decisión controvertida.

127 En esta situación, debe concluirse que los elementos aportados por la demandante no permiten demostrar la perspectiva del perjuicio económico que invoca.

128 Puesto que no se han fundamentado suficientemente las condiciones para que se produzca el perjuicio económico, los demás perjuicios alegados, cuya realización depende del anterior, no pueden considerarse acreditados.

129 De lo anterior se deriva que la demandante no ha logrado probar que, de no concederse la medida solicitada, sufriría un perjuicio grave e irreparable.

130 En todo caso, incluso en el caso hipotético de que la demandante hubiera probado que sufriría un perjuicio grave e irreparable si no se suspendiera la ejecución de la Decisión controvertida, corresponde al juez de medidas provisionales ponderar, por una parte, el interés de la demandante en obtener la medida provisional solicitada y, por otra parte, el interés público inherente a la ejecución de una Decisión de la Comisión adoptada con arreglo al artículo 86 CE, apartado 3, los intereses del Estado miembro destinatario de tal acto y los intereses de terceros que se verían directamente afectados por una eventual suspensión de la Decisión controvertida (en este sentido, autos del Presidente del Tribunal de Primera Instancia, CCE de la Société générale des grandes sources y otros/Comisión, antes citado, apartado 39, de 10 de mayo de 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote et Entreprise minière et chimique/Comisión, T-88/94 R, Rec. p. II-263, apartado 44, Union Carbide/Comisión, antes citado, apartado 36, y Petrolessence y SG2R/Comisión, antes citado, apartado 51).

131 Tal ponderación de intereses se inclina en favor de mantener la Decisión controvertida.

132 Es cierto que el artículo 16 CE confirma el lugar que los servicios de interés general ocupan entre los valores comunes de la Unión Europea, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial. La Comisión ha reconocido

este lugar y este papel en la Comunicación titulada «Los servicios de interés general en Europa» (DO 2001, C 17, p. 4).

133 No obstante, el artículo 86 CE, apartado 3, confía a la Comisión que vele por el respeto, por parte de los Estados miembros, de las obligaciones que se les imponen, respecto a las empresas públicas y a las empresas a las que se concedan derechos especiales o exclusivos, y le atribuye expresamente la competencia para actuar en este sentido mediante directivas o decisiones. Así, el artículo 86 CE, apartado 3, confiere a la Comisión la facultad de declarar mediante una Decisión que una medida estatal determinada es incompatible con las normas del Tratado y de indicar las medidas que el Estado destinatario deberá adoptar para cumplir las obligaciones derivadas del Derecho comunitario (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1992, Países Bajos y otros/Comisión, asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90, Rec. p. I-565, apartado 28, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Comisión, T-266/97, Rec. p. II-2329, apartado 34).

134 Además, un procedimiento que conduce a la adopción de una Decisión sobre la base del artículo 86 CE, apartado 3, es un procedimiento planteado contra el Estado miembro afectado y la decisión adoptada al final del procedimiento tiene por destinatario a dicho Estado miembro, en el presente asunto la República Italiana (artículo 4). Pues bien, la medida solicitada al juez de medidas provisionales puede tener una incidencia grave sobre los derechos y los intereses de la República Italiana, la cual, por un lado, no es parte del litigio y no ha podido, por tanto, ser oída, y, por otra parte, no ha presentado una demanda de suspensión de la ejecución de la Decisión controvertida en el marco del asunto C-102/01 que había iniciado ante el Tribunal de Justicia antes de desistir de su recurso (véanse los apartados 33 y 34 *supra)*. Por tanto, tal medida sólo podría justificarse si, en caso de no adoptarse, la demandante no pudiera cumplir la función que le ha sido encomendada. No obstante, no se ha aportado la prueba de que la ejecución de la Decisión controvertida la colocaría en tal situación.

135 Puesto que no se cumple el requisito relativo a la urgencia y la ponderación de intereses se inclina en favor de no suspender la Decisión controvertida, procede desestimar la presente demanda de medidas provisionales.

En virtud de todo lo expuesto,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

resuelve:

1) **Admitir la intervención de Recapitalia Consorzio Italiano delle Agenzie di Recapito Licenziatarie del Ministero delle Comunicazioni y de TNT Post Groep NV en el asunto T-53/01 R en apoyo de las pretensiones de la Comisión.**

2) **Estimar, en la fase del procedimiento sobre medidas provisionales, las solicitudes de trato confidencial formuladas por Poste Italiane SpA y por la Comisión.**

3) **Desestimar la demanda de medidas provisionales.**

4) **Reservar la decisión sobre las costas.**

Dictado en Luxemburgo, a 28 de mayo de 2001.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

B. Vesterdorf