

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 17 de julio de 2008*

En el asunto C-521/06 P,

que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia, el 18 de diciembre de 2006,

Athinaiki Techniki AE, con domicilio social en Atenas, representada por el Sr. S. Pappas, dikigoros,

parte recurrente,

y en el que las otras partes en el procedimiento son:

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. D. Triantafyllou, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada en primera instancia,

* Lengua de procedimiento: francés.

Athens Resort Casino AE Symmetochon, con domicilio social en Marrousi (Grecia), representada por la Sra. F. Carlin, Barrister, y por el Sr. N. Korogiannakis, dikigoros,

parte coadyuvante en primera instancia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de Sala, y el Sr. G. Arestis, la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. J. Malenovsky (Ponente) y T. von Danwitz, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;
Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 3 de abril de 2008;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante su recurso de casación, Athinaïki Techniki AE (en lo sucesivo, «Athinaïki Techniki») solicita la anulación del auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 26 de septiembre de 2006, Athinaïki Techniki/Comisión (T-94/05, en lo sucesivo, «auto recurrido»), por el que dicho Tribunal declaró inadmisibile el recurso interpuesto por Athinaïki Techniki para que se anulara la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 2 de junio de 2004, de archivar su denuncia relativa a una supuesta ayuda de Estado otorgada por la República Helénica al consorcio Hyatt Regency en el marco del contrato público para la transmisión del 49 % del capital del casino Mont Parnès y que se puso en conocimiento de la recurrente mediante escrito de 2 de diciembre de 2004 (en lo sucesivo, «escrito controvertido»).

Marco jurídico

- 2 Según el artículo 87 CE, apartado 1:

«1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.»

3 El artículo 88 CE, apartado 2, párrafo primero, dispone:

«Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado común en virtud del artículo 87, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.»

4 El tenor del artículo 88 CE, apartado 3, es el siguiente:

«La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado común con arreglo al artículo 87, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.»

5 Como se desprende de su segundo considerando, el Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo [88] del Tratado CE (DO L 83, p. 1), codifica y consolida la práctica en materia de examen de las ayudas de Estado establecida por la Comisión ateniéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

6 En el capítulo II de dicho Reglamento, titulado «Procedimiento aplicable a las ayudas notificadas», el artículo 4 dispone:

«1. La Comisión procederá al examen de la notificación desde el momento de su recepción. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8, la Comisión adoptará una decisión con arreglo a lo establecido en los apartados 2, 3 o 4.

2. Cuando, tras un examen previo, la Comisión compruebe que la medida notificada no constituye una ayuda, lo declarará mediante decisión.

3. Si, tras un examen previo, la Comisión comprueba que la medida notificada, en tanto en cuanto esté comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo [87] del Tratado, no plantea dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, decidirá que la medida es compatible con el mercado común (denominada en lo sucesivo “decisión de no formular objeciones”). La decisión especificará la excepción del Tratado que haya sido aplicada.

4. Si, tras un examen previo, la Comisión comprueba que la medida notificada plantea dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, decidirá incoar el procedimiento contemplado en el apartado 2 del artículo [88] del Tratado (denominada en lo sucesivo “decisión de incoar el procedimiento de investigación formal”).

[...]»

⁷ El artículo 7 del Reglamento nº 659/1999 precisa los casos en que la Comisión toma la decisión de concluir el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2.

⁸ El capítulo III de dicho Reglamento regula el procedimiento aplicable a las ayudas ilegales.

9 En ese capítulo, el artículo 10, apartado 1, dispone:

«Cuando obre en poder de la Comisión cualquier información, sea cual sea su origen, referente a una presunta ayuda ilegal, deberá proceder a su examen sin demora.»

10 En el mencionado capítulo III, el artículo 13, apartado 1, establece:

«El examen de la presunta ayuda ilegal deberá terminar con una decisión de conformidad con los apartados 2, 3 o 4 del artículo 4. En el caso de las decisiones de iniciar el procedimiento de investigación formal, el procedimiento se terminará mediante una decisión en virtud del artículo 7. Si un Estado miembro incumple un requerimiento de información, esta decisión se adoptará basándose en la información disponible.»

11 En el capítulo VI del Reglamento nº 659/1999, titulado «Partes interesadas», el artículo 20 dispone:

«1. Las partes interesadas podrán presentar sus observaciones con arreglo al artículo 6 tras la adopción, por parte de la Comisión, de una decisión de iniciar el procedimiento de investigación formal. Se enviará a las partes interesadas que hayan presentado dichas observaciones y a los beneficiarios de ayudas individuales una copia de la decisión adoptada por la Comisión con arreglo al artículo 7.

2. Las partes interesadas podrán informar a la Comisión de las presuntas ayudas ilegales o abusivas. Cuando la Comisión considere que la información que posee es insuficiente para adoptar una posición al respecto, informará de ello a la parte interesada. Cuando la Comisión adopte una decisión sobre un caso relacionado con la

materia objeto de la información suministrada, enviará una copia de dicha decisión a la parte interesada.

3. A petición propia, las partes interesadas obtendrán una copia de las decisiones con arreglo a los artículos 4 y 7, el apartado 3 del artículo 10 y el artículo 11.»

12 Según el artículo 25 del Reglamento nº 659/1999:

«El destinatario de las decisiones adoptadas con arreglo a lo dispuesto en los capítulos II, III, IV, V y VII será el Estado miembro interesado. [...]»

Hechos que originaron el litigio

13 El Tribunal de Primera Instancia expone los antecedentes del litigio en el auto recurrido como sigue:

«1 En octubre de 2001, las autoridades helénicas iniciaron un procedimiento de adjudicación de un contrato público con vistas a la transmisión del 49 % del capital del casino Mont Parnès. Licitaron dos candidatos: el consorcio Casino Attikis e Hyatt Consortium. A raíz de un procedimiento supuestamente viciado el contrato fue adjudicado a Hyatt Consortium.

2 Egnatia SA, miembro del consorcio Casino Attikis, a la que sucedió como consecuencia de una fusión [Athinaïki Techniki], presentó denuncias ante los servicios

de la Dirección General (DG) “Mercado Interior” y ante la DG “Competencia” de la Comisión. Se solicitaba a la primera Dirección General que se pronunciara sobre la regularidad del procedimiento [de transmisión del 49 % del capital del casino Mont Farnès] en relación con el Derecho comunitario sobre la contratación pública, en tanto que se denunciaba ante la segunda Dirección General una ayuda de Estado supuestamente otorgada a Hyatt Consortium en el contexto del mismo procedimiento.

- 3 Mediante escrito de 15 de julio de 2003, la DG “Competencia” recordó a [Athinaïki Techniki] su práctica decisoria según la cual la enajenación de un bien público en el marco de un procedimiento de licitación no constituye una ayuda de Estado cuando ese procedimiento se haya desarrollado de forma transparente y no discriminatoria. En consecuencia, le informó de que no se pronunciaría antes de que la DG “Mercado Interior” hubiera terminado el examen del procedimiento de adjudicación del contrato público controvertido.

- 4 Mediante correo electrónico de 28 de agosto de 2003, el representante de [Athinaïki Techniki] puntualizó, en sustancia, que la denuncia relativa a la existencia de una ayuda de Estado se refería a elementos diferenciados del procedimiento de adjudicación del contrato público y que, por tanto, los servicios de la DG “Competencia” no tenían que esperar las conclusiones de la DG “Mercado Interior”.

- 5 Mediante escrito de 16 de septiembre de 2003 los servicios de la DG “Competencia” reiteraron los términos del escrito de 15 de julio de 2003, instando sin embargo a [Athinaïki Techniki] a comunicarles informaciones adicionales que se relacionaran con cualquier otra ayuda que no estuviera vinculada a la adjudicación del casino.

- 6 Mediante escritos de 22 de enero y 4 de agosto de 2004 los servicios de la DG “Mercado Interior” informaron a [Athinaïki Techniki] de que no se proponían proseguir el examen de las dos denuncias que les habían sido remitidas.»

- 14 Posteriormente, la Comisión envió a Athinaïki Techniki el escrito controvertido, que está redactado en los siguientes términos:

«Me refiero a su pregunta telefónica sobre la confirmación de si la Comisión prosigue su investigación en el mencionado asunto o si éste ha sido archivado.

Mediante escrito de 16 de septiembre de 2003, la Comisión les informó de que, sobre la base de la información que obra en su poder, no hay razones suficientes para continuar examinando dicho asunto (según el artículo 20 del [Reglamento n° 659/1999]).

A falta de información adicional que justifique la prosecución de la investigación, la Comisión ha archivado administrativamente el asunto el 2 de junio de 2004.»

Recurso ante el Tribunal de Primera Instancia y auto recurrido

- 15 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia, Athinaïki Techniki interpuso un recurso para la anulación de la decisión mencionada en el apartado 1 de la presente sentencia, que le fue notificada a través del escrito controvertido.
- 16 Mediante escrito separado presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 21 de abril de 2005, la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad con arreglo al artículo 114, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, que fue estimada por éste en el auto recurrido.

- 17 El Tribunal de Primera Instancia, citando el Reglamento n° 659/1999, señaló que los destinatarios de las decisiones adoptadas por la Comisión en materia de ayudas de Estado son los Estados miembros.
- 18 Seguidamente declaró, en los apartados 29 a 31 del auto recurrido:
- «29 En el presente asunto, el escrito [controvertido], dirigido únicamente a [Athinaïki Techniki], informó a ésta, en virtud del artículo 20 del Reglamento n° 659/1999, de que, sobre la base de las informaciones de las que disponía, la Comisión consideraba que no había motivos suficientes para pronunciarse sobre el caso que se le había comunicado mediante la denuncia. En el escrito [controvertido], la Comisión indicó seguidamente que, al no haber recibido informaciones complementarias que justificaran la prosecución de la investigación, el 2 de junio de 2004 había archivado administrativamente la denuncia [de Athinaïki Techniki]. Por tanto, la Comisión no adoptó posición definitiva sobre la calificación y la compatibilidad con el mercado común de la medida objeto de la denuncia [de Athinaïki Techniki].
- 30 De ello resulta que el escrito [controvertido] no constituye una decisión en el sentido del artículo 25 del Reglamento n° 659/1999 y que tal escrito no produce efecto jurídico. No es, por consiguiente, recurrible en virtud del artículo 230 CE.
- 31 Procede señalar que [Athinaïki Techniki] no puede sostener que la consideración del escrito de desestimación de denuncia como no impugnabile supone privar a los particulares del acceso a la justicia comunitaria, ya que el denunciante puede aportar información adicional para fundamentar su denuncia. En efecto, si dicha información fuera suficiente, la Comisión estaría obligada a pronunciarse sobre la medida estatal en cuestión mediante la adopción de una decisión con arreglo al artículo 4 del Reglamento n° 659/1999, ofreciendo así al denunciante la posibilidad de interponer un recurso de anulación con arreglo al artículo 230 CE, párrafo cuarto. Por otra parte, como observa la Comisión, el denunciante también tiene la posibilidad de interponer un recurso por omisión al amparo del artículo 232 CE, párrafo tercero.»

- 19 Por último, el Tribunal de Primera Instancia consideró que el procedimiento en materia de ayudas de Estado no puede asimilarse al aplicable en materia de competencia. En su opinión, a diferencia de los artículos 81 CE y 82 CE, el Reglamento nº 659/1999 no atribuye ningún derecho procedimental a los denunciantes antes de la incoación del procedimiento de investigación formal en materia de ayudas de Estado.

Pretensiones de las partes

- 20 Mediante su recurso de casación, Athinaïki Techniki solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule el auto recurrido.

- Estime las pretensiones que formuló en primera instancia.

- Condene en costas a la Comisión.

- 21 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación por infundado.

- Condene en costas a Athinaïki Techniki.

22 Athens Resort Casino AE Symmetochon solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación.

- Condene en costas a Athinaïki Techniki.

Sobre el recurso de casación

Alegaciones de las partes

- 23 Athinaïki Techniki sostiene que el auto recurrido adolece de un error de Derecho, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia no consideró que el acto mencionado en el apartado 1 de la presente sentencia fuera una «decisión». Athinaïki Techniki afirma que una posición definitiva y motivada sobre la calificación de una supuesta ayuda de Estado, como la del caso de autos, constituye una «decisión» en el sentido del artículo 230 CE.
- 24 Por una parte, Athinaïki Techniki alega que el carácter definitivo de la posición contenida en el escrito controvertido no queda desvirtuado por el hecho de que hubiera podido aportar nuevos elementos tras la adopción del mencionado acto.
- 25 Por otra parte, en lo que respecta a la motivación del escrito controvertido, Athinaïki Techniki considera que la Comisión adoptó implícitamente una decisión motivada sobre la calificación de las supuestas ayudas de Estado. En efecto, según la recurrente, esta motivación deriva del contexto en el que fue redactado el escrito controvertido.

Por consiguiente, alega que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al limitarse al tenor del mencionado escrito en vez de situarlo en su contexto. Athinaïki Techniki afirma que la Comisión redactó el escrito controvertido de forma deliberadamente lacónica para evitar poner de manifiesto un eventual incumplimiento de la normativa de contratación pública.

²⁶ La Comisión considera que la calificación del escrito controvertido se basa en el artículo 20, apartado 2, del Reglamento nº 659/1999, que evita la puesta en funcionamiento del mecanismo decisorio cuando no concurre ningún elemento serio y circunstanciado. Según la Comisión, del artículo 25 del mencionado Reglamento se desprende que las decisiones que adopta en materia de ayudas de Estado tienen como destinatarios a los Estados miembros. La Comisión alega que la distinción entre los actos decisorios y los escritos informativos se encuentra en la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Primera Instancia. Un escrito informativo, como el escrito controvertido, no tiene efectos jurídicos obligatorios y, por lo tanto, no puede ser objeto de un recurso de anulación.

²⁷ Por otra parte, la Comisión estima que, dado que el escrito controvertido no está motivado, procede considerar que se trata de una decisión inexistente que no produce ningún efecto jurídico por sí misma y que, por tanto, no puede perjudicar a Athinaïki Techniki. La Comisión sostiene asimismo que la alegación de esta empresa de que el escrito controvertido está motivado es inoperante, ya que no cuestiona la distinción entre los actos decisorios y los escritos informativos. La Comisión sostiene que Athinaïki Techniki trata de sortear la imposibilidad de impugnar la negativa de la Comisión a incoar un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro utilizando el recurso de anulación contra un simple escrito informativo.

²⁸ Según Athens Resort Casino AE Symmetochon, el escrito controvertido no es una decisión en el sentido del artículo 25 del Reglamento nº 659/1999 y no tiene efectos jurídicos. Sostiene que de los artículos 20 y 25 de dicho Reglamento se desprende que los escritos que tengan carácter informal se envían a las partes interesadas y no son actos impugnables en el sentido del artículo 230 CE. Por consiguiente, el escrito controvertido no es recurrible conforme a ese artículo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 29 De una jurisprudencia reiterada resulta que es posible ejercitar un recurso de anulación en el sentido del artículo 230 CE contra todas las disposiciones adoptadas por las instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, que tiendan a producir efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando sustancialmente su situación jurídica (véanse, en particular, las sentencias de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639, apartado 9; de 6 de abril de 2000, España/Comisión, C-443/97, Rec. p. I-2415, apartado 27, y de 12 de septiembre de 2006, Reynolds Tobacco y otros/Comisión, C-131/03 P, Rec. p. I-7795, apartado 54).

Observaciones preliminares sobre el objeto del recurso de anulación interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia

- 30 Con carácter preliminar, procede destacar que el recurso de anulación de Athinaïki Techniki no se refería al escrito controvertido en cuanto tal. En efecto, de la demanda en primera instancia se desprende que Athinaïki Techniki solicitó «la anulación de la decisión de la Dirección General “Competencia” de archivar la denuncia de la demandante sobre una ayuda de Estado otorgada por la República Helénica al consorcio de Hyatt Regency en el marco del contrato público “Casino Mont Parnès”» (en lo sucesivo, «acto impugnado»). El mencionado acto impugnado fue notificado a Athinaïki Techniki a través del escrito controvertido. Por lo tanto, éste no es más que el acto que permite a Athinaïki Techniki tener conocimiento del acto impugnado y que marca el inicio del plazo para interponer recurso contra éste, según el artículo 230 CE, párrafo quinto.
- 31 Seguidamente, ha de señalarse que Athinaïki Techniki solicitó la anulación del acto impugnado alegando que había sido adoptado sobre la base del artículo 88 CE, apartado 3, sin que la Comisión incoara previamente el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, lo que le habría permitido presentar observaciones.

32 En estas circunstancias, en primer lugar, hay que determinar la naturaleza de los actos adoptados antes del procedimiento de investigación formal y, a continuación, examinar si el Tribunal de Primera Instancia podía concluir que el acto impugnado no tiende a producir efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses de Athinaïki Techniki, modificando sustancialmente su situación jurídica.

Sobre la naturaleza de los actos adoptados tras la fase previa de examen de las ayudas de Estado

33 En el procedimiento de control de las ayudas de Estado debe distinguirse entre, por una parte, la fase previa de examen de las ayudas, establecida en el artículo 88 CE, apartado 3, y regulada por los artículos 4 y 5 del Reglamento nº 659/1999, que sólo tiene por objeto permitir a la Comisión formarse una primera opinión sobre la compatibilidad parcial o total de la ayuda controvertida, y, por otra, la fase de examen propiamente dicha, contemplada en el artículo 88 CE, apartado 2, y regulada por los artículos 6 y 7 de dicho Reglamento, cuya finalidad es permitir a la Comisión obtener una información completa sobre el conjunto de los datos del asunto (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de mayo de 1993, *Cook/Comisión*, C-198/91, Rec. p. I-2487, apartado 22; de 15 de junio de 1993, *Matra/Comisión*, C-225/91, Rec. p. I-3203, apartado 16, y de 15 de abril de 2008, *Nuova Agricast*, C-390/06, Rec. p. I-2577, apartado 57).

34 El procedimiento del artículo 88 CE, apartado 2, tiene carácter necesario siempre que la Comisión encuentre serias dificultades para apreciar si una ayuda es compatible con el mercado común. Por tanto, la Comisión únicamente puede limitarse a la fase previa de examen del artículo 88 CE, apartado 3, para adoptar una decisión favorable a una ayuda, si, después de un primer examen, le es posible llegar a la convicción de que dicha ayuda es compatible con el mercado común. Por el contrario, si este primer examen lleva a la Comisión a la convicción opuesta, o bien no le ha permitido superar todas las dificultades planteadas por la apreciación de la compatibilidad de dicha ayuda con el mercado común, la Comisión tiene el deber de recabar todas las opiniones necesarias y de iniciar, para ello, el procedimiento del artículo 88 CE, apartado 2 (véanse, en particular, las sentencias antes citadas *Cook/Comisión*, apartado 29, y *Matra/Comisión*, apartado 33, así como la sentencia de 2 de abril de 1998, *Comisión/Sytraval y Brink's France*, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, apartado 39).

- 35 El Tratado tan sólo prevé la obligación de la Comisión de emplazar a los interesados para que presenten sus observaciones en el marco de este último procedimiento, cuya finalidad es permitir a la Comisión obtener una información completa sobre el conjunto de los datos del asunto (sentencias antes citadas *Cook/Comisión*, apartado 22, y *Matra/Comisión*, apartado 16, así como la sentencia de 13 de diciembre de 2005, *Comisión/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, C-78/03 P, Rec. p. I-10737, apartado 34).
- 36 Cuando, sin iniciar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, la Comisión declara, mediante una decisión adoptada sobre la base del apartado 3 del mismo artículo y del artículo 4 del Reglamento nº 659/1999, que una medida estatal no es una ayuda incompatible con el mercado común, los beneficiarios de esas garantías de procedimiento únicamente pueden obtener su respeto si tienen la posibilidad de impugnar ante el juez comunitario dicha decisión. Por estos motivos, dicho órgano jurisdiccional admitirá un recurso que solicite la anulación de tal decisión, interpuesto por un interesado en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2, cuando el autor del recurso, mediante su interposición, pretenda que se salvaguarden los derechos de procedimiento que le confiere esta disposición (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas *Cook/Comisión*, apartados 23 a 26; *Matra/Comisión*, apartados 17 a 20; *Comisión/Sytraval y Brink's France*, apartado 40, y *Comisión/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, apartado 35).
- 37 Además, los artículos 10, apartado 1, y 20, apartado 2, primera frase, del Reglamento nº 659/1999 conceden a dicho interesado el derecho a promover la fase previa de examen prevista en el artículo 88 CE, apartado 3, remitiendo a la Comisión información concerniente a una ayuda supuestamente ilegal, lo que coloca a dicha institución en la obligación de determinar, sin demora, la eventual existencia de una ayuda y su compatibilidad con el mercado común.
- 38 Si bien los interesados no pueden valerse del derecho de defensa en este procedimiento, disponen en cambio del derecho a participar en él en una medida adecuada en función de las circunstancias del caso concreto (véase, en ese sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2008, *Ferriere Nord/Comisión*, C-49/05 P, apartado 69).

39 Esa participación en el mencionado procedimiento debe implicar que, cuando la Comisión les informe, con arreglo al artículo 20, apartado 2, segunda frase, del Reglamento n° 659/1999, de que no hay suficientes motivos para pronunciarse sobre el caso, también está obligada, como ha señalado el Abogado General en el punto 101 de sus conclusiones, a permitirles que le presenten observaciones adicionales en un plazo razonable.

40 Una vez presentadas estas observaciones o expirado el plazo razonable, el artículo 13, apartado 1, del Reglamento n° 659/1999 obliga a la Comisión a cerrar la fase previa de examen mediante la adopción de una decisión con arreglo al artículo 4, apartados 2, 3 o 4, de dicho Reglamento, que puede consistir en una decisión en la que declare la inexistencia de la ayuda, en una decisión de no formular objeciones o en una decisión de incoar el procedimiento de investigación formal. Por tanto, esta institución no está autorizada a perpetuar un estado de inactividad durante la fase previa de examen. Llegado el momento, deberá o bien incoar la siguiente fase de examen o bien archivar el asunto adoptando una decisión en tal sentido (véase, en el marco del procedimiento en materia de competencia, la sentencia de 18 de marzo de 1997, Guérin automobiles/Comisión, C-282/95 P, Rec. p. I-1503, apartado 36). Según el artículo 20, apartado 2, tercera frase, del Reglamento n° 659/1999, cuando la Comisión adopte tal decisión como consecuencia de la información suministrada por una parte interesada, le enviará una copia de dicha decisión.

41 En este contexto, procede destacar que la Comisión puede tomar una de las decisiones previstas en el artículo 4 del Reglamento n° 659/1999 sin precisar que se trata de una decisión adoptada con arreglo a esta disposición.

42 En efecto, de una reiterada jurisprudencia sobre la admisibilidad de los recursos de anulación se desprende que para calificar los actos impugnados hay que atenerse tanto a su contenido esencial como a la intención de sus autores. A este respecto, en principio, constituyen actos que pueden impugnarse las medidas que fijan definitivamente la postura de la Comisión al finalizar un procedimiento administrativo y que tienden a producir efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, con exclusión de las medidas intermedias cuyo objetivo es preparar la decisión definitiva, que carecen de tales efectos (véanse, en este sentido, las sentencias IBM/Comisión, antes citada, apartados 9 y 10, y de 22 de junio de 2000, Países Bajos/Comisión, C-147/96, Rec. p. I-4723, apartados 26 y 27).

- 43 Por el contrario, la forma que adopte un acto o una decisión no incide, en principio, en la admisibilidad de un recurso de anulación (véanse, en este sentido, las sentencias IBM/Comisión, antes citada, apartado 9, y de 7 de julio de 2005, Le Pen/Parlamento, C-208/03 P, Rec. p. I-6051, apartado 46).
- 44 Por consiguiente, en principio, carece de relevancia sobre la calificación del acto en cuestión el que éste satisfaga o no determinados requisitos formales, como el de si ha sido denominado correctamente por su autor, si está suficientemente motivado o si menciona las disposiciones que constituyen su fundamento legal (véase, en relación con la exigencia de motivación, la sentencia de 16 de junio de 1994, SFEI y otros/Comisión, C-39/93 P, Rec. p. I-2681, apartado 31). Igualmente carece de pertinencia que dicho acto no sea designado como «decisión» o que no haga referencia al artículo 4, apartados 2, 3 o 4, del Reglamento n° 659/1999. Asimismo resulta irrelevante que la Comisión no se lo haya notificado al Estado miembro interesado, en infracción del artículo 25 de ese Reglamento, ya que un vicio de este carácter no puede modificar el contenido esencial de dicho acto (véase, a este respecto, la sentencia de 20 de marzo de 1997, Francia/Comisión, C-57/95, Rec. p. I-1627, apartado 22).
- 45 Si no fuera así, la Comisión podría sustraerse al control del juez comunitario por el mero incumplimiento de esos requisitos formales. De la jurisprudencia se desprende que, al ser la Comunidad Europea una comunidad de Derecho cuyas instituciones están sometidas al control de la conformidad de sus actos con el Tratado, la regulación procesal aplicable a los recursos de los que conoce el juez comunitario debe interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que la aplicación de dicha regulación contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables (véanse, en ese sentido, las sentencias de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, apartado 44; de 18 de enero de 2007, PKK y KNK/Consejo, C-229/05 P, Rec. p. I-439, apartado 109, y de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartados 37 y 44).
- 46 De ello resulta que, para determinar si un acto en materia de ayudas de Estado constituye una «decisión» en el sentido del artículo 4 del Reglamento n° 659/1999, procede comprobar, teniendo en cuenta su contenido esencial y la intención de la Comisión, si, a través del acto examinado, dicha institución ha fijado definitivamente, al término de la fase previa de examen, su postura sobre la medida denunciada y, por tanto, si ha

comprobado si ésta constituye o no una ayuda y si plantea o no dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común.

Sobre el acto impugnado

47 Como se ha expuesto en el apartado 30 de la presente sentencia, Athinaïki Techniki no impugnó en su recurso el escrito controvertido, ya que éste era un mero escrito informativo por el que se le comunicaba la adopción del acto impugnado. La recurrente impugnó expresamente este último acto.

48 Mediante dicho escrito, la Comisión indicó en primer lugar a Athinaïki Techniki que, mediante un escrito anterior, fechado el 16 de septiembre de 2003, le había informado de que «sobre la base de la información que [obraba] en su poder, no [había] razones suficientes para continuar examinando dicho asunto».

49 Seguidamente, el escrito controvertido precisaba que, «a falta de información adicional que justifi[car]a la prosecución de la investigación, la Comisión [había] archivado administrativamente el asunto el 2 de junio de 2004».

50 Suponiendo que el mencionado escrito de 16 de septiembre de 2003 hubiera sido redactado en los términos indicados por el escrito controvertido, constituiría el acto preliminar, en el sentido del artículo 20, apartado 2, segunda frase, del Reglamento nº 659/1999, mediante el que la Comisión cumplió su obligación, derivada de esa disposición, de informar a la parte interesada de que no tenía intención de pronunciarse sobre el asunto. En consecuencia, Athinaïki Techniki tenía la posibilidad de presentar a la Comisión información adicional.

51 Seguidamente, la oración «a falta de información adicional que justifique la prosecución de la investigación, la Comisión ha archivado administrativamente el asunto el

2 de junio de 2004» del escrito controvertido indica que, efectivamente, la Comisión adoptó en esa fecha un acto de archivo administrativo del asunto, que constituye el acto impugnado.

- 52 Del contenido esencial de este acto y de la intención de la Comisión se desprende que ésta decidió poner fin a la fase previa de examen promovida por Athinaïki Techniki. Mediante ese acto, la Comisión declaró que la investigación iniciada no había permitido determinar la existencia de una ayuda en el sentido del artículo 87 CE y se negó implícitamente a incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2 (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Sytraval y Brink's France, antes citada, apartado 47).
- 53 De la jurisprudencia citada en el apartado 36 de la presente sentencia se deriva además que, en una situación de ese tipo, los beneficiarios de las garantías procedimentales previstas en esa disposición sólo pueden conseguir su respeto si tienen la posibilidad de impugnar esta decisión ante los órganos jurisdiccionales comunitarios con arreglo al artículo 230 CE, párrafo cuarto. Este principio se aplica tanto en los casos en que la decisión se adopta por estimar la Comisión que la ayuda es compatible con el mercado común como cuando ésta opina que debe descartarse la propia existencia de una ayuda.
- 54 El acto impugnado no se puede calificar de preliminar o de preparatorio, puesto que, en el marco del procedimiento administrativo incoado, no va seguido de ningún otro acto que pueda dar lugar a un recurso de anulación (véase en este sentido, en particular, la sentencia SFEI y otros/Comisión, antes citada, apartado 28).
- 55 En contra de lo que declaró el Tribunal de Primera Instancia, a este respecto no es pertinente que la parte interesada todavía pueda proporcionar a la Comisión información adicional que pueda obligar a ésta a revisar su posición sobre la medida estatal de que se trate.
- 56 En efecto, la legalidad de una decisión adoptada tras la fase previa de examen sólo debe apreciarse en función de la información de que podía disponer la Comisión en el momento en que la adoptó (véase la sentencia Nuova Agricast, antes citada,

apartados 54 a 60), es decir, en el caso de autos, en el momento de la adopción del acto impugnado.

57 Si una parte interesada proporciona información adicional con posterioridad al archivo del asunto, la Comisión puede verse obligada a incoar, en su caso, un nuevo procedimiento administrativo. Por el contrario, esa información carece de incidencia sobre el hecho de que el primer procedimiento previo de examen ya ha finalizado.

58 De ello resulta que, en contra de lo que declaró el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 29 del auto recurrido, la Comisión adoptó una posición definitiva sobre la petición de Athinaïki Techniki de que se declarara la infracción de los artículos 87 CE y 88 CE.

59 Por último, como se ha señalado en el apartado 44 de la presente sentencia, a efectos de la calificación del acto impugnado resulta irrelevante que la Comisión no lo notificara al Estado miembro interesado, que no lo designara como una «decisión» y que no hiciera referencia al artículo 4 del Reglamento nº 659/1999.

60 A este respecto, del desarrollo del procedimiento administrativo, como se recuerda concretamente en el apartado 6 del auto recurrido, se desprende que la Comisión adoptó su posición alegando que la medida estatal en cuestión no constituía una ayuda de Estado. Por consiguiente, el acto impugnado debe calificarse de decisión en el sentido del artículo 4, apartado 2, del Reglamento nº 659/1999, en relación con los artículos 13, apartado 1, y 20, apartado 2, tercera frase, de dicho Reglamento.

61 Dado que dicho acto impidió que Athinaïki Techniki presentara sus observaciones en el marco del procedimiento de investigación formal contemplado en el artículo 88 CE, apartado 2, ha producido efectos jurídicos obligatorios que pueden afectar a los intereses de la mencionada empresa.

62 Por lo tanto, el acto impugnado es un acto impugnabile en el sentido del artículo 230 CE.

Sobre la anulación del auto recurrido

63 De cuanto precede resulta que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al declarar que Athinaíki Techniki interpuso un recurso de anulación contra un acto que no produce efectos jurídicos y que, por consiguiente, no es recurrible con arreglo al artículo 230 CE.

64 En consecuencia, procede anular el auto recurrido.

Sobre el recurso en primera instancia

65 Según el artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, en caso de anulación de la resolución del Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de Justicia podrá resolver definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita.

66 En esta fase del procedimiento, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre el fondo del recurso interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia. En efecto, este aspecto del litigio exige el examen de cuestiones fácticas sobre la base de elementos que no han sido evaluados por el Tribunal de Primera Instancia ni debatidos ante el Tribunal de Justicia, de modo que, en consecuencia, el estado del asunto no permite juzgarlo sobre este punto. En cambio, el Tribunal de Justicia dispone de los elementos necesarios para resolver definitivamente sobre la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión durante el procedimiento de primera instancia (véase la sentencia de 15 de mayo de 2003, Pitsiorlas/Consejo y BCE, C-193/01 P, Rec. p. I-4837, apartado 32).

- 67 Además de la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión sobre la base de la afirmación de que el acto impugnado no puede ser objeto de recurso de anulación —que debe desestimarse por los motivos expuestos en los apartados 33 a 61 de la presente sentencia—, la Comisión alega que Athinaïki Techniki interpuso el recurso fuera del plazo prescrito.
- 68 Recuérdese, en primer lugar, que, según el artículo 230 CE, párrafo quinto, los recursos establecidos en ese artículo deben interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo. Con arreglo al artículo 102, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, ese plazo debe ampliarse, en su caso, por razón de la distancia, en un plazo único de diez días.
- 69 Es cuestión pacífica que el acto impugnado no fue publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* ni notificado a Athinaïki Techniki como destinataria, de modo que el plazo de dos meses y diez días sólo pudo empezar a contarse respecto de esta empresa desde el día en que tuvo pleno conocimiento del mencionado acto, es decir, cuando recibió el escrito controvertido.
- 70 Seguidamente, de la jurisprudencia se desprende que incumbe a la parte que alega que el recurso se ha presentado fuera de plazo demostrar a partir de qué día empezó a contarse el plazo para la interposición de dicho recurso (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de junio de 1980, Belfiore/Comisión, 108/79, Rec. p. 1769, apartado 7, y de 23 de octubre de 2007, Parlamento/Comisión, C-403/05, Rec. p. I-9045, apartado 35).
- 71 En el caso de autos, Athinaïki Techniki envió por fax a la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia una copia del escrito de demanda el 11 de febrero de 2005 y el original de ésta el 18 de febrero de 2005. Como la última página de esa copia no era completamente idéntica a la del original, la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia no consideró que dicha copia fuera conforme con aquél.
- 72 No es necesario dilucidar si Athinaïki Techniki presentó válidamente su recurso el 11 de febrero de 2005. En efecto, el recurso de Athinaïki Techniki contra el acto impugnado es admisible en cualquier caso, incluso si se toma en consideración

la fecha en la que se recibió el original de la demanda en el Tribunal de Primera Instancia, siempre que dicha empresa recibiera el escrito controvertido el 8 de diciembre de 2004 o posteriormente.

- 73 A este respecto, la Comisión sostiene que el escrito controvertido fue enviado a Athinaïki Techniki como muy tarde el 6 de diciembre de 2004 y que, por consiguiente, no se respetó el plazo fijado. En este sentido, alega que envió el mencionado escrito bien el día en que fue redactado, bien al día siguiente y que los servicios postales debieron de hacérselo llegar a Athinaïki Techniki el tercer día después de su envío a más tardar.
- 74 Sin embargo, debe destacarse que la Comisión envió el escrito controvertido sin tomar la precaución de efectuar dicho envío mediante carta certificada ni de acompañarlo de un acuse de recibo.
- 75 En consecuencia, la Comisión no presenta ante el Tribunal de Justicia ningún elemento que pueda demostrar qué día remitió efectivamente el escrito controvertido a los servicios postales.
- 76 Asimismo, la Comisión no ha demostrado de ninguna manera su alegación de que los servicios postales hicieron llegar el mencionado escrito a Athinaïki Techniki el tercer día posterior a su envío a más tardar.
- 77 Así pues, la Comisión no aporta ninguna prueba de que Athinaïki Techniki recibiera el escrito controvertido como muy tarde el 6 de diciembre de 2004. Se limita a esgrimir como argumentos meras presunciones, que no pueden ser consideradas como pruebas (véase la sentencia de 11 de mayo de 1989, Maurissen y Union syndicale/Tribunal de Cuentas, 193/87 y 194/87, Rec. p. 1045, apartado 47).
- 78 En estas circunstancias, procede desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.

Costas

79 Al haberse devuelto el asunto al Tribunal de Primera Instancia, debe reservarse la decisión sobre las costas correspondientes al presente procedimiento de casación.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) decide:

- 1) Anular el auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 26 de septiembre de 2006, Athinaïki Techniki/Comisión (T-94/05).**
- 2) Desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión de las Comunidades Europeas ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.**
- 3) Devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas para que se pronuncie sobre las pretensiones de Athinaïki Techniki AE tendentes a la anulación de la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 2 de junio de 2004, de archivar su denuncia relativa a una supuesta ayuda de Estado otorgada por la República Helénica al consorcio Hyatt Regency en el marco del contrato público para la transmisión del 49 % del capital del casino Mont Parnès.**
- 4) Reservar la decisión sobre las costas.**

Firmas