



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 7 de septiembre de 2023¹

Asuntos acumulados C-701/21 P y C-739/21 P

**Mytilinaios AE — Omilos Epicheiriseon
contra**

**Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI),
Comisión Europea (C-701/21 P)**

y

**Comisión Europea
contra**

Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) (C-739/21 P)

«Recurso de casación — Ayudas de Estado — Concepto de “ayuda” — Imputabilidad de la medida al Estado — Ventaja — Criterio del operador privado — Laudo arbitral por el que se fijan tarifas eléctricas reducidas — Imputabilidad del laudo arbitral al Estado — Reglamento (UE) 2015/1589 — Artículo 4, apartado 2 — Decisión por la que se declara que la medida no constituye una ayuda — Dudas o serias dificultades»

I. Introducción

1. Mediante sus recursos de casación, Mytilinaios AE — Omilos Epicheiriseon (anteriormente Alouminion tis Ellados VEAE; en lo sucesivo, «Mytilinaios») (C-701/21 P) y la Comisión Europea (C-739/21 P) solicitan la anulación de la sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2021, DEI/Comisión² (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»).

2. Los presentes recursos de casación brindan al Tribunal de Justicia la ocasión de precisar el alcance del control que incumbe a la Comisión, en virtud de las disposiciones del artículo 108 TFUE, apartado 3, y del artículo 24, apartado 2, del Reglamento (UE) 2015/1589,³ cuando una empresa controlada por un Estado miembro somete una controversia a un procedimiento de arbitraje comercial.

¹ Lengua original: francés.

² T-639/14 RENV, T-352/15 y T-740/17, EU:T:2021:604.

³ Reglamento del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 [TFUE] (DO 2015, L 248, p. 9).

3. En este caso, la principal dificultad radica en determinar si, para excluir la existencia de una ayuda de Estado en la fase del examen preliminar de una denuncia formulada ante la Comisión, esta puede limitarse a examinar los términos de un compromiso arbitral firmado por una empresa pública,⁴ para llegar a la conclusión de que no se ha concedido así ninguna ventaja mediante fondos estatales, o también está obligada a comprobar el contenido del laudo arbitral para cerciorarse de que no confiere a la otra parte ninguna ventaja que se aparte de las condiciones normales de mercado.

4. En este caso, el Tribunal General se pronunció en favor de un control ampliado, al considerar que la Comisión debería haber examinado el laudo arbitral dictado en un procedimiento entre el principal proveedor de electricidad en Grecia, la sociedad Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (en lo sucesivo, «DEI»), y su mayor cliente, la sociedad Mytilinaios, en relación con las tarifas que debían aplicarse a esta última.

5. Asimilando el tribunal arbitral de que se trata en este caso, vinculado a la autoridad nacional de regulación del mercado eléctrico,⁵ a un tribunal ordinario griego, el Tribunal General consideró que la Comisión había cometido un error de Derecho al negarse a imputar el laudo arbitral al Estado griego,⁶ lo cual debería haberle conducido a controlar su contenido desde la perspectiva de una eventual ayuda de Estado.

6. Desde mi punto de vista, esa conclusión parte de una premisa errónea. Al igual que las recurrentes en casación, considero, en efecto, que asimilar el tribunal arbitral de que se trata en este caso a una instancia estatal constituye un error de Derecho.

7. Sin embargo, varios argumentos de peso abogan por que se mantenga la solución adoptada por el Tribunal General, que parece ser la única que permite garantizar el pleno respeto de los artículos 107 TFUE y 108 TFUE en el contexto de los procedimientos arbitrales en los que intervienen entidades públicas. Por consiguiente, propondré al Tribunal de Justicia que adopte una motivación alternativa que sustituya la motivación errónea contenida en la sentencia recurrida.

II. Marco jurídico

8. El artículo 1, letra h), del Reglamento 2015/1589 define el concepto de «parte interesada» como cualquier Estado miembro o cualquier persona, empresa o asociación de empresas cuyos intereses puedan verse afectados por la concesión de una ayuda y, concretamente, el beneficiario de la misma, las empresas competidoras y las asociaciones.

⁴ Por «empresa pública» entiendo cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO 2006, L 318, p. 17).

⁵ Se trata del arbitraje permanente de la Rythmistiki Archi Energeias (en lo sucesivo, «RAE»).

⁶ El Tribunal General expuso equivocadamente esa motivación, que figura en los apartados 150 a 159 de la sentencia recurrida, en el análisis de la «existencia de una ventaja económica». La cuestión examinada es la imputabilidad del laudo arbitral al Estado griego.

9. El artículo 4 de dicho Reglamento, titulado «Examen preliminar de la notificación y decisiones de la Comisión», prevé:

«1. La Comisión procederá al examen de la notificación desde el momento de su recepción. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10, la Comisión adoptará una decisión con arreglo a lo establecido en los apartados 2, 3 o 4 de dicho artículo.

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

3. Si, tras un examen preliminar, la Comisión comprueba que la medida notificada, en tanto en cuanto esté comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 1, del TFUE, no plantea dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado interior, decidirá que la medida es compatible con el mercado común [...]. La decisión especificará la excepción del TFUE que haya sido aplicada.

4. Si, tras un examen preliminar, la Comisión comprueba que la medida notificada plantea dudas sobre su compatibilidad con el mercado interior, decidirá incoar el procedimiento contemplado en el artículo 108, apartado 2, del TFUE [...]

[...]».

10. El artículo 16 de dicho Reglamento, titulado «Recuperación de la ayuda», establece, en sus apartados 1 y 3, lo siguiente:

«1. Cuando se adopten decisiones negativas en casos de ayuda ilegal, la Comisión decidirá que el Estado miembro interesado tome todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda [...]. La Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho de la Unión.

[...]

3. Sin perjuicio de lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda disponer, de conformidad con el artículo 278 del TFUE, la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Para ello y en caso de procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los Estados miembros de que se trate tomarán todas las medidas necesarias previstas en sus ordenamientos jurídicos nacionales, incluidas las medidas provisionales, sin perjuicio del Derecho de la Unión.»

11. A tenor del apartado 2 del artículo 24 de ese mismo Reglamento, que lleva por título «Derechos de las partes interesadas»:

«Las partes interesadas podrán presentar una denuncia para informar a la Comisión de las presuntas ayudas ilegales o abusivas. [...]

[...]»

III. Antecedentes del litigio, decisiones impugnadas y procedimiento ante el Tribunal General

12. Los antecedentes del litigio y el procedimiento ante el Tribunal General se exponen en los apartados 1 a 53 de la sentencia recurrida y pueden resumirse como se indica a continuación.

13. Mytilinaios, empresa metalúrgica, es el mayor consumidor de electricidad de Grecia.

14. DEI, constituida en forma de sociedad anónima, es el principal proveedor de electricidad de ese país. Cuando se produjeron los hechos pertinentes para los presentes procedimientos, DEI estaba mayoritariamente controlada por el Estado griego y sujeta a la supervisión del Ministerio de Medio Ambiente, Energía y Cambio Climático. Los vínculos institucionales entre DEI y las autoridades griegas se traducían, en particular, en que el Estado nombraba a la mayoría de los miembros del consejo de administración de la empresa.

15. El 4 de agosto de 2010, Mytilinaios y DEI firmaron un acuerdo marco relativo a la tarifa de suministro de electricidad que debía aplicarse durante el período comprendido entre el 1 de julio de 2010 y el 31 de diciembre de 2013, así como a las condiciones para la resolución amistosa de una controversia referente a una deuda de Mytilinaios acumulada durante el período comprendido entre el 1 de julio de 2008 y el 30 de junio de 2010.

16. Al no haber logrado llegar a un acuerdo sobre el proyecto de contrato negociado en virtud del acuerdo marco, el 16 de noviembre de 2011 Mytilinaios y DEI acordaron un compromiso arbitral, sometiéndolo al tribunal arbitral de la RAE, en virtud del artículo 37 de la *nomos* n.º 4001/2011 *gia ti leitourgia Energeiakon Agoron Ilektrismou kai Fysikou Aeriou, gia Erevna, Paragogi kai diktya metaforas Ydrogonanthrakon kai alles rythmiseis* (Ley n.º 4001/2011, relativa al Funcionamiento de los Mercados Energéticos de Electricidad y Gas, a la Investigación, a la Producción y a las Redes de Transporte de Hidrocarburos, y a Otras Normativas).⁷

17. Dicho tribunal arbitral puso fin al contencioso mediante una resolución de 31 de octubre de 2013 (en lo sucesivo, «laudo arbitral»). El recurso interpuesto por DEI contra el laudo arbitral fue rechazado por el *Efeteio Athinon* (Tribunal de Apelación de Atenas, Grecia) mediante sentencia de 18 de febrero de 2016.

18. El 23 de diciembre de 2013, DEI presentó una denuncia ante la Comisión en la que alegaba que la tarifa de suministro eléctrico fijada en el laudo arbitral era inferior a los costes reales que soportaba y que, en consecuencia, dicho laudo constituía una ayuda de Estado presuntamente ilegal.

19. Mediante escrito de 12 de junio de 2014 (en lo sucesivo, «escrito controvertido»), la Comisión informó a DEI de que su denuncia se había archivado porque, por un lado, el Estado griego no tuvo la posibilidad de influir de forma determinante en el contenido del laudo, que no le era imputable, y, por otro lado, el método de cálculo de los costes reales empleado por DEI se apartaba de la metodología adoptada por el tribunal arbitral conforme a los parámetros del compromiso arbitral.

⁷ FEK A' 179/22.8.2011.

20. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal General el 22 de agosto de 2014, DEI interpuso un recurso registrado con el número T-639/14 por el que se solicitaba la anulación del escrito controvertido. Mediante auto de 24 de octubre de 2014, el Tribunal General estimó la solicitud de suspensión del procedimiento para permitir a la Comisión examinar de nuevo las cuestiones planteadas en la demanda.

21. Mediante decisión de 25 de marzo de 2015 (en lo sucesivo, «primera decisión impugnada»), destinada a «sustituir» el escrito controvertido, la Comisión confirmó su apreciación relativa a la inexistencia de una ayuda de Estado en este caso, debido a que la decisión de someter el contencioso a arbitraje y los términos del compromiso acordado por DEI y Mytilinaios no se apartaban de las prácticas de un inversor prudente en una economía de mercado.

22. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal General el 29 de junio de 2015, DEI interpuso un recurso registrado con el número T-352/15 por el que se solicitaba la anulación de la primera decisión impugnada.

23. Mediante auto de 9 de febrero de 2016,⁸ el Tribunal General declaró el sobreseimiento del recurso en el asunto T-639/14 debido, en particular, a que la primera decisión impugnada había sustituido formalmente al escrito controvertido.

24. Mediante sentencia de 31 de mayo de 2017,⁹ el Tribunal de Justicia anuló el auto del Tribunal General de 9 de febrero de 2016 y le devolvió el asunto. El Tribunal de Justicia declaró que, al adoptar la primera decisión impugnada, la Comisión no había revocado el escrito controvertido, sino que se había limitado a confirmarlo, de manera que el recurso en el asunto T-639/14 conservaba su objeto.

25. Mediante decisión de 14 de agosto de 2017 (en lo sucesivo, «segunda decisión impugnada»), la Comisión derogó y sustituyó el escrito controvertido y la primera decisión impugnada, reiterando sus conclusiones relativas a la inexistencia de una ayuda de Estado en este caso. Los motivos recogidos en esa decisión son idénticos a los expuestos en la primera decisión impugnada.¹⁰

26. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal General el 3 de noviembre de 2017, DEI interpuso un recurso registrado con el número T-740/17 por el que se solicitaba la anulación de la segunda decisión impugnada.

27. Mediante resolución del Presidente de la Sala Tercera ampliada del Tribunal General, de 26 de febrero de 2020, se ordenó la acumulación de los asuntos T-639/14 RENV, T-352/15 y T-740/17 a efectos de la fase oral del procedimiento y de la resolución que ponga fin al proceso, conforme al artículo 68 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General.

IV. Sentencia recurrida

28. Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal General anuló el escrito controvertido y las dos decisiones impugnadas.

⁸ Auto DEI/Comisión (T-639/14, no publicado, EU:T:2016:77).

⁹ Sentencia DEI/Comisión (C-228/16 P, EU:C:2017:409).

¹⁰ Apartados 37 a 48 de la segunda decisión impugnada.

29. En un primer momento, el Tribunal General se pronunció sobre el recurso dirigido contra la segunda decisión impugnada, teniendo en cuenta su eventual incidencia sobre la subsistencia del objeto del litigio y del interés de DEI en ejercitar la acción en los asuntos T-639/14 RENV y T-352/15.

30. En cuanto a la admisibilidad del recurso en el asunto T-740/17, el Tribunal General declaró, por un lado, que la segunda decisión impugnada constituía un acto impugnabile que produce efectos jurídicamente vinculantes respecto de DEI, toda vez que, en particular, la conclusión del procedimiento en la fase del examen preliminar impidió a DEI invocar sus argumentos en un procedimiento de investigación formal, y, por otro lado, que DEI tenía la condición de «parte interesada», en el sentido del artículo 1, letra h), del Reglamento 2015/1589, habida cuenta del tenor de esta disposición.

31. Al rechazar la excepción de inadmisibilidad basada en el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans potest*, propuesta por la Comisión teniendo en cuenta que DEI pretendía impugnar el resultado de un procedimiento arbitral que había aceptado libremente, el Tribunal General consideró que esa excepción se fundamentaba en una confusión errónea entre el Estado griego y DEI, atribuyendo a esta última la supuesta satisfacción de las autoridades helénicas con el resultado del procedimiento arbitral.¹¹

32. Pronunciándose sobre el fondo en el asunto T-740/17, el Tribunal General confirmó el carácter fundado de las imputaciones basadas en que la Comisión no había examinado el contenido del laudo arbitral desde la perspectiva de la eventual concesión de una ayuda de Estado. Apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹² en virtud de la cual una ventaja concedida a una parte de un litigio por un órgano jurisdiccional nacional puede dar lugar a la concesión de una ayuda de Estado, el Tribunal General trazó un paralelismo entre la actividad del tribunal arbitral permanente de la RAE y la de los órganos jurisdiccionales griegos ordinarios¹³ y dedujo que la Comisión estaba obligada a comprobar el contenido del laudo arbitral.

33. En cuanto a la alegación relativa a la existencia de una eventual ventaja y al alcance del control que incumbe realizar a la Comisión a este respecto, el Tribunal General consideró que, en las circunstancias del asunto, la Comisión debería haber efectuado apreciaciones económicas y técnicas complejas antes de descartar toda duda sobre la inexistencia de una ayuda de Estado en la fase del examen preliminar.

34. Según el Tribunal General, la Comisión debería haber albergado dudas, en particular, sobre los siguientes elementos:¹⁴

- la caracterización de los costes de DEI teniendo en cuenta su condición de empresa verticalmente integrada cuyo balance consolidado se basa en un traspaso contable interno de los flujos financieros entre sus unidades de suministro y de producción;
- la supuesta necesidad de establecer los costes reales de DEI con arreglo a una base no horaria, sino anual, teniendo en cuenta, en particular, los costes totales variables y fijos de todas las centrales de producción de energía de las que dispone;

¹¹ Apartados 89 y 91 de la sentencia recurrida.

¹² Apartado 147 de la sentencia recurrida.

¹³ Apartados 150 a 159 de la sentencia recurrida.

¹⁴ Apartado 188 de la sentencia recurrida.

- la pertinencia de la elección entre, por un lado, la tarifa basada en el precio marginal del sistema y en la media ponderada en el tiempo, que conduce a una «tarifa de distribución horizontal», y, por otra parte, la tarifa que se basa en el coste fijo y variable de las centrales de lignito de DEI, es decir, en el coste mínimo a largo plazo para cada consumidor;
- la relación de esas tarifas propuestas con la necesidad de cubrir los costes (variables y fijos) reales de DEI y su incidencia en las tarifas que se facturan a los distintos perfiles de consumo, bien de carga de base, como el de Mytilinaios, bien de carga de pico o elevada;
- las eventuales incidencias de la elección del método de tarificación en la competencia en el mercado energético griego, y
- el carácter supuestamente suficiente de los datos proporcionados por DEI para establecer sus costes reales, especialmente los relacionados con la actividad de sus centrales de producción con lignito.

35. En consecuencia, el Tribunal General estimó el recurso en el asunto T-740/17 y anuló la segunda decisión impugnada.

36. En un segundo momento, ante la identidad de los motivos que subyacen en las dos decisiones impugnadas, el Tribunal General estimó el recurso dirigido contra la primera decisión impugnada en el asunto T-352/15.

37. En un tercer momento, al estimar el recurso en el asunto T-639/14 RENV, el Tribunal General anuló el escrito controvertido en particular porque el laudo arbitral, al producir efectos jurídicos similares a los de las sentencias de un tribunal ordinario griego, constituía un acto de poder público imputable al Estado griego.¹⁵

V. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

38. Mediante su recurso de casación en el asunto C-701/21 P, Mytilinaios solicita al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida y, en la medida de lo necesario, devuelva el asunto al Tribunal General y que condene en costas a DEI.

39. La Comisión apoya las pretensiones de Mytilinaios.

40. DEI solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación en su totalidad, se pronuncie con carácter definitivo sobre ese asunto y condene a Mytilinaios a cargar con todas las costas soportadas por DEI en el presente procedimiento y en los procedimientos de los asuntos acumulados T-639/14 RENV, T-352/15 y T-740/17.

41. Mediante su recurso de casación en el asunto C-739/21 P, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia, con carácter principal, que anule la sentencia recurrida, se pronuncie con carácter definitivo sobre el recurso en el asunto T-740/17 desestimándolo, declare que los recursos en los asuntos T-639/14 RENV y T-352/15 han perdido su objeto y no procede pronunciarse al respecto y que condene en costas a DEI.

¹⁵ Apartados 230 a 233 de la sentencia recurrida.

42. Con carácter subsidiario, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida, se pronuncie con carácter definitivo sobre determinados motivos del recurso en el asunto T-740/17 y devuelva ese asunto al Tribunal General para que resuelva sobre los restantes motivos, declare que los recursos en los asuntos T-639/14 RENV y T-352/15 han perdido su objeto y no procede pronunciarse al respecto y que condene en costas a DEI.

43. Mytilinaios solicita al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida, se pronuncie con carácter definitivo sobre el recurso en el asunto T-740/17 desestimándolo, declare que los recursos en los asuntos T-639/14 RENV y T-352/15 han perdido su objeto y no procede pronunciarse al respecto y que condene en costas a DEI.

44. DEI solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación en su totalidad por inadmisibile y, con carácter subsidiario, por infundado y que condene a la Comisión a cargar con todas las costas soportadas por DEI en el presente procedimiento y en los procedimientos de los asuntos acumulados T-639/14 RENV, T-352/15 y T-740/17.

45. Con carácter subsidiario, DEI solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter definitivo sobre los recursos en los asuntos T-639/14 RENV, T-352/15 y T-740/17 y que rechace la solicitud de sobreseimiento de la Comisión en los asuntos T-639/14 RENV y T-352/15.

46. En la reunión general de 28 de febrero de 2023, el Tribunal de Justicia decidió acumular los asuntos C-701/21 P y C-739/21 P a efectos de la fase oral del procedimiento y de la sentencia que pusiera fin al procedimiento.

47. Mediante decisión del Presidente del Tribunal de Justicia del 7 de abril de 2023, se admitió la intervención de la República Federal de Alemania en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

48. Durante la vista, que se celebró el 27 de abril de 2023, formularon observaciones orales Mytilinaios, DEI, la Comisión y la República Federal de Alemania.

VI. Apreciación

49. A excepción de un aspecto de la primera parte del tercer motivo invocado en el asunto C-701/21 P,¹⁶ considero indiscutible que los presentes recursos de casación son admisibles. Por consiguiente, analizaré sucesivamente el carácter fundado de los tres motivos invocados por Mytilinaios en ese asunto.

50. En la medida en que la segunda parte del segundo motivo invocado por Mytilinaios en el asunto C-701/21 P se corresponde, en esencia, con la única imputación que la Comisión ha formulado en el asunto C-739/21 P, las analizaré conjuntamente.

A. Sobre el primer motivo invocado en el asunto C-701/21 P

51. El primer motivo consta de dos partes.

¹⁶ Véanse los puntos 114 y 115 de las presentes conclusiones.

52. Mediante la primera parte del primer motivo, Mytilinaios sostiene que el Tribunal General no respondió a las excepciones de inadmisibilidad basadas en los principios *nemo auditur propriam turpitudinem allegans potest* y *nemo potest venire contra factum proprium*, propuestas debido a que, mediante su recurso, DEI pretende impugnar los resultados de un procedimiento arbitral que había aceptado libremente y cuyos parámetros habían sido establecidos de común acuerdo por las partes del litigio.

53. Mediante la segunda parte del primer motivo, Mytilinaios reprocha al Tribunal General haber rechazado sus objeciones relativas al principio *nemo potest venire contra factum proprium* en virtud de una motivación errónea, recogida en el apartado 91 de la sentencia recurrida.

54. Aparte del hecho de que la imputación basada en la falta de motivación está en contradicción con la segunda parte del primer motivo, es preciso señalar que, en el apartado 91 de la sentencia recurrida, el Tribunal General, refiriéndose al interés de DEI en ejercitar la acción,¹⁷ consideró que el argumento basado en el principio *nemo propriam turpitudinem* «no constituye más que otra variante de la alegación destinada a confundir la situación de la demandante con la del Estado griego e imputarle la eventual satisfacción de las autoridades helénicas con el resultado del procedimiento arbitral, de tal manera que tampoco puede prosperar». Por lo tanto, el Tribunal General motivó su postura, aunque de manera sucinta.

55. Cabe preguntarse, no obstante, si esa motivación es suficiente y si puede considerarse fundada, a la luz de las circunstancias del asunto. Estas cuestiones se integran en la segunda parte del primer motivo.

56. Desde mi punto de vista, la motivación que figura en el apartado 91 de la sentencia recurrida parte de una premisa que no ha sido claramente articulada, según la cual la decisión de recurrir al arbitraje debe imputarse al Estado griego aunque la denuncia se presentó ante la Comisión por iniciativa exclusiva de DEI, que pudo invocar ante el Tribunal General un interés propio en ejercitar la acción, distinto del interés de ese Estado miembro. En efecto, esta interpretación de la motivación impugnada es la única que permite dar respuesta a la imputación formulada por Mytilinaios, basada en la naturaleza contradictoria y desleal de las actuaciones de una misma parte —a saber, DEI— consistentes en haber iniciado un procedimiento arbitral para posteriormente impugnar su resultado ante la Comisión.

57. Pues bien, aun cuando la decisión de recurrir al arbitraje pudiera imputarse efectivamente a las autoridades griegas, lo cual debería haber quedado acreditado a la luz de todas las circunstancias del caso¹⁸ teniendo en cuenta, en particular, la participación mayoritaria del Estado en el capital social de DEI y los estrechos vínculos institucionales entre el Gobierno griego y la dirección de la empresa, el Tribunal General no ha explicado por qué razón la situación sería

¹⁷ Apartados 86 a 89 de la sentencia recurrida.

¹⁸ De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de ayudas de Estado, «el mero hecho de que una empresa pública esté sometida al control estatal no basta para imputar al Estado medidas adoptadas por ella [...]. Resulta necesario analizar además si resulta procedente la conclusión de que las autoridades públicas intervinieron de algún modo en la adopción de dichas medidas. A este respecto, no cabe exigir una demostración, basada en instrucciones concretas, de que las autoridades públicas incitaron específicamente a la empresa pública a adoptar las medidas de ayuda de que se trate. En efecto, [...] habida cuenta de las estrechas relaciones existentes entre el Estado y las empresas públicas, existe un peligro real de que a través de ellas se concedan ayudas de Estado con poca transparencia y sin respetar el régimen de ayudas de Estado que establece el Tratado. [...] Por estas razones, procede reconocer que la imputabilidad al Estado de una medida de ayuda adoptada por una empresa pública puede deducirse de un conjunto de indicios derivados de las circunstancias del asunto y del contexto en el que se produjo la medida». Véase la sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartados 52 a 55.

distinta en lo que respecta a la decisión de impugnar el laudo arbitral mediante una denuncia ante la Comisión, que dicho órgano jurisdiccional ha imputado exclusivamente a DEI en su condición de parte interesada distinta del Estado.

58. Considero, por lo tanto, que el Tribunal General no respondió de manera suficiente en Derecho a la excepción de inadmisibilidad propuesta por Mytilinaios.

59. Me pregunto, no obstante, sobre la operatividad de esa excepción a la luz de la lógica que subyace en el Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado, fundamentalmente en el contexto de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de las normas aplicables a la recuperación de ayudas ilegales.

60. En efecto, la lógica inherente al control que la Comisión ejerce en la materia consiste en garantizar la plena eficacia de las disposiciones de los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, con independencia del carácter contradictorio de las actuaciones del Estado miembro que han dado lugar a la ayuda. La eficacia de ese control quedaría en entredicho si las autoridades estatales no pudieran denunciar ante la Comisión y, en su caso, ante el Tribunal General los efectos potencialmente contrarios a la competencia de sus decisiones anteriores.

61. A este respecto, conviene recordar que la recuperación de una ayuda ilegal debe efectuarse sin dilación por el Estado miembro interesado, con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional y, en particular, acudiendo ante los órganos jurisdiccionales nacionales, sin perjuicio de lo que el Tribunal de Justicia pueda disponer de conformidad con el artículo 278 TFUE.¹⁹ Difícilmente cabe aceptar, en tales condiciones, que una excepción de inadmisibilidad, como la propuesta ante el Tribunal General, pueda impedir que se acuda ante los jueces de la Unión para que se declare la existencia de una ayuda de Estado ilegal.

62. Por otro lado, en caso de incumplimiento de la obligación de suspensión prevista en el artículo 108 TFUE, apartado 3, un Estado miembro cuyas autoridades hayan concedido una ayuda infringiendo las normas de procedimiento previstas en el Tratado FUE no puede invocar la confianza legítima de los beneficiarios para eludir la obligación de adoptar las medidas necesarias al objeto de ejecutar la decisión de la Comisión mediante la cual se le ordene recuperar la ayuda.²⁰ Admitir semejante posibilidad equivaldría a privar de toda eficacia a lo dispuesto en los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, en la medida en que, de ese modo, las autoridades nacionales podrían basarse en su propio comportamiento ilegal para desvirtuar la eficacia de las decisiones adoptadas por la Comisión con arreglo a los referidos artículos del Tratado FUE.²¹

¹⁹ Artículo 16, apartado 3, del Reglamento 2015/1589.

²⁰ De conformidad con reiterada jurisprudencia, las empresas beneficiarias de la ayuda son las únicas que pueden oponerse válidamente a la recuperación de una ayuda ilegal invocando la confianza legítima que han albergado y ello solo en circunstancias excepcionales. Véanse las sentencias de 24 de noviembre de 1987, RSV/Comisión (223/85, EU:C:1987:502), apartado 17, y de 29 de abril de 2004, Italia/Comisión (C-298/00 P, EU:C:2004:240), apartado 90. Sin embargo, la confianza legítima que se invoca en tales casos no puede derivarse de la propia conducta de la Comisión, habida cuenta de su competencia exclusiva para apreciar la conformidad de una ayuda con el mercado interior. A este respecto, carecen de pertinencia los comportamientos que no procedan de la Comisión, tales como los de las autoridades del Estado miembro de que se trate. Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2018, Deutsche Telekom/Comisión (T-207/10, EU:T:2018:786), apartados 69 a 71. Ha de añadirse que la apreciación de eventuales circunstancias excepcionales en ese contexto forma parte del examen en cuanto al fondo del asunto y no debería obstaculizar la admisibilidad de un recurso ante el Tribunal General dirigido a que se declare la existencia de una ayuda de Estado.

²¹ Véanse, en particular, las sentencias de 20 de septiembre de 1990, Comisión/Alemania (C-5/89, EU:C:1990:320), apartado 17, y de 7 de marzo de 2002, Italia/Comisión (C-310/99, EU:C:2002:143), apartado 104.

63. Desde mi punto de vista, las reglas recordadas en los apartados anteriores resultan pertinentes para apreciar la operatividad de la excepción de inadmisibilidad propuesta en este caso ante el Tribunal General en la medida en que, en particular, las imputaciones basadas en los principios *nemo propriam turpitudinem* y *venire contra factum proprium* constituyen una variante de la alegación basada en el principio de confianza legítima.

64. A la luz de las competencias exclusivas de la Comisión para apreciar la existencia y conformidad de una ayuda con el mercado interior, el Estado miembro interesado, al igual que toda «parte interesada», en el sentido del artículo 1, letra h), del Reglamento 2015/1589, siempre que se haya visto afectada sustancialmente por la decisión de la Comisión por la que se declara que no existe una ayuda,²² debe poder impugnar ante los órganos jurisdiccionales de la Unión las decisiones de la Comisión de denegar la apertura del procedimiento de investigación formal, sin que pueda oponérsele válidamente una excepción de inadmisibilidad basada en su comportamiento anterior.

65. Admitir esa excepción generaría una brecha en el régimen de las ayudas de Estado, pues podría oponerse a las autoridades nacionales y, en su caso, a las partes interesadas, como DEI, su propio comportamiento ilegal, de manera que los órganos jurisdiccionales de la Unión no podrían controlar las decisiones de la Comisión en las que se declara que no existe una ayuda en la fase del examen preliminar.

66. Esa posibilidad no solo debilitaría el efecto útil de las disposiciones del Tratado FUE, sino también las del artículo 24, apartado 2, del Reglamento 2015/1589, toda vez que la facultad para presentar una denuncia, prevista en esa disposición, tiene necesariamente como corolario la posibilidad de interponer un recurso ante el Tribunal General para que se declare la existencia de la ayuda descartada por la Comisión.²³

67. De ello se desprende que las imputaciones basadas en el comportamiento de DEI antes de interponer el recurso de anulación ante el Tribunal General no pueden prosperar, ni siquiera si se consideran fundadas.²⁴

²² Sentencia de 11 de septiembre de 2008, Alemania y otros/Kronofrance (C-75/05 P y C-80/05 P, EU:C:2008:482), apartado 40 y jurisprudencia citada.

²³ Siempre que la parte interesada se haya visto afectada sustancialmente por la decisión de la Comisión por la que se declara que no existe una ayuda (véase el punto 64 de las presentes conclusiones).

²⁴ Las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Residex Capital IV (C-275/10, EU:C:2011:354), punto 80, parecen respaldar mi apreciación. En ese asunto, la ciudad de Róterdam (Países Bajos) pretendía invocar la nulidad de una garantía que había otorgado en favor de una empresa, alegando su carácter supuestamente ilegal a la luz del régimen de ayudas de Estado establecido por el Tratado FUE. Al apreciar, en ese contexto, el carácter fundado de una excepción basada en los principios *venire contra factum proprium* y *nemo propriam turpitudinem*, que en este caso se oponían a la ciudad de Róterdam, la Abogada General consideró que su aplicación «sería diametralmente opuest[a] a la finalidad de protección del Derecho europeo de la competencia en general y del artículo 108 TFUE, apartado 3, tercera frase, en particular. Un organismo público debe poder defenderse ante los órganos jurisdiccionales esgrimiendo que la ventaja o el pago que le exige una empresa incumpliría las normas [...] del Derecho de la Unión. Por contra, es bien sabido que también una empresa puede invocar ante los órganos jurisdiccionales que una prestación dineraria que se le ha reclamado es incompatible con el Derecho de la competencia». Al hilo de este razonamiento, considero que una empresa pública, como DEI, que pretende demostrar la existencia de una ayuda de Estado concedida con su intervención, debe poder formular oposición ante los órganos jurisdiccionales de la Unión con independencia de su comportamiento anterior, aunque este haya sido ilegal.

68. Por lo tanto, propongo al Tribunal de Justicia que sustituya la motivación errónea del Tribunal General que figura en el apartado 91 de la sentencia recurrida por una motivación basada en la operatividad de la excepción de inadmisibilidad propuesta ante el Tribunal General.²⁵

69. Por lo tanto, propongo que se desestimen las dos partes del primer motivo invocado por Mytilinaios en el asunto C-701/21 P.

B. Sobre el segundo motivo invocado en el asunto C-701/21 P

70. El segundo motivo formulado por Mytilinaios, basado en la infracción del artículo 107 TFUE, apartado 2, consta de dos partes.

1. Primera parte del segundo motivo

71. Mediante la primera parte del segundo motivo, Mytilinaios sostiene que el Tribunal General cometió un error de Derecho al interpretar el criterio del operador privado en una economía de mercado que sirve para examinar la existencia de una ventaja, toda vez que el Tribunal General había limitado la aplicación de ese criterio exclusivamente al análisis de la tarifa fijada en el laudo arbitral.

72. Según Mytilinaios, esa interpretación, «extremadamente restrictiva», llevó al Tribunal General a declarar la existencia de una ayuda sin realizar, no obstante, una apreciación de todos los datos pertinentes en ese asunto, incluidas las circunstancias que llevaron a las partes a llegar a aceptar un compromiso, y los parámetros técnicos de la resolución del litigio, definidos en el convenio arbitral.

73. Considero que la primera parte del segundo motivo carece de fundamento fáctico.

74. En efecto, por un lado, el Tribunal General no declaró la existencia de una ayuda en la sentencia recurrida, sino que se limitó a considerar que la Comisión debería haber experimentado serias dificultades al apreciar la existencia de una ventaja en la fase del examen preliminar.²⁶

75. Por otro lado, al aplicar el criterio del operador privado, el Tribunal General no ignoró los hechos del asunto anteriores al laudo arbitral,²⁷ sino que se limitó a constatar el carácter incompleto de la apreciación llevada a cabo por la Comisión desde la perspectiva de la existencia de una ventaja, que habría debido tener en cuenta las condiciones tarifarias fijadas al término del arbitraje.²⁸

²⁵ Procede recordar que, aunque los fundamentos de Derecho de una sentencia del Tribunal General revelen una infracción del Derecho de la Unión, si su fallo resulta justificado con arreglo a otros fundamentos de Derecho, tal infracción no puede dar lugar a la anulación de dicha sentencia y debe llevarse a cabo una sustitución de fundamentos de Derecho (sentencia de 6 de noviembre de 2018, Scuola Elementare Maria Montessori, Comisión/Scuola Elementare Maria Montessori y Comisión/Ferracci, C-622/16 P a C-624/16 P, EU:C:2018:873, apartado 48 y jurisprudencia citada).

²⁶ Apartados 190 y 191 de la sentencia recurrida.

²⁷ El Tribunal General tuvo en cuenta las circunstancias particulares vinculadas, en especial, a la imprecisión de los términos del compromiso arbitral y de los parámetros de tarificación adoptados en él, y consideró que deberían haber llevado a la Comisión a examinar, «de forma diligente, suficiente y completa», la existencia de una eventual ventaja concedida a Mytilinaios por el laudo arbitral (apartados 167 a 170 de la sentencia recurrida).

²⁸ Apartados 142 y 185 de la sentencia recurrida.

76. Por consiguiente, en mi opinión, procede rechazar la primera parte del segundo motivo.

2. Segunda parte del segundo motivo

77. Mediante la segunda parte del segundo motivo,²⁹ Mytilinaios y la Comisión cuestionan que sea posible imputar al Estado griego las consecuencias del procedimiento arbitral, que resulta de que el Tribunal General asimilara el tribunal de arbitraje permanente de la RAE a un tribunal ordinario estatal.³⁰

78. El razonamiento adoptado por el Tribunal General se inspira en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recordada en el apartado 147 de la sentencia recurrida, según la cual un órgano jurisdiccional nacional puede incumplir las obligaciones que le incumben con arreglo al Tratado TFUE perpetuando o incluso haciendo posible la concesión de una ayuda ilegal.³¹

79. Al asimilar el arbitraje permanente de la RAE a un tribunal estatal, el Tribunal General consideró que el laudo arbitral dictado en ese asunto podía conferir a Mytilinaios una ventaja ilegal imputable al Estado griego.

80. El carácter fundado de esa motivación debe apreciarse a la luz de la sentencia DOBELES HES,³² dictada el 12 de enero de 2023, es decir, después de la sentencia recurrida, en la que el Tribunal de Justicia, pronunciándose en formación de Gran Sala, declaró que la instauración de una ayuda de Estado no puede proceder de una resolución judicial.³³

81. En la vista, la Comisión señaló que la sentencia Dobeles tenía por efecto invalidar el razonamiento del Tribunal General, en la medida en que la asimilación del arbitraje permanente de la RAE a un tribunal ordinario, de quedar acreditada, no puede dar lugar a que se impute al Estado griego la ventaja que se concedió a Mytilinaios mediante el laudo arbitral.

82. Creo que esa conclusión es precipitada. Desde mi punto de vista, en la sentencia Dobeles el Tribunal de Justicia solamente excluye que pueda imputarse una ayuda de Estado a un órgano jurisdiccional sin excluir, no obstante, que los efectos contrarios a la competencia de una resolución judicial por la que se concede una ayuda puedan imputarse al propio Estado.

83. Por lo tanto, considero necesario, en primer lugar, apreciar las eventuales consecuencias de la sentencia Dobeles sobre la posibilidad de imputar al Estado griego el resultado del procedimiento arbitral desarrollado en este caso.

84. En segundo lugar, examinaré las imputaciones de las recurrentes en casación basadas en el error de Derecho resultante de asimilar el tribunal arbitral de la RAE a un órgano jurisdiccional estatal.

²⁹ Ha de recordarse que la segunda parte de este segundo motivo se corresponde con el único motivo invocado por la Comisión en el asunto C-739/21 P. En consecuencia, la apreciación que se expone a continuación también se refiere a él.

³⁰ Apartados 150 a 159 de la sentencia recurrida.

³¹ Sentencias de 18 de julio de 2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434), apartados 61 a 63; de 11 de noviembre de 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742), apartados 41 a 45; de 26 de octubre de 2016, DEI y Comisión/Alouminion tis Ellados (C-590/14 P, EU:C:2016:797), apartados 107 y 108, y de 4 de marzo de 2020, Buonotourist/Comisión (C-586/18 P, EU:C:2020:152), apartados 94 y 95.

³² Sentencia de 12 de enero de 2023 (C-702/20 y C-17/21, en lo sucesivo, «sentencia Dobeles», EU:C:2023:1).

³³ Apartado 76 de la sentencia Dobeles.

85. En tercer lugar, dado que las imputaciones en cuestión no parecen carecer por completo de fundamento, propondré al Tribunal de Justicia que prevea una motivación alternativa, que pueda sustituir los motivos expuestos en la sentencia recurrida. En efecto, considero que existen argumentos de peso, vinculados a la necesidad de garantizar el efecto útil de las disposiciones de los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, que abogan por mantener la solución adoptada por el Tribunal General en la sentencia recurrida.

a) Sobre las consecuencias de la sentencia Dobeles

86. En el asunto que dio lugar a la sentencia Dobeles, una de las cuestiones prejudiciales³⁴ se refería a sí una demanda judicial por la que se exige el pago de una parte no cobrada de una ventaja prevista por la legislación nacional, que constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, podía considerarse una solicitud de concesión de una nueva ayuda, distinta de la que ya se había abonado a las demandantes.

87. La afirmación del Tribunal de Justicia de que las cantidades concedidas a las partes demandantes por la vía judicial «no pueden considerarse, en modo alguno, ayudas de Estado distintas»³⁵ en la medida en que «la instauración de una ayuda de Estado no puede proceder de una resolución judicial»³⁶ debe interpretarse en ese contexto concreto en el que el órgano jurisdiccional nacional debía pronunciarse aplicando una ley que preveía la ventaja controvertida.

88. A este respecto, la motivación del Tribunal de Justicia en la sentencia Dobeles refleja el planteamiento tradicional de la separación de poderes, que limita el papel de los órganos jurisdiccionales a aplicar las normas jurídicas existentes. A luz de ese planteamiento tradicional, una resolución judicial que concede una ventaja incompatible con el mercado interior procede necesariamente de una norma anterior, que constituye el fundamento jurídico de la demanda presentada ante el tribunal en cuestión. Desde esa perspectiva, como afirmó el Tribunal de Justicia, la instauración de una ayuda no puede proceder en ningún caso de la propia resolución.

89. La cuestión del fundamento jurídico de la ayuda, resuelta por el Tribunal de Justicia en la sentencia Dobeles, no excluye, no obstante, la eventual responsabilidad del Estado por la aplicación, por la vía judicial, de una normativa nacional³⁷ que concede una ayuda incompatible con el mercado interior. Al contrario, en la medida en que las resoluciones judiciales proceden necesariamente del ordenamiento jurídico estatal, el Estado no puede eludir las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, delegando en sus órganos jurisdiccionales la competencia para determinar la forma en la que dispondrá de sus recursos.

90. A este respecto, carece de importancia que la resolución que concede la ventaja controvertida se derive de la aplicación de una norma material concreta o de un principio general del Derecho, o incluso de una apreciación discrecional del juez dentro de los límites de las normas que determinan el alcance de sus competencias. En todos esos supuestos, la resolución judicial resulta imputable al Estado.

³⁴ Se trata de la cuarta de las trece cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia en dicho asunto.

³⁵ Apartado 78 de la sentencia Dobeles.

³⁶ Apartado 76 de la sentencia Dobeles.

³⁷ Lo mismo ocurre en caso de ejecución de las obligaciones contractuales.

91. Considero pues que la sentencia Dobeles no tiene el alcance que le atribuye la Comisión, en la medida en que dicha institución sostiene que asimilar el tribunal arbitral a los órganos jurisdiccionales ordinarios griegos no puede dar lugar a que se imputen al Estado griego las consecuencias del procedimiento arbitral.

92. En cambio, al igual que las recurrentes en casación, tengo mis dudas en cuanto al carácter estatal de ese tribunal.

b) Sobre la asimilación del tribunal arbitral de la RAE a un órgano jurisdiccional estatal

93. Cuando el Tribunal General asimiló el tribunal arbitral de la RAE a un órgano jurisdiccional estatal, basó su razonamiento en varios elementos, a saber, la función del tribunal de la RAE, idéntica a la de los tribunales ordinarios; las exigencias de independencia e imparcialidad de sus árbitros; la aplicación del código procesal civil griego a los procedimientos sustanciados ante ese tribunal; la fuerza de cosa juzgada y el carácter ejecutivo de sus resoluciones, y, por último, la posibilidad de recurrir el laudo arbitral ante el Efeteio Athinon (Tribunal de Apelación de Atenas).³⁸

94. Pues bien, desde mi punto de vista, ninguno de esos elementos justifica esa asimilación.

95. En efecto, por un lado, las circunstancias que el Tribunal General tuvo en cuenta no permiten diferenciar al arbitraje de la RAE de cualquier otro arbitraje comercial. Es frecuente que un tribunal arbitral se pronuncie con arreglo a un procedimiento previsto por ley y dicte una resolución vinculante, susceptible de recurso ante los órganos jurisdiccionales estatales. Además, las exigencias de independencia e imparcialidad se consideran, con carácter general, inherentes a todo procedimiento arbitral. Así, la aplicación de los criterios tenidos en cuenta por el Tribunal General podría llevar a vincular al Estado un gran número de tribunales arbitrales, lo cual no considero viable.

96. Por otro lado, como ha señalado acertadamente la Comisión, asimilar el tribunal arbitral de la RAE a un órgano jurisdiccional estatal choca con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 267 TFUE. De dicha jurisprudencia se desprende que los tribunales arbitrales cuya competencia es facultativa por depender del acuerdo previo de ambas partes³⁹ no son órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en el sentido del artículo 267 TFUE, párrafo segundo.⁴⁰

97. El Tribunal de Justicia ha declarado que el hecho de que la actividad de un tribunal arbitral tenga ciertas similitudes con la actividad jurisdiccional en el sentido de que es un arbitraje de Derecho, en el que el árbitro debe fallar con arreglo a Derecho y su laudo tiene autoridad de cosa juzgada y puede constituir un título ejecutivo, no basta para conferir a ese tribunal el carácter de «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros», sobre todo teniendo en cuenta que las partes no tienen ninguna obligación de confiar sus diferencias al arbitraje.⁴¹

³⁸ Apartados 153 a 157 de la sentencia recurrida.

³⁹ Ese carácter facultativo diferencia el arbitraje permanente de la RAE de un órgano arbitral de carácter «semifacultativo» que conoce de un asunto a iniciativa exclusiva de una de las partes en el litigio, lo cual permite, en determinadas condiciones, asimilarlo a un órgano jurisdiccional estatal en el contexto de la aplicación del artículo 267 TFUE. Véanse la sentencia de 12 de junio de 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), apartados 27 a 29, y mis conclusiones presentadas en dicho asunto (C-377/13, EU:C:2014:246), puntos 38 a 40.

⁴⁰ Sentencias de 23 de marzo de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), apartados 10 a 12, y de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), apartado 34.

⁴¹ Sentencia de 23 de marzo de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), apartados 10 y 11.

98. A la luz de las consideraciones anteriores, creo que la motivación del Tribunal General, expuesta en los apartados 150 a 159 de la sentencia recurrida, adolece de un error de Derecho. Sin embargo, estimo que ese error no excluye que puedan imputarse al Estado griego las consecuencias del arbitraje en cuestión.

c) Sobre la imputación del resultado del procedimiento de arbitraje al Estado griego

99. Al igual que la motivación adoptada por el Tribunal General, los escritos y alegaciones de las partes se han centrado en gran medida en la cuestión del carácter estatal del arbitraje permanente de la RAE. Sin embargo, no creo que ese aspecto sea determinante a la luz de lo que, en mi opinión, constituye el meollo de los presentes recursos de casación.

100. A este respecto conviene recordar que, en lo que concierne al requisito relativo a una intervención del Estado o mediante fondos estatales, previsto en el artículo 107 TFUE, apartado 1, se trata no solamente de las ayudas otorgadas directamente por el Estado, sino también de las otorgadas por organismos públicos o privados creados o designados por él para gestionar la ayuda.⁴² De jurisprudencia consolidada se desprende que no ha lugar a distinguir los casos en los que la ayuda es otorgada directamente por el Estado o por organismos públicos o privados creados o designados por el Estado,⁴³ pues el estatuto jurídico de tales organismos no es un elemento determinante a efectos de la aplicación de las normas del Tratado FUE sobre las ayudas de Estado.⁴⁴

101. Considero, por lo tanto, que en los presentes asuntos no hay que preguntarse si el tribunal arbitral de la RAE se asemeja efectivamente a un órgano jurisdiccional estatal, sino si una empresa pública como DEI puede eludir la aplicación de las disposiciones de los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, sometiendo a arbitraje un contencioso en el que entran en juego recursos estatales.

102. Desde mi punto de vista, esa cuestión, planteada en estos términos, deber recibir sin duda una respuesta negativa.

103. Con independencia del carácter, estatal o privado, del arbitraje que se desarrolla bajo los auspicios de la RAE, es preciso señalar que DEI, que, habida cuenta de sus estrechos vínculos orgánicos y de capital con el Estado griego, estaba bajo *la influencia dominante de dicho Estado*,⁴⁵ se benefició de la facultad, *prevista por la legislación griega*, de recurrir a un método alternativo de solución de controversias. En tales circunstancias, la decisión de aceptar un compromiso y los efectos jurídicos derivados del laudo arbitral son imputables al Estado griego.

⁴² Sentencia de 13 de septiembre de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), apartado 23 y jurisprudencia citada.

⁴³ Conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto ENEA (C-329/15, EU:C:2017:233), punto 67 y jurisprudencia citada.

⁴⁴ Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Salvat père & fils y otros/Comisión (T-136/05, EU:T:2007:295), apartado 139.

⁴⁵ Ha de recordarse que, en el momento de los hechos pertinentes, el Estado griego estaba en poder de la mayoría del capital social de DEI y de los votos en el consejo de administración de esta. Pues bien, entre los indicios que permiten imputar al Estado las medidas adoptadas por empresas públicas, pueden tenerse en consideración, en particular, la presencia de factores de naturaleza orgánica que vinculan la empresa pública al Estado; el grado de tutela que ejercen las autoridades públicas sobre la gestión de la empresa; el hecho de que la empresa en cuestión no pudiera adoptar la decisión impugnada sin tener en cuenta las exigencias de los poderes públicos y cualquier otro elemento de la intervención de las autoridades públicas o de lo improbable de su falta de intervención en la adopción de la medida, habida cuenta del alcance de esta, de su contenido o de las condiciones que establezca. Véase la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de «ayuda estatal» conforme a lo dispuesto en el artículo 107 [TFUE], apartado 1 (DO 2016, C 262, p. 1), puntos 39 a 43. Debe recordarse asimismo que, a tenor del artículo 2, letra b), de la Directiva 2006/111, se presume la influencia dominante de los poderes públicos sobre una empresa cuando estos posean la mayoría del capital suscrito de esa empresa, o puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

104. Pues bien, a diferencia de lo que sostiene la Comisión, no creo que los términos del compromiso arbitral determinen en semejantes casos los límites del control que debe ejercer desde la perspectiva de la existencia de una eventual ventaja imputable al Estado. La decisión de recurrir al arbitraje no solo implica las modalidades de la resolución del litigio, sino también un elemento de riesgo contencioso, vinculado a la posibilidad de que la resolución del litigio no responda a las expectativas de las partes o sea incluso contraria al compromiso, y cuya aplicación pueda dar lugar a la concesión de una ventaja ilegal mediante fondos estatales.

105. Es cierto que los procedimientos jurisdiccionales tradicionales también se caracterizan por un cierto grado de incertidumbre, pero esa incertidumbre es tanto más importante cuanto los tribunales arbitrales operan fuera del sistema judicial estatal y de las garantías inherentes a él. La experiencia de los Estados miembros en materia de arbitraje comercial demuestra además que los riesgos asociados a él no son puramente hipotéticos.⁴⁶

106. Por lo tanto, considero que, cuando recurre al arbitraje, una empresa pública debe aceptar la probabilidad, por mínima que sea, de que se le obligue a disponer de sus recursos de un modo no acorde con las condiciones normales del mercado. Desde esta perspectiva, aun suponiendo que un tribunal arbitral no pueda vincularse al Estado, no ocurre lo mismo en lo que respecta al riesgo contencioso asociado a la decisión de aceptar un compromiso y a la ventaja que eventualmente se conceda a la otra parte del litigio en virtud del laudo arbitral.

107. En el supuesto de que ese riesgo se materialice, como alega en este caso DEI, aduciendo que la tarificación fijada en el laudo arbitral no respeta los términos del compromiso, no creo que el hecho de que haya sido un tribunal arbitral y no estatal el que se haya pronunciado sobre el litigio permita exonerar al Estado de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 107 TFUE y 108 TFUE. Al reconocer carácter vinculante a los laudos arbitrales, el Estado es responsable de las medidas de ejecución que deba adoptar a consecuencia de un arbitraje.

108. Creo que esta conclusión se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al arbitraje en el contexto de un tratado bilateral de inversiones, en la medida en que el carácter internacional de los tribunales que operan en este ámbito no impide que los efectos de sus decisiones que den lugar a la concesión de una eventual ayuda puedan imputarse a los Estados miembros.⁴⁷

109. A este respecto, no suscribo los argumentos esgrimidos por las partes recurrentes en casación y el Gobierno alemán, que han insistido en la necesidad de distinguir el arbitraje de inversiones del arbitraje comercial desde la perspectiva de la imputabilidad al Estado de una eventual ayuda. Cuando decide ratificar un tratado de inversiones, al igual que cuando firma un compromiso arbitral, el Estado debe asumir el riesgo de que se le imputen los efectos de los laudos futuros que se dicten sobre esa base. Si la posibilidad de encomendar la resolución de un

⁴⁶ Para ilustrar este aspecto, me limitaré a recordar el asunto *Tapie/Crédit lyonnais*, entre un conocido empresario y un banco público francés. Después de dictarse el laudo arbitral en ese asunto, en virtud del cual se reconoció al interesado el derecho a percibir un importe de 45 millones de euros por el perjuicio moral sufrido y una indemnización por daños y perjuicios materiales por importe de 358 millones de euros, una antigua ministra, en su condición de supervisora del banco en cuestión, fue condenada por la Cour de Justice de la République française (Tribunal de Justicia de la República Francesa) por un delito de negligencia que dio lugar a la malversación de fondos públicos. La negligencia de la ministra no se debía a la propia decisión de recurrir al arbitraje, que podía estar justificada a la luz de las circunstancias del asunto, sino a su renuncia a impugnar el laudo arbitral ante los tribunales estatales, lo cual había impedido que se descubriera una modificación potencialmente fraudulenta de los términos del compromiso arbitral, efectuada después de que estos hubieran sido validados por las instancias públicas.

⁴⁷ Véanse la sentencia de 25 de enero de 2022, Comisión/European Food y otros (C-638/19 P, EU:C:2022:50), y mis conclusiones presentadas en dicho asunto (C-638/19 P, EU:C:2021:529), puntos 124 a 135.

litigio a un órgano ajeno al Estado se tradujese en la imposibilidad de imputar al Estado su responsabilidad, se generaría un punto ciego en el sistema de control de las ventajas concedidas mediante fondos estatales. Dada la importancia de los intereses objeto de los procedimientos arbitrales que afectan a entidades públicas, esa situación debilitaría considerablemente el efecto útil de las disposiciones pertinentes del Tratado FUE.

110. A la luz de las anteriores consideraciones, creo que conviene sustituir la motivación errónea del Tribunal General, expuesta en los apartados 150 a 159 de la sentencia recurrida, por una motivación basada en la necesidad de imputar al Estado griego los resultados jurídicamente vinculantes del procedimiento arbitral al que ese Estado miembro recurrió por medio de DEI, aceptando el riesgo contencioso asociado al mismo.

111. Por consiguiente, propongo que se desestime la segunda parte del segundo motivo de casación en el asunto C-701/21 P y el único motivo invocado en el asunto C-739/21 P.

C. Sobre el tercer motivo invocado en el asunto C-701/21 P

112. El tercer motivo formulado por Mytilinaios, basado en la infracción del artículo 4 del Reglamento 2015/1589, también consta de dos partes.

113. Mediante la primera parte del tercer motivo, Mytilinaios aduce, por un lado, que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al considerar que la Comisión debía examinar el contenido del laudo arbitral⁴⁸ y, por otro lado, que el Tribunal General incurrió en un error al considerar que la Comisión debería haber efectuado apreciaciones económicas y técnicas complejas para poder excluir la existencia de una ayuda de Estado en la fase del examen preliminar.⁴⁹

114. Por las razones expuestas en la apreciación de la segunda parte del segundo motivo, basada en la imputabilidad de los resultados del procedimiento arbitral al Estado griego, creo que la primera alegación de la primera parte del tercer motivo carece de fundamento. Por consiguiente, considero que debe ser rechazada.

115. Mediante la segunda alegación de la primera parte de este motivo, Mytilinaios parece censurar, en esencia, todas las apreciaciones fácticas realizadas por el Tribunal General en los apartados 167 a 188 de la sentencia recurrida, relativas a la imprecisión de los términos del compromiso arbitral, al perfil de producción y de consumo de Mytilinaios y a las particularidades de sus relaciones comerciales con DEI. En la medida en que el Tribunal General no consideró que la Comisión tenía una obligación general de efectuar una apreciación compleja en la fase del examen preliminar, sino que se limitó a concluir que esa apreciación era necesaria a la luz de las *circunstancias particulares del asunto*, entiendo que esta imputación no se refiere a una cuestión de Derecho, sino fáctica.

116. Por consiguiente, la segunda alegación de la primera parte del tercer motivo es inadmisibles y debe ser rechazada.

⁴⁸ Apartado 164 de la sentencia recurrida.

⁴⁹ Apartados 167 a 189 de la sentencia recurrida.

117. Mediante la segunda parte del tercer motivo, Mytilinaios reprocha al Tribunal General haber invertido la carga de la prueba relativa a la existencia de dudas o serias dificultades que justifican que la Comisión incoe un procedimiento de investigación formal. En su opinión, el Tribunal General dispensó a DEI de la necesidad de acreditar el carácter insuficiente o incompleto del examen realizado por la Comisión durante el procedimiento de examen preliminar.

118. Para respaldar su imputación, Mytilinaios se remite, en concreto, al apartado 167 de la sentencia recurrida, en el que el Tribunal General consideró que las circunstancias particulares del asunto deberían haber llevado a la Comisión a examinar, «de forma diligente, suficiente y completa», todos los elementos pertinentes del asunto desde la perspectiva de la existencia de una ayuda.

119. Sin embargo, conviene distinguir claramente las obligaciones que incumben a la Comisión en la fase de instrucción de una denuncia, a que se hace referencia en el apartado 167 de la sentencia recurrida, de aquellas en materia de prueba que incumben a la recurrente en la fase de recurso ante el Tribunal General.

120. Pues bien, en lo que respecta a estas últimas obligaciones, no parece en modo alguno que el Tribunal General dispensara a DEI de su obligación de aportar elementos de prueba en apoyo de su recurso de anulación, en la medida en que, en especial, el Tribunal General se refiere explícitamente a las circunstancias invocadas por DEI, que, en su opinión, permitían justificar las dudas que la Comisión debería haber albergado en la fase del examen preliminar de su denuncia.⁵⁰

121. Por lo tanto, desde mi punto de vista, la segunda parte del tercer motivo de casación carece de fundamento y, por consiguiente, el tercer motivo de casación en el asunto C-701/21 P debe ser desestimado en su totalidad.

VII. Conclusión

122. Habida cuenta de todas las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación en el asunto C-701/21 P.
- Desestime el recurso de casación en el asunto C-739/21 P.

⁵⁰ Véase la exposición sumaria de las imputaciones que figura en los apartados 120 y 124 de la sentencia recurrida, reproducida por el Tribunal General en la apreciación que consta en los apartados 167 a 189 de dicha sentencia.