



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 17 de julio de 2014*

«Recurso de casación — Competencia — Artículos 82 CE y 86 CE, apartado 1 — Mantenimiento de los derechos privilegiados otorgados por la República Helénica a una empresa pública para la exploración y explotación de yacimientos de lignito — Ejercicio de estos derechos — Ventaja competitiva en los mercados del suministro de lignito y de la electricidad al por mayor — Mantenimiento, extensión o refuerzo de una posición dominante»

En el asunto C-553/12 P,

que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 30 de noviembre de 2012,

Comisión Europea, representada por el Sr. T. Christoforou y la Sra. A. Antoniadis, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. A. Oikonomou, dikigoros, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte recurrente,

apoyada por

Mytilinaios AE,

Protergia AE,

Alouminion AE,

con domicilio social en Amaroussion (Grecia), representadas por el Sr. N. Korogiannakis, la Sra. I. Zarzoura y los Sres. D. Diakopoulos y E. Chrisafis, dikigoroí,

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

Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI), con domicilio social en Atenas (Grecia), representada por el Sr. P. Anestis, dikigoros,

parte demandante en primera instancia,

República Helénica, representada por los Sres. M.-T. Marinos, P. Mylonopoulos y K. Boskovits, en calidad de agentes,

Energeiaki Thessalonikis AE, con domicilio social en Echedorso (Grecia),

* Lengua de procedimiento: griego.

Elliniki Energeia kai Anaptyxi AE (HE & DSA), con domicilio social en Kifisia (Grecia),

partes coadyuvantes en primera instancia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. M. Ilešič (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. C.G. Fernlund y A. Ó Caoimh, la Sra. C. Toader y el Sr. E. Jarašiūnas, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Wathelet;

Secretario: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 3 de octubre de 2013;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 5 de diciembre de 2013;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante su recurso de casación, la Comisión Europea solicita la anulación de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea DEI/Comisión (T-169/08, EU:T:2012:448; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), mediante la que dicho Tribunal anuló la Decisión C(2008) 824 final de la Comisión, de 5 de marzo de 2008, relativa a la concesión y mantenimiento por la República Helénica de los derechos a la extracción de lignito en favor de Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) (en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

Antecedentes del litigio y Decisión controvertida

- 2 DEI fue creada en 1950 como una empresa pública perteneciente al Estado griego. Era beneficiaria del derecho exclusivo a producir, transportar y suministrar electricidad en Grecia. En 1996, la Ley griega 2414/1996, sobre modernización de empresas públicas (FEK A' 135), permitió su transformación en sociedad por acciones, aunque siguió estando controlada por el Estado en calidad de accionista único.
- 3 DEI fue transformada en sociedad anónima el 1 de enero de 2001 con arreglo, en particular, a la Ley griega 2773/1999, sobre la liberalización del mercado de la electricidad (FEK A' 286), que procedió concretamente a la transposición de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DO 1997, L 27, p. 20). Según el artículo 43, apartado 3, de esta Ley, la participación del Estado en el capital de DEI no puede ser en ningún caso inferior al 51 % de las acciones con derecho de voto, ni siquiera tras un aumento de capital. La República Helénica poseía, al adoptarse la Decisión controvertida, el 51,12 % de las acciones de dicha empresa. Desde el 12 de diciembre de 2001, las acciones de DEI cotizan en la Bolsa de Atenas (Grecia) y en la Bolsa de Londres (Reino Unido).
- 4 Todas las centrales eléctricas griegas que funcionan con lignito pertenecen a DEI. Según el Instituto griego de investigaciones geológicas y mineras, a 1 de enero de 2005 se estimaba que las reservas conocidas del conjunto de yacimientos de lignito en Grecia eran de 4 415 millones de toneladas. Según la Comisión, en Grecia hay todavía 4 590 millones de toneladas de reservas de lignito.

- 5 La República Helénica otorgó a DEI derechos de exploración y de explotación del lignito de minas cuyas reservas ascienden a unos 2 200 millones de toneladas. 85 millones de toneladas de reservas pertenecen a personas privadas. En otros yacimientos públicos, que abastecen en parte a las centrales eléctricas de DEI, se han concedido derechos de exploración y de explotación a otras personas privadas con respecto a unos 220 millones de toneladas. Aún no se ha otorgado en Grecia ningún derecho de explotación con respecto a unos 2 000 millones de toneladas de reservas de lignito.
- 6 El mercado griego de la electricidad se abrió a la competencia a raíz de la entrada en vigor de la Directiva 96/92. En mayo de 2005, se creó un mercado diario obligatorio para todos los vendedores y compradores de electricidad en la red interconectada griega, que comprende la Grecia continental y algunas islas griegas. Los productores e importadores de electricidad introducen y venden su producción y sus importaciones en este mercado con una periodicidad diaria.
- 7 En 2003, la Comisión recibió una denuncia de un particular que pedía mantener la confidencialidad sobre su identidad. Según el denunciante, la decisión del Estado griego de conceder a DEI una licencia exclusiva de exploración y de explotación del lignito en Grecia en virtud del Decreto legislativo griego 4029/1959, de 12 y 13 de noviembre de 1959 (FEK A' 250), y de la Ley griega 134/1975, de 23 y 29 de agosto de 1975 (FEK A' 180), es contraria al artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE. Tras varios intercambios de escritos con la República Helénica, que tuvieron lugar entre 2003 y 2008, la Comisión adoptó la Decisión controvertida.
- 8 Mediante esta Decisión, la Comisión declaró en particular que la concesión y mantenimiento de tales derechos eran contrarias al artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, porque creaban una situación de desigualdad de oportunidades entre los operadores económicos en relación con el acceso a los combustibles primarios para la producción de electricidad y permitían a DEI mantener o reforzar su posición dominante en el mercado de la electricidad al por mayor de Grecia, impidiendo u obstaculizando cualquier nueva entrada en el mercado.
- 9 En la Decisión controvertida, la Comisión señala que la República Helénica estaba al corriente de que debía liberalizarse el mercado de la electricidad desde el momento en que se adoptó la Directiva 96/92, cuyo plazo de transposición expiraba el 19 de febrero de 2001. Añade que la República Helénica adoptó medidas estatales relativas a dos mercados distintos, el primero el del suministro de lignito y el segundo el de la electricidad al por mayor, que engloba la producción y el suministro de electricidad en centrales así como la importación de electricidad a través de dispositivos de interconexión.
- 10 Según la Comisión, DEI ocupaba una posición dominante en estos dos mercados, con una cuota de mercado superior al 97 % y al 85 % respectivamente. Además, dicha institución asegura que no hubo en perspectiva ninguna nueva entrada que pudiera reducir significativamente la cuota de DEI en el mercado de la electricidad al por mayor, puesto que las importaciones, que representan un 7 % del consumo total, no constituyen una verdadera restricción a la competencia en ese mercado.
- 11 En cuanto a las medidas estatales en cuestión, la Comisión observa que, en virtud del Decreto legislativo 4029/1959 y de la Ley 134/1975, se concedieron a DEI derechos de explotación del 91 % de los yacimientos públicos de lignito respecto de los que se habían concedido derechos. Precisa que, durante el período de aplicación de esas medidas, y a pesar de las posibilidades que ofrecía la legislación nacional, no se concedió ningún otro derecho sobre un yacimiento significativo. Además, dicha institución indica que DEI obtuvo derechos de exploración sin que mediara licitación sobre determinados yacimientos explotables respecto de los que no se habían concedido aún derechos de explotación. La Comisión añade que las centrales que funcionan con lignito, que son las menos costosas en Grecia, son las más utilizadas, ya que producen el 60 % de la electricidad que permite abastecer a la red interconectada.

- 12 Al conceder y mantener derechos de explotación del lignito cuasi-monopolísticos en favor de DEI que le garantizan un acceso privilegiado al combustible más atractivo que existe en Grecia para la producción de electricidad, la República Helénica creó una desigualdad de oportunidades entre los operadores económicos en el mercado de la electricidad al por mayor y por tanto falseó la competencia, manteniendo o reforzando así la posición dominante de DEI e impidiendo u obstaculizando cualquier nueva entrada en el mercado, pese a la liberalización del mercado de la electricidad al por mayor.
- 13 Además, mediante la Decisión controvertida, la Comisión pedía a la República Helénica que le informara, en un plazo de dos meses a partir de la notificación de la misma, de las medidas que tuviese intención de adoptar para corregir los efectos contrarios a la competencia de las medidas estatales en cuestión, indicando que tales medidas debían adoptarse y ponerse en práctica dentro de los ocho meses siguientes a la citada Decisión.

Recurso ante el Tribunal General y sentencia recurrida

- 14 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal General el 13 de mayo de 2008, DEI interpuso un recurso de anulación de la Decisión controvertida. En el curso del procedimiento, la República Helénica intervino como coadyuvante en apoyo de DEI, mientras que Elliniki Energeia kai Anaptyxi AE (HE & DSA) y Energeiaki Thessalonikis AE, sociedades anónimas activas en el sector de la producción de energía eléctrica en Grecia, intervinieron como coadyuvantes en apoyo de las pretensiones de la Comisión.
- 15 Para fundamentar su recurso, DEI invocó cuatro motivos, basados: primero, en errores de Derecho en la aplicación de las disposiciones del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, así como en un error manifiesto de apreciación; segundo, en el incumplimiento de la obligación de motivación prevista en el artículo 253 CE; tercero, por un lado, en la vulneración de los principios de seguridad jurídica, de protección de la confianza legítima y de protección de la propiedad privada, y, por otro lado, en la existencia de un desvío de poder, y cuarto, en la violación del principio de proporcionalidad.
- 16 El primer motivo se articulaba en cinco partes, de las que la segunda y la cuarta cuestionaban la conclusión de la Comisión según la cual el ejercicio de los derechos de explotación del lignito otorgados a DEI dio lugar a la extensión de su posición dominante del mercado del suministro de lignito al mercado de la electricidad al por mayor, con infracción de las disposiciones del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE. En sustancia, según el Tribunal General, DEI formulaba dos alegaciones contra esta conclusión de la Comisión. Mediante la primera alegación, DEI sostenía que, para acreditar una infracción de la aplicación combinada de las citadas disposiciones, era necesario que la empresa de que se trate disfrutara de un derecho exclusivo o especial en el sentido del artículo 86 CE, apartado 1, lo que no era el caso.
- 17 Mediante la segunda alegación, que el Tribunal General examinó en primer lugar, DEI reprochaba a la Comisión no haber demostrado la existencia de un abuso real o potencial de su posición dominante en los mercados concernidos, pese a que dicha prueba era un requisito previo para aplicar el artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE.
- 18 En el apartado 85 de la sentencia recurrida, el Tribunal General declaró que en el caso de autos la controversia se centraba principalmente en la cuestión de si la Comisión debía identificar un abuso de posición dominante, real o potencial, por parte de DEI, o si bastaba con acreditar que las medidas estatales en cuestión falseaban la competencia creando una desigualdad de oportunidades entre los operadores económicos, favoreciendo a DEI.

- 19 Por lo que se refiere al mercado del suministro de lignito, el Tribunal General señaló en los apartados 87 a 89 de la sentencia recurrida que, mediante las medidas estatales en cuestión, la República Helénica había concedido a DEI derechos de explotación del lignito para minas cuyas reservas ascendían a alrededor de 2 200 millones de toneladas, que tales medidas, anteriores a la liberalización del mercado de la electricidad, se habían mantenido y seguían afectando a este mercado, y que, además, a pesar del interés que habían manifestado los competidores de DEI, ningún operador económico había podido obtener de la República Helénica derechos de explotación sobre otros yacimientos de lignito, aunque Grecia dispusiera aún de unos 2 000 millones de toneladas de reservas de lignito sin explotar.
- 20 No obstante, el Tribunal General consideró que la imposibilidad de que los otros operadores económicos tuvieran acceso a los yacimientos de lignito aún disponibles no podía achacarse a DEI, puesto que la concesión de licencias de explotación de lignito dependía exclusivamente de la voluntad de la República Helénica. Ese Tribunal añadió que el papel de DEI en dicho mercado se había limitado a explotar los yacimientos sobre los que tenía derechos, sin que la Comisión sostuviera que DEI había abusado de su posición dominante en el mercado del suministro de lignito en relación con el acceso a esta materia prima.
- 21 A continuación, el Tribunal General analizó en los apartados 90 a 93 de la sentencia recurrida la afirmación de la Comisión según la cual la imposibilidad de que los competidores de DEI entrasen en el mercado del suministro de lignito tenía repercusiones en el mercado de la electricidad al por mayor. A este respecto, la Comisión había alegado que, dado que el lignito era el combustible más atractivo en Grecia, su explotación permitía producir electricidad a un coste variable reducido e introducirla en el mercado diario obligatorio con un margen de beneficio más interesante que la electricidad producida a partir de otros combustibles. La Comisión consideraba que DEI podía de este modo mantener o reforzar su posición dominante en el mercado de la electricidad al por mayor impidiendo u obstaculizando cualquier nueva entrada en este mercado.
- 22 Tras recordar en el apartado 91 de la sentencia recurrida que, a raíz de la liberalización del mercado de la electricidad al por mayor, se había creado en Grecia un mercado diario obligatorio, mecanismo del que en la Decisión controvertida no se habían cuestionado sus normas de funcionamiento, las cuales debían respetarse tanto por DEI como por sus competidores, y que, además, DEI había estado presente en dicho mercado antes de su liberalización, el Tribunal General indicó lo siguiente:
- «92 La Comisión no ha demostrado que el acceso privilegiado al lignito pueda haber creado una situación en la que, debido al simple ejercicio de sus derechos de explotación, [DEI] haya podido cometer abusos de posición dominante en el mercado de la electricidad al por mayor o se haya visto inducida a cometer esos abusos en dicho mercado. Asimismo, la Comisión no reprocha a [DEI] que extendiera su posición dominante en el mercado del suministro de lignito al mercado de la electricidad al por mayor sin contar para ello con una justificación objetiva.
- 93 Al limitarse a indicar que [DEI], antigua empresa monopolista, sigue manteniendo una posición dominante en el mercado de la electricidad al por mayor gracias a las ventajas que le proporciona el acceso privilegiado al lignito, y que esta situación crea una desigualdad de oportunidades en dicho mercado entre [DEI] y las otras empresas, la Comisión no identificó ni demostró de modo jurídicamente suficiente a qué abuso, en el sentido del artículo 82 CE, había inducido o podía inducir a [DEI] la medida estatal controvertida.»
- 23 Seguidamente, en los apartados 94 a 103 de la sentencia recurrida, el Tribunal General examinó la jurisprudencia reiterada que se cita en la Decisión controvertida según la cual un Estado miembro infringe las prohibiciones contenidas en los artículos 86 CE, apartado 1, y 82 CE cuando la empresa de que se trate es inducida, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos o especiales que se le han conferido, a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos pueden crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos. Después de analizar las

sentencias Raso y otros (C-163/96, EU:C:1998:54), Höfner y Elser (C-41/90, EU:C:1991:161), Mercati convenzionali porto di Genova (C-179/90, EU:C:1991:464), Job Centre (C-55/96, EU:C:1997:603) y MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376), el Tribunal General concluyó en el apartado 103 de la sentencia recurrida lo siguiente:

«De estas sentencias [...] se desprende que el abuso de posición dominante de la empresa que goce de un derecho exclusivo o especial puede derivar de la posibilidad de ejercer ese derecho de manera abusiva o ser una consecuencia directa del mencionado derecho. Sin embargo, de la citada jurisprudencia no resulta que el mero hecho de que la empresa de que se trate se encuentre en una situación ventajosa en relación con sus competidores como consecuencia de una medida estatal constituya en sí mismo un abuso de posición dominante.»

- 24 Por último, en los apartados 104 a 118 de la sentencia recurrida, el Tribunal General contestó a una última alegación de la Comisión que consideraba que la Decisión controvertida era conforme a la jurisprudencia según la cual un sistema de competencia no falseada tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos. La Comisión alegaba a este respecto que si la desigualdad de oportunidades entre los operadores económicos y, por lo tanto, la competencia falseada, es el resultado de una medida estatal, dicha medida constituye una infracción del artículo 86 CE, apartado 1, interpretado en relación con el artículo 82 CE.
- 25 En el apartado 105 de la sentencia recurrida, el Tribunal General declaró que de las sentencias en las que se había basado la Comisión, a saber, las sentencias Francia/Comisión (C-202/88, EU:C:1991:120), GB-Inno-BM (C-18/88, EU:C:1991:474) y Connect Austria (C-462/99, EU:C:2003:297), no se desprende que, para considerar que se ha cometido una infracción del artículo 86 CE, apartado 1, aplicado en relación con el artículo 82 CE, baste demostrar que una medida estatal falsea la competencia creando una desigualdad de oportunidades entre los operadores económicos, sin que sea necesario identificar un abuso de la posición dominante de la empresa.
- 26 Tras analizar estas sentencias, el Tribunal General concluyó en el apartado 113 de la sentencia recurrida que, si bien era cierto que el Tribunal de Justicia había utilizado en sus sentencias las formulaciones mencionadas por la Comisión, ésta no podía apoyarse simplemente en tales formulaciones sin tener en cuenta su contexto. En los apartados 114 a 117, el Tribunal General declaró asimismo que la tesis de la Comisión tampoco se veía respaldada por la sentencia Dusseldorp y otros (C-203/96, EU:C:1998:316), que dicha institución había invocado en la vista.
- 27 El Tribunal General concluyó en el apartado 118 de la sentencia recurrida que de esta jurisprudencia no se desprende que la Comisión «no estaba obligada a identificar y a demostrar el abuso de la posición dominante al que la medida estatal de que se trata indujo o podía inducir a [DEI]».
- 28 Pues bien, al haber considerado el Tribunal General en los apartados 87 a 93 de la sentencia recurrida que la Comisión no había demostrado en la Decisión controvertida semejante abuso de posición dominante, en el apartado 119 de dicha sentencia declaró fundada la segunda alegación efectuada por DEI en el marco de las partes segunda y cuarta del primer motivo y anuló la Decisión controvertida, «sin que sea preciso examinar las demás imputaciones, partes y motivos formulados».

Pretensiones de las partes y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

- 29 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida.
- Resuelva definitivamente el litigio.

- Condene a DEI a cargar con las costas de ambas instancias.
- 30 DEI y la República Helénica solicitan al Tribunal de Justicia que:
- Desestime el recurso de casación.
 - Con carácter subsidiario, examine los demás motivos de anulación invocados en el asunto T-169/08 y anule la Decisión controvertida.
 - Condene a la Comisión a cargar con las costas de ambas instancias.
- 31 Mediante sendos escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 25 de marzo de 2013, Mytilinaios AE, Protergia AE y Alouminion AE solicitaron intervenir como coadyuvantes en el presente procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión.
- 32 Mediante auto de 11 de julio de 2013, el Vicepresidente del Tribunal de Justicia accedió a esa solicitud.

Sobre el recurso de casación

- 33 Para fundamentar su recurso de casación, la Comisión invoca dos motivos, basado el primero en un error de Derecho en la interpretación y aplicación de las disposiciones del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, y el segundo en una motivación incompleta, imprecisa e insuficiente.

Alegaciones de las partes

- 34 Mediante su primer motivo, que se dirige contra los apartados 94 a 118 de la sentencia recurrida, la Comisión alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho en la interpretación y aplicación de las disposiciones del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, al considerar que aquélla debía identificar y demostrar el comportamiento abusivo al que la medida estatal en cuestión había inducido o podía inducir a DEI.
- 35 Según la Comisión, cuando se aplica el artículo 82 CE, en relación con el artículo 86 CE, apartado 1, a situaciones en las que existe una desigualdad de oportunidades entre los operadores económicos y consecuentemente una competencia falseada resultante de una medida estatal, la medida estatal de que se trate constituye en sí misma una infracción de los artículos 86 CE, apartado 1, y 82 CE. Arguye que basta, pues, con probar que tal medida ha creado efectivamente una desigualdad de oportunidades en favor de la empresa pública privilegiada y que, por ello, dicha medida ha afectado a la estructura del mercado, permitiendo a esta empresa mantener, reforzar o extender su posición dominante a otro mercado, próximo o secundario, por ejemplo impidiendo la entrada en éste de nuevos competidores.
- 36 En consecuencia, la Comisión reprocha al Tribunal General haber aplicado erróneamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a los hechos del caso de autos y haber desnaturalizado el fundamento de la Decisión controvertida. Señala al respecto que, en contra de lo declarado por el Tribunal General, esta Decisión no se basaba en la constatación de que constituía en sí mismo un abuso de posición dominante el mero hecho de que DEI se encontrara en una situación ventajosa frente a sus competidores debido a las medidas estatales en cuestión. Antes al contrario, dicha Decisión especificó la infracción indicando que las medidas estatales en cuestión habían creado una desigualdad de oportunidades entre DEI y sus competidores y que, ejerciendo simplemente los derechos que esas medidas habían otorgado a DEI, esta empresa podía extender su posición dominante del mercado (primario) del suministro de lignito al mercado (secundario) de la electricidad al por mayor en Grecia. Aquella institución afirma que esta extensión al mercado secundario dio lugar

a la restricción de la competencia al impedir la entrada de nuevos competidores en este mercado, incluso después de que se adoptaran medidas liberalizadoras del mismo. Añade por otro lado que, pese a las solicitudes en este sentido, no se concedió ningún derecho sobre ningún yacimiento significativo de lignito a competidores de DEI.

- 37 A juicio de la Comisión, dado que en la Decisión controvertida se expuso cómo, por una parte, el mantenimiento en vigor de las medidas estatales en cuestión, y, por otra, el mero ejercicio de los derechos privilegiados otorgados a DEI, así como el comportamiento de ésta en el mercado secundario, condujeron a un riesgo de abuso de su posición dominante en este mercado excluyendo o impidiendo la entrada de nuevos competidores, dicha institución respetó todos los criterios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la aplicación del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE.
- 38 DEI y la República Helénica consideran que este motivo carece de fundamento. Aducen que, en efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, para poder aplicar el artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, la Comisión debe demostrar el comportamiento abusivo al que la medida estatal en cuestión haya abocado o haya podido abocar a la empresa de que se trate. Entienden que el hecho de que la medida estatal en cuestión origine una situación de desigualdad de oportunidades constituye ciertamente un requisito necesario, pero no suficiente, para justificar la aplicación de dichos artículos. Aseguran que la Comisión pretende, en sustancia, convertir el artículo 86 CE, apartado 1, en una disposición autónoma y de rango superior. Terminan afirmando que el Tribunal General aplicó correctamente esa jurisprudencia a los hechos del caso de autos.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 39 Procede recordar que, en virtud del artículo 86 CE, apartado 1, los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado CE, especialmente las previstas en el artículo 82 CE.
- 40 Esta última disposición prohíbe, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste.
- 41 Cabe recordar que, según la jurisprudencia, un Estado miembro infringe las prohibiciones impuestas en el artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, cuando adopta una medida legal, reglamentaria o administrativa que crea una situación que lleva a una empresa pública o a una empresa a la que se han concedido derechos especiales o exclusivos a abusar de su posición dominante por el mero ejercicio de los derechos privilegiados que se le han conferido o cuando estos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos (véanse, en este sentido, las sentencias *Connect Austria*, EU:C:2003:297, apartado 80, y *MOTOE*, EU:C:2008:376, apartado 49 y la jurisprudencia citada). A este respecto, no es necesario que el comportamiento abusivo se produzca realmente (sentencias *GB-Inno-BM*, EU:C:1991:474, apartados 23 a 25; *Raso y otros*, EU:C:1998:54, apartado 31, y *MOTOE*, EU:C:2008:376, apartado 49).
- 42 Así, existe una infracción de estas disposiciones cuando una medida imputable a un Estado miembro crea un riesgo de abuso de posición dominante (véase la sentencia *MOTOE*, EU:C:2008:376, apartado 50 y la jurisprudencia citada).

- 43 En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que un sistema de competencia no falseada, como el previsto por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos (véanse las sentencias GB-Inno-BM, EU:C:1991:474, apartado 25; MOTOE, EU:C:2008:376, apartado 51, y Connect Austria, EU:C:2003:297, apartado 83 y la jurisprudencia citada).
- 44 De ello se infiere que, si la desigualdad de oportunidades entre los operadores económicos, y por lo tanto la competencia falseada, es el resultado de una medida estatal, dicha medida constituye una infracción del artículo 86 CE, apartado 1, interpretado en relación con el artículo 82 CE (véase la sentencia Connect Austria, EU:C:2003:297, apartado 84).
- 45 Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar a este respecto que, aunque el mero hecho de que un Estado miembro cree una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos no es, como tal, incompatible con el artículo 82 CE, ello no impide que el Tratado imponga a los Estados miembros no establecer o mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de dicha disposición (sentencias ERT, C-260/89, EU:C:1991:254, apartado 35; Corbeau, C-320/91, EU:C:1993:198, apartado 11, y Deutsche Post, C-147/97 y C-148/97, EU:C:2000:74, apartado 39).
- 46 De las consideraciones recordadas en los apartados 41 a 45 de la presente sentencia resulta que, tal como señaló el Abogado General en el punto 55 de sus conclusiones, puede existir una infracción de las disposiciones del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, independientemente de la existencia efectiva de un abuso. Lo único determinante es que la Comisión identifique una consecuencia contraria a la competencia, potencial o real, que pueda resultar de la medida estatal en cuestión. Así pues, semejante infracción puede ser constatada cuando las medidas estatales en cuestión afecten a la estructura del mercado creando condiciones desiguales de competencia entre las empresas, permitiendo a la empresa pública o a la empresa a la que se hayan concedido derechos especiales o exclusivos mantener —por ejemplo, obstaculizando nuevas entradas en el mercado—, reforzar o extender su posición dominante a otro mercado restringiendo así la competencia, sin que sea necesario demostrar la existencia de una práctica abusiva real.
- 47 En estas circunstancias, cabe colegir que, en contra del análisis llevado a cabo por el Tribunal General en los apartados 105 y 118 de la sentencia recurrida, basta con acreditar que la consecuencia contraria a la competencia, potencial o real, puede resultar de la medida estatal en cuestión y no es necesario identificar un abuso distinto del que pudiera resultar de la situación creada por la medida estatal en cuestión. De ello se infiere asimismo que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al declarar que la Comisión indicó que la entonces demandante, antigua empresa monopolista, seguía manteniendo una posición dominante en el mercado de la electricidad al por mayor gracias a las ventajas que le proporcionaba el acceso privilegiado al lignito, y que esta situación creaba una desigualdad de oportunidades en dicho mercado entre la entonces demandante y las otras empresas, y que la Comisión no había identificado ni demostrado de modo suficiente con arreglo a Derecho a qué abuso, en el sentido del artículo 82 CE, indujo o podía inducir a DEI la medida estatal en cuestión.
- 48 Por consiguiente, procede estimar el primer motivo y anular la sentencia recurrida, sin que sea necesario que el Tribunal de Justicia examine el segundo motivo de casación, que tiene carácter estrictamente subsidiario en relación con el primer motivo.

Sobre el recurso ante el Tribunal General

- 49 Conforme al artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en caso de anulación de la sentencia del Tribunal General, aquél puede resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita.

- 50 En el presente asunto, el Tribunal de Justicia dispone de los elementos necesarios para pronunciarse definitivamente sobre las partes segunda y cuarta del primer motivo del recurso en primera instancia.
- 51 En el apartado 59 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró que procedía examinar en primer lugar la segunda parte del primer motivo, basada en un error de la Comisión por afirmar ésta que la existencia de derechos exclusivos o especiales no es un requisito necesario para que exista una infracción de las disposiciones del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, y la cuarta parte de dicho motivo, basada en que DEI no había extendido su posición dominante del mercado del suministro de lignito al mercado de la electricidad al por mayor a causa de su supuesto acceso privilegiado a un combustible primario.
- 52 El Tribunal General estimó, en el mismo apartado, que no era preciso en esa fase pronunciarse sobre el fundamento de la definición de los mercados pertinentes adoptada por la Comisión en la Decisión controvertida —que era objeto de la primera parte del primer motivo invocado por DEI—, partiendo de la premisa de que tal definición, en contra de lo que alegaba DEI, no adolecía de un error manifiesto de apreciación.
- 53 En el presente asunto, y sobre la base de esta misma premisa, el Tribunal de Justicia dispone de los elementos necesarios para pronunciarse definitivamente sobre las partes segunda y cuarta del primer motivo formulado por DEI.

Sobre la segunda parte del primer motivo

Alegaciones de las partes

- 54 DEI, apoyada por la República Helénica, afirma que la Comisión consideró erróneamente que la calificación jurídica de DEI de «empresa pública» era suficiente para fundamentar una infracción de las disposiciones del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE. Arguye que, en efecto, de la jurisprudencia se desprende que, para aplicar la teoría según la cual la empresa pública ha extendido su posición dominante de un mercado a otro mercado, conexo, pero distinto, la Comisión debe necesariamente demostrar que la medida confiere o refuerza derechos exclusivos o especiales. Ahora bien, en el presente asunto, DEI afirma que no es beneficiaria de derechos exclusivos puesto que no disfruta de exclusividad para ejercer la actividad económica de que se trata. Según DEI, los derechos de exploración y de explotación de que dispone tampoco pueden calificarse de «derechos especiales» en el sentido del artículo 86 CE, apartado 1, ya que éstos se conceden a un número limitado de beneficiarios.
- 55 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, replica esencialmente, por un lado, que el ámbito de aplicación de las disposiciones del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, no se limita únicamente a las medidas estatales que conceden derechos especiales o exclusivos, y, por otro lado, que, en cualquier caso, tales derechos fueron concedidos a DEI.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 56 Del tenor literal del artículo 86 CE, apartado 1, resulta que esta disposición es aplicable, por una parte, a las empresas públicas, y, por otra, a las empresas a las que los Estados miembros conceden derechos especiales o exclusivos. Pues bien, consta en autos que DEI es una empresa pública.

- 57 Además, tal como se ha recordado en los apartados 41 a 44 de la presente sentencia, si la desigualdad de oportunidades entre los operadores económicos, y por lo tanto la competencia falseada, es el resultado de una medida estatal, dicha medida, al margen de que se trate de una medida legislativa, reglamentaria o administrativa, constituye una infracción del artículo 86 CE, apartado 1, interpretado en relación con el artículo 82 CE.
- 58 Así pues, DEI afirma erróneamente que, para aplicar la teoría según la cual la empresa pública ha extendido su posición dominante de un mercado a otro mercado, conexo, pero distinto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige que la Comisión demuestre necesariamente que la medida estatal en cuestión confiere o refuerza derechos especiales o exclusivos.
- 59 En efecto, es suficiente que la medida de que se trate cree una situación en la que la empresa pública o la empresa a la que el Estado ha concedido derechos especiales o exclusivos se vea abocada a abusar de su posición dominante (véase, en este sentido, la sentencia *Connect Austria*, EU:C:2003:297, apartado 80 y la jurisprudencia citada).
- 60 En consecuencia, procede desestimar la segunda parte del primer motivo.

Sobre la cuarta parte del primer motivo

Alegaciones de las partes

- 61 DEI cuestiona la conclusión de la Comisión según la cual el ejercicio de los derechos de explotación del lignito, de los que aquella es titular, tuvo por efecto la extensión de su posición dominante en el mercado del suministro de lignito al mercado de la electricidad al por mayor, con infracción de las disposiciones del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, dado que en este caso no se cumplían, a su entender, los requisitos para aplicar la teoría de la extensión de la posición dominante. Según DEI, en primer lugar, en todos los asuntos en los que el juez de la Unión ha aplicado esta teoría, la empresa tenía un monopolio de hecho o de Derecho en un mercado y la medida estatal en cuestión había otorgado derechos exclusivos o especiales en un mercado conexo, pero distinto, lo que no sucedía en el caso de autos. En segundo lugar, DEI no dispone de la competencia reglamentaria para determinar la actividad de sus competidores ni de la posibilidad de imponer costes a éstos. En tercer lugar, la Comisión, al examinar el eventual abuso, debía haber examinado el impacto de la supuesta infracción en los intereses de los consumidores. En cuarto lugar, por último, la Comisión define el lignito como un factor de producción absolutamente necesario («essential facility»), sin haber demostrado que el lignito sea absolutamente necesario para operar en el mercado de la electricidad al por mayor.
- 62 La República Helénica aduce que la Comisión no menciona ninguna clase de abuso de posición dominante, ni existente ni potencial, por parte de DEI. Sostiene que en el presente asunto, no obstante, la existencia de un abuso de este tipo es un requisito necesario y previo para la aplicación del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE.
- 63 La Comisión, apoyada por las partes coadyuvantes, alega en primer término que las medidas estatales a las que pueden referirse los artículos 86 CE, apartado 1, y 82 CE no se limitan a los derechos especiales o exclusivos. En segundo término, que la constatación de una infracción de estas disposiciones no depende del ejercicio de facultades y de competencias reglamentarias. En tercer término, que la jurisprudencia no exige examinar el perjuicio potencial causado a los consumidores por una infracción de las citadas disposiciones. En cuarto término, que DEI afirma erróneamente que aquella institución, en los considerandos 132 y 238 de la Decisión controvertida, estimó que el acceso al lignito era un factor de producción absolutamente necesario («essential facility»).

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 64 Con carácter preliminar, deben desestimarse las alegaciones de la República Helénica por las razones expuestas en los apartados 39 a 46 de la presente sentencia.
- 65 Por otra parte, procede descartar los supuestos «requisitos para aplicar» la teoría de la extensión de la posición dominante, resumidos en el apartado 61 de la presente sentencia, que, según DEI, resultan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- 66 En efecto, cabe recordar que, según reiterada jurisprudencia, las prácticas de una empresa en posición dominante que tienden a extender, a través de una competencia falseada, esta posición a un mercado conexo, pero distinto, constituyen una explotación abusiva de una posición dominante a efectos del artículo 82 CE (véase, en este sentido, la sentencia *Connect Austria*, EU:C:2003:297, apartados 81 y 82 y la jurisprudencia citada).
- 67 De la misma manera, el Tribunal de Justicia ya ha subrayado que la extensión de una situación de posición dominante, sin justificación objetiva, está prohibida «en cuanto tal» por el artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, cuando dicha extensión es el resultado de una medida estatal. Al no poderse eliminar la competencia de ese modo, tampoco puede ser falseada (véanse, en este sentido, las sentencias *España y otros/Comisión*, C-271/90, C-281/90 y C-289/90, EU:C:1992:440, apartado 36, así como *GB-Inno-BM*, EU:C:1991:474, apartados 21, 23 y 24).
- 68 Así pues, no es necesario, como sostiene DEI, que la Comisión demuestre en todos los casos que la empresa de que se trate disfruta de un monopolio o que la medida estatal en cuestión le atribuye derechos exclusivos o especiales en un mercado conexo, pero distinto, o que esa empresa dispone de algún tipo de competencia reglamentaria. A la luz de la jurisprudencia recordada en los apartados 41 a 44 de la presente sentencia, debe descartarse igualmente la supuesta obligación de la Comisión de acreditar el impacto en los intereses de los consumidores de la infracción de las disposiciones del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, dado que este último artículo puede referirse también a las prácticas que causan un perjuicio menoscabando una estructura de competencia efectiva (véase, en este sentido, la sentencia *Europemballage Corporation y Continental Can Company/Comisión*, 6/72, EU:C:1973:22, apartado 26). Por último, la alegación de DEI según la cual la Comisión consideró al lignito como un factor de producción absolutamente necesario se basa en una premisa errónea, puesto que la Comisión se refirió únicamente a la situación de «cuasimonopolio» de DEI en el mercado de la electricidad al por mayor.
- 69 Por consiguiente, debe desestimarse la cuarta parte del primer motivo.
- 70 En atención a las consideraciones anteriores, procede desestimar las partes segunda y cuarta del primer motivo invocado por DEI ante el Tribunal General y devolver el asunto a éste para que examine las partes primera, tercera y quinta del primer motivo, así como los restantes motivos invocados por DEI.

Costas

- 71 Al haberse devuelto el asunto al Tribunal General, procede reservar la decisión sobre las costas.

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

- 1) **Anular la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea DEI/Comisión (T-169/08, EU:T:2012:448).**

- 2) **Devolver el asunto al Tribunal General de la Unión Europea para que se pronuncie sobre los motivos invocados ante el mismo sobre los que no se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**
- 3) **Reservar la decisión sobre las costas.**

Firmas