

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Tercera)

de 15 de diciembre de 2009*

En el asunto T-156/04,

Électricité de France (EDF), con domicilio social en París (Francia), representada por el Sr. M. Debroux, abogado,

parte demandante,

apoyada por

República Francesa, representada por el Sr. G. de Bergues y la Sra. A.-L. Vendrolini, en calidad de agentes,

parte coadyuvante en el asunto,

* Lengua de procedimiento: francés.

EDF / COMISIÓN

contra

Comisión Europea, representada por los Sres. J. Buendía Sierra y C. Giolito, en calidad de agentes,

parte demandada,

apoyada por

Iberdrola, S.A., con domicilio social en Bilbao, representada por los Sres. J. Ruiz Calzado y É. Barbier de La Serre, abogados,

parte coadyuvante en el asunto,

que tiene por objeto una demanda de anulación de los artículos 3 y 4 de la Decisión de la Comisión relativa a las ayudas estatales concedidas por Francia a EDF y al sector de las industrias eléctricas y del gas (C 68/2002, N 504/2003 y C 25/2003; DO 2005, L 49, p. 9), adoptada el 16 de diciembre de 2003,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Tercera),

integrado por el Sr. J. Azizi, Presidente, y la Sra. E. Cremona y el Sr. S. Frimodt Nielsen (Ponente), Jueces;

Secretaria: Sra. C. Kristensen, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 25 de noviembre de 2008;

dicta la siguiente

Sentencia

Marco jurídico

Las reglas del Tratado CE

- ¹ A tenor del artículo 87 CE, apartado 1, salvo que el Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2 Según el artículo 88 CE, apartados 1 y 2:

«1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común.

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

El Reglamento (CE) nº 659/1999

3 El artículo 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo [88 CE] (DO L 83, p. 1), dispone:

«[...] se entenderá por [...] “ayuda existente”:

i) [...] toda ayuda que existiese antes de la entrada en vigor del Tratado en el Estado miembro respectivo, es decir, los regímenes de ayuda que fueran aplicables y las ayudas individuales que se hayan llevado a efecto con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado y que sigan siendo aplicables con posterioridad a la misma;

[...]

v) la ayuda considerada como ayuda existente al poder acreditarse que en el momento en que se llevó a efecto no constituía una ayuda, y que posteriormente pasó a ser una ayuda debido a la evolución del mercado común y sin haber sido modificada por el Estado miembro. Cuando determinadas medidas pasen a ser ayudas tras la liberalización de una determinada actividad por la legislación comunitaria, dichas medidas no se considerarán como ayudas existentes tras la fecha fijada para la liberalización».

4 El artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 659/1999 prevé que las competencias de la Comisión para la recuperación de ayudas estarán sujetas a un plazo de prescripción de diez años.

5 A tenor del artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 659/1999 el plazo de prescripción se contará a partir de la fecha en que se haya concedido la ayuda ilegal al beneficiario.

6 El artículo 20, apartado 1, primera frase, del Reglamento n° 659/1999 establece que las partes interesadas podrán presentar sus observaciones con arreglo al artículo 6 tras la adopción, por parte de la Comisión, de una decisión de iniciar el procedimiento de investigación formal.

El Derecho francés aplicable

- 7 El artículo 38, apartado 2, del Código general de impuestos dispone:

«El beneficio neto es la diferencia entre los valores del activo neto al cierre y a la apertura del ejercicio cuyos resultados han de servir de base para el impuesto, previa la deducción de las aportaciones adicionales y la suma de las cantidades retiradas durante dicho ejercicio por el explotador o por los socios. Por activo neto se entenderá el importe en el cual los valores del activo superan la parte del pasivo que representan en su conjunto las deudas con terceros, las amortizaciones y las provisiones justificadas.»

- 8 El artículo 4, apartados I y II, de la Ley nº 97-1026, de 10 de noviembre de 1997, de medidas urgentes de carácter fiscal y financiero (JORF de 11 de noviembre de 1997, p. 16387), dispone:

«I. Se presumirá que las instalaciones de la red de suministro general de energía eléctrica han sido propiedad de Électricité de France desde que le fue atribuida la concesión de dicha red.

II. Para la aplicación de las disposiciones del [apartado] I, al 1º de enero de 1997, el contravalor de los bienes específicos comprendidos en la concesión de la red de suministro general que figuran en el pasivo de Électricité de France, excluidas las diferencias de revaluación correspondientes, se asentará en la partida “Dotaciones de capital”.»

Hechos que dan origen al litigio

Contexto general del asunto

- 9 La demandante, Électricité de France (EDF), produce, transporta y distribuye electricidad, en particular en el conjunto del territorio francés.
- 10 En el momento de adoptarse la decisión de iniciar el procedimiento previsto por el artículo 88 CE, apartado 2, en 2002, EDF pertenecía en su totalidad al Estado; el Primer Ministro francés nombraba a su presidente, y su política se determinaba en estrecha cooperación con el Ministerio de Energía francés.
- 11 EDF fue creada por la Ley francesa nº 46-628, de 8 de abril de 1946, de nacionalización de la electricidad y del gas (JORF de 9 de abril de 1946, p. 2651), que nacionalizó el sector de la electricidad en Francia. Fue creada con el estatuto de établissement public à caractère industriel et commercial (establecimiento público de carácter industrial y comercial).
- 12 El artículo 36 de la Ley nº 46-628 estableció el principio de la transferencia a EDF de las concesiones de electricidad nacionalizadas, y obligaba al concesionario al cumplimiento de los nuevos pliegos de cláusulas administrativas tipo cuya elaboración preveía el artículo 37 de dicha Ley.
- 13 Las diferentes concesiones de transporte de electricidad otorgadas por el Estado se unificaron en 1958 en una concesión única, denominada de la «red de alta tensión general» (en lo sucesivo, «RAG»), cuyo pliego de cláusulas administrativas fue aprobado por el Decreto nº 56-1225, de 28 de noviembre de 1956 (JORF de 4 de diciembre de 1956, p. 11562).

14 El artículo 2 de ese pliego de cláusulas administrativas detalla los bienes que forman parte de la concesión (líneas, locales, etc.) y su artículo 8 precisa que EDF está obligada a ejecutar «a su costa todas las obras de conservación y de renovación necesarias para el mantenimiento de las instalaciones de la concesión en buen estado de funcionamiento».

15 A raíz de una modificación introducida por el Decreto de 23 de diciembre de 1994 (JORF de 28 de diciembre de 1994, p. 18564), el artículo 2 de ese pliego de cláusulas administrativas tiene la siguiente redacción:

«Forman parte de la concesión las líneas, los locales y de forma general las instalaciones eléctricas existentes y las que se construyan que sean necesarias para el ejercicio por el concesionario de su actividad de transporte y de suministro de energía eléctrica, excepto las instalaciones de producción.

[...]»

16 No obstante, la RAG se diferenciaba en el pasado de otras formas de concesión, en especial, en primer lugar en que no precisaba el régimen de propiedad de los bienes objeto de concesión, en segundo lugar en que no contenía una cláusula relativa al sistema de devolución de los bienes concedidos, y en tercer lugar en que tenía una duración excepcionalmente larga, de 75 años.

17 A falta de reglas contables específicas para las concesiones y de acuerdo con el Consejo nacional de contabilidad (CNC), se considera que EDF es propietaria de la RAG desde 1946.

- 18 Los bienes que forman parte de la RAG se asentaron por tanto como bienes propios de EDF en el activo de su balance y fueron objeto de tratamiento contable conforme al Derecho común, y su amortización se efectuó mediante la aplicación del «método del coste histórico», que condujo a una amortización lineal a lo largo de todo el período de vida de las instalaciones, ello hasta 1986.
- 19 La aplicación a EDF del plan general contable de 1982, que contenía reglas contables específicas para las concesiones, llevó a partir de 1987 a modificar el tratamiento contable de la RAG, a fin de tener en cuenta las recomendaciones formuladas en 1975 por el CNC en su «Guía de las concesiones».
- 20 Se trataba de tener en cuenta las obligaciones específicas que deben asumir los concesionarios, sobre quienes pesa la obligación de devolución de los bienes concedidos en buen estado de funcionamiento al término de la concesión, en virtud del «principio de continuidad de los servicios públicos».
- 21 Además de prever la obligación del concesionario de asentar el inmovilizado objeto de concesión en una rúbrica específica del activo de su balance, el plan general contable de 1982 enunciaba el siguiente principio:

«El mantenimiento del potencial productivo de las instalaciones concedidas al nivel exigido por el servicio público debe procurarse mediante las amortizaciones o en su caso las dotaciones adecuadas. En la medida en que el valor útil de una instalación puede conservarse con un mantenimiento apropiado, esa instalación no es objeto de dotaciones para amortizaciones por depreciación en el plano de las cargas de explotación del concesionario. Las provisiones utilizables a efectos del mantenimiento del potencial productivo son provisiones para renovación.»

- 22 En aplicación del plan general contable de 1982 se elaboró un plan contable específico de EDF. Este plan contable fue objeto de dictamen conforme del CNC el 19 de diciembre de 1984 y seguidamente fue aprobado por el Decreto interministerial de 21 de diciembre de 1986 (JORF de 30 de diciembre de 1986, p. 15794).
- 23 En aplicación del plan contable específico de EDF la RAG se asentó en el activo del balance de EDF, en la partida titulada «Inmovilizado material del dominio concedido».
- 24 A la amortización lineal resultante de la aplicación del «método del coste histórico» se añadieron provisiones específicas en concepto de renovación del inmovilizado concedido, destinadas a permitir que el concesionario devolviera esos bienes al concedente en perfecto estado al término de la concesión.
- 25 Se constituyeron provisiones para renovación entre 1987 y 1996.
- 26 Los gastos de renovación efectuados por EDF se asentaron en el balance en la partida titulada «Contravalor de los bienes objeto de concesión».
- 27 Esa partida, denominada también «Derechos del concedente», representaba una deuda de EDF frente al Estado francés, ligada a la devolución gratuita de los bienes sustituidos al término de la concesión.

28 No obstante, en un informe de 1994 el Tribunal de Cuentas francés consideró lo siguiente:

«Los principios contables que como excepción se separan del Derecho común se fundan en la existencia de un término real del contrato de concesión, que es lo único que permite diferenciar entre inmovilizado renovable e inmovilizado no renovable. La consideración de ese término constituye la razón de ser del mecanismo contable. Condiciona la posibilidad de devolución del inmovilizado del dominio concedido a la autoridad concedente y justifica la existencia de los derechos del concedente en el pasivo del balance. Da soporte a la existencia y la deducibilidad de la provisión para renovación, que permite apreciar la carga que constituye para el concesionario la devolución al concedente del último inmovilizado que adquiriera la condición de no renovable [...]

En el caso de un establecimiento público concesionario permanente del Estado en virtud de la propia Ley de nacionalización, no cabe sino preguntarse sobre la realidad de la distinción realizada en las cuentas entre el patrimonio de la concesión y el patrimonio del concesionario, y poner de relieve que la falta de término de la concesión no permite la aplicación de las recomendaciones de la guía contable de las empresas concesionarias.»

29 El Tribunal de Cuentas francés señalaba también el carácter irregular de la desgravación fiscal de la que había disfrutado EDF como consecuencia de la creación irregular de las provisiones para renovación de la RAG.

30 Por tanto, el Estado francés acometió la tarea de aclarar el estatuto patrimonial de la RAG así como la de reestructurar el balance de EDF.

31 El contrato de gestión de servicio público «Estado-EDF 1997-2000», firmado el 8 de abril de 1997, preveía una normalización de las cuentas de la empresa y de sus

relaciones financieras con el Estado, con la perspectiva de la apertura del mercado de la electricidad prevista por 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):

«El mercado de la electricidad se encuentra [...] en plena mutación. En el seno de la Unión Europea acaban de definirse reglas de funcionamiento del mercado interior de la electricidad [...]

Por último, los compromisos de este contrato tratarán también de estabilizar las relaciones financieras entre el Estado y EDF, y aclarar el ejercicio de la tutela del Estado sobre EDF, garantizando la autonomía de la empresa en el marco de un proyecto compartido [...]

El balance de EDF será reestructurado, con el doble objetivo de reforzar la situación neta de la empresa y de estabilizar la relación financiera entre el Estado y la empresa sobre bases cercanas al Derecho común. En 1997 se presentará al Parlamento un proyecto legislativo, de modo que la fecha en la que tenga efecto esa reestructuración sea el 1 de enero de 1997.»

32 Con esa perspectiva se adoptó la Ley nº 97-1026.

33 Antes de la adopción de esa Ley el balance de EDF se presentaba como sigue:

- en el activo, una partida titulada «Inmovilizado material del dominio concedido» por importe de 285.700 millones de francos franceses (FRF), de los cuales cerca de 90.000 millones de FRF por el concepto de la RAG;

- en el pasivo, una partida titulada «Provisiones», de la que cerca de 38.500 millones de FRF correspondían a la RAG, así como una partida titulada «Contravalor de los bienes objeto de concesión» que recogía los gastos de renovación realizados. Esta partida ascendía a 145.200 millones de FRF, de los que 18.300 millones correspondían a la RAG.

34 A raíz de la adopción de la Ley nº 97-1026 y en aplicación de su artículo 4, se decidió lo que sigue:

- en primer lugar, los bienes constitutivos de la RAG fueron reclasificados, por importe de 90.325 millones de FRF, como «bienes propios» y perdieron así la calificación de «bienes objeto de concesión»;
- en segundo lugar, las provisiones para renovación de la RAG no utilizadas, por importe de 38.521 millones de FRF, fueron contabilizadas como beneficio no distribuido, sin asentarse previamente en la cuenta de pérdidas y ganancias, y fueron reclasificadas por importe de 20.225 millones de FRF como pérdidas de ejercicios anteriores, de forma que dicha cuenta resultó así liquidada y el saldo de 18.296 millones de FRF se afectó a las reservas. A pesar de que esas reclasificaciones no pasaron por la cuenta de resultados, las mismas dieron lugar a la apreciación de un resultado imponible, gravado al tipo del 41,66 % en aplicación del artículo 38, apartado 2, del Código general de impuestos;
- en tercer lugar, los «derechos del concedente» se afectaron directamente a la partida de dotaciones de capital por importe de 14.119 millones de FRF (de un total de 18.345 millones de FRF) sin asentarse previamente en la cuenta de resultados, con anotación del saldo en diversas cuentas de revaluación.

- 35 Esta reestructuración del balance de EDF se explica en el anexo 1 del escrito del Ministro de Economía, Hacienda e Industria, del Secretario de Estado del Presupuesto y del Secretario de Estado de Industria franceses dirigido a EDF el 22 de diciembre de 1997.

El procedimiento administrativo

- 36 Mediante escritos de 10 de julio y 27 de noviembre de 2001, la Comisión instó a las autoridades francesas a proporcionarle determinadas informaciones acerca de varias medidas adoptadas respecto a EDF y que podían conllevar elementos de ayudas de Estado.
- 37 Las autoridades francesas comunicaron diversas informaciones a la Comisión mediante escritos de 12 de octubre de 2001 y 21 de febrero de 2002. Mediante escrito de 9 de abril de 2002, esas autoridades aportaron precisiones, contenidas en una nota de la Dirección General de Impuestos del Ministerio de Economía, Hacienda e Industria francés, (en lo sucesivo, «Dirección General de Impuestos»), en la que se indicaba en particular lo siguiente:

«El criterio según el cual el nuevo tratamiento contable y fiscal de las provisiones para renovación correspondientes a la [RAG] efectuado en 1997 ha permitido la consolidación de una ventaja fiscal injustificada no puede acogerse. Es preciso diferenciar al respecto el nuevo tratamiento de las provisiones para renovación utilizadas, que figuraban según la información presentada por EDF en la partida “Derechos del concedente”, por importe de 14.119 [millones de FRF] y no de 18.345 [millones de FRF], y el de las provisiones aún no utilizadas por importe de 38.500 [millones de FRF].

Los derechos del concedente correspondientes a la RAG representan una deuda indebida que la incorporación al capital ha exonerado del impuesto de forma injustificada.

Esas provisiones fueron incorporadas al capital sin incidencia fiscal, al no estar sujeta la RAG al régimen fiscal y contable de las concesiones. Dado que la RAG estaba integrada por bienes propios, EDF no estaba obligada respecto al Estado por deuda alguna de devolución de dichos bienes, de modo que los importes correspondientes que figuraban en la partida “Derechos del concedente” no constituyen un pasivo real, sino una reserva no exenta de impuesto. Siendo así, antes de su incorporación al capital esa reserva habría debido transferirse desde el pasivo del establecimiento, en el que figuraba indebidamente, a una cuenta de situación neta, lo que habría dado lugar a una variación positiva de activo neto imponible en aplicación del artículo 38, [apartado 2], ya citado.

La ventaja impositiva así obtenida puede evaluarse en 5.880 [millones de FRF] (14.119 x 41,66 %).

En paralelo, hay que señalar que la regularización realizada mediante afectación directa en la cuenta “resultados de ejercicios anteriores” sin asentarse previamente en la cuenta de resultados dio lugar no obstante a la apreciación de un resultado imponible de 38.500 millones de FRF (5.869 millones de euros), en aplicación del artículo 38, apartado 2, del Código general de impuestos. De ello resulta que la ventaja fiscal resultante de la deducción de las provisiones no utilizadas, al constituirse éstas, ha sido efectivamente neutralizada.

[...]

Como resultado, si bien la reclasificación como capital de las provisiones para renovación ya utilizadas y que figuraban en la partida “Derechos del concedente” tenía que asentarse previamente en cualquier caso en el resultado fiscal, ello se ha compensado sobradamente, respecto al mismo ejercicio, por la reintegración de las provisiones para renovación no utilizadas.

Dado que una valoración global de las operaciones no pone de manifiesto una ventaja injustificada, los nuevos tratamientos de carácter contable y fiscal realizados en 1997 no

son constitutivos en lo que se refiere a EDF de una ayuda que pueda reforzar indebidamente su posición competitiva.»

- 38 Mediante un escrito de 6 de mayo de 2002, la Comisión señaló que aún faltaban determinadas informaciones, a pesar de sus anteriores peticiones, y solicitó además aclaraciones sobre las últimas informaciones que se le habían presentado.
- 39 Mediante escrito de 28 de junio de 2002, las autoridades francesas aportaron algunas informaciones complementarias, y se celebró una reunión el 3 de septiembre de 2002.
- 40 La Comisión notificó a las autoridades francesas tres decisiones conjuntas respecto a EDF, mediante escrito de 16 de octubre de 2002, publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 16 de noviembre de 2002 (DO C 280, p. 8) en la lengua auténtica (francés), precedido por un resumen en las demás lenguas oficiales.
- 41 Por una parte, la Comisión propuso a las autoridades francesas, conforme al artículo 88 CE, apartado 1, la supresión, en concepto de medida apropiada, de la garantía ilimitada del Estado de la que disfrutaba EDF respecto a todos sus compromisos en virtud de su condición de establecimiento público de carácter industrial y comercial, que excluye totalmente la aplicación de la legislación relativa al concurso y la liquidación judicial de las empresas en dificultades. Por otra parte, conforme al artículo 88 CE, apartado 2, la Comisión inició el procedimiento formal de examen de la ventaja resultante de la falta de pago por EDF del impuesto de sociedades debido por la parte de las provisiones contables creadas con exención de impuestos para la renovación de la RAG (en lo sucesivo, «decisión de iniciación»). Por último, requirió a las autoridades francesas la presentación de determinadas informaciones necesarias para el examen de esa ventaja fiscal.

42 Las autoridades francesas comunicaron sus observaciones a la Comisión mediante escrito de 11 de diciembre de 2002, en el que refutaron que EDF hubiera disfrutado de una ventaja fiscal en 1997.

43 El 12 de febrero de 2003 se celebró una reunión técnica sobre la ventaja fiscal supuestamente disfrutada por EDF en 1997, en la que participaron la Comisión y las autoridades francesas.

44 Mediante escrito de 12 de junio de 2003, las autoridades francesas presentaron a la Comisión sus observaciones en el marco del procedimiento formal de examen.

45 El 17 de noviembre de 2003, tuvo lugar una nueva reunión técnica entre la Comisión, las autoridades francesas y los representantes de EDF acerca de la ventaja fiscal de la que supuestamente disfrutó EDF en 1997. Las autoridades francesas comunicaron informaciones complementarias sobre esa cuestión con un escrito de 20 de noviembre de 2003.

46 El 16 de diciembre de 2003, la Comisión adoptó la Decisión relativa a las ayudas estatales concedidas por Francia a EDF y al sector de las industrias eléctricas y del gas (C 68/2002, N 504/2003 y C 25/2003; DO 2005, L 49, p. 9) (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

La Decisión impugnada

47 La Decisión impugnada tiene por objeto el régimen de «garantía ilimitada» concedida por la República Francesa a EDF, determinados aspectos del régimen de jubilaciones del sector de las industrias eléctricas y del gas y la falta de pago por EDF en 1997 del

impuesto de sociedades correspondiente a la parte de las provisiones creadas con exención del impuesto para la renovación de la RAG.

48 El artículo 3 de la Decisión impugnada dispone:

«El que EDF no pagara, en 1997, el impuesto de sociedades sobre la parte de las provisiones constituidas con exención de impuestos para la renovación de la RAG, por un importe equivalente a los 14.119 millones de [FRF] de derechos del cedente reclasificados en dotaciones de capital, constituye una ayuda estatal incompatible con el mercado común.

El elemento de ayuda correspondiente al importe no pagado del impuesto de sociedades asciende a 888,89 millones de EUR.»

49 El artículo 4 de la Decisión impugnada prevé:

«Francia adoptará todas las medidas necesarias para obtener de EDF la recuperación de la ayuda contemplada en el artículo 3, que ha sido puesta a su disposición ilegalmente.

La recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional, siempre que éstos permitan la ejecución inmediata y efectiva de la presente Decisión. La ayuda recuperable devengará intereses desde la fecha en que estuvo a disposición de EDF hasta la de su recuperación efectiva. Los intereses se determinarán sobre la base del tipo de referencia utilizado para el cálculo del equivalente de subvención de las ayudas regionales y sobre una base de interés

compuesto con arreglo a la Comunicación de la Comisión relativa a los tipos de interés aplicables a efectos de la recuperación de ayudas concedidas ilegalmente.»

50 En lo que atañe a la ventaja fiscal de la que supuestamente disfrutó EDF en 1997 la Comisión consideró lo siguiente:

«84. Al haber establecido la Ley [n° 97-1026] que EDF debía considerarse propietaria de la RAG desde 1956, se ha de comprobar si esta ley no implica una transferencia de propiedad de la RAG.

85. Según la información presentada por las autoridades francesas, es razonable considerar que EDF es propietaria de la RAG desde el primer pliego de condiciones de 1956. Esta conclusión se basa en los siguientes elementos: las características de los distintos tipos de contratos de concesión en Derecho francés; las características particulares de la concesión original a EDF, que no contenía ninguna cláusula precisa de retrocesión; el procedimiento de adquisición de los activos en cuestión, por los que EDF tuvo que pagar un derecho similar a una indemnización de expropiación; y las condiciones de financiación del mantenimiento y desarrollo de la RAG por cuenta de EDF. Por lo tanto, la Comisión considera que la “aclaración” en lo relativo a la propiedad de la RAG, efectuada por la Ley [n° 97-1026] no contiene en sí ningún elemento de ayuda estatal.

86. Aún se ha de examinar si con la Ley [n° 97-1026] se sacaron todas las consecuencias fiscales de esta “aclaración”; y, en el supuesto de que no fuera así, si no medió una ventaja de carácter fiscal en favor de EDF.

87. Durante el período 1987-1996, EDF constituyó provisiones con exención de impuestos para la renovación de la RAG. A raíz de la Ley de 1997, por la que EDF se

consideraba propietaria de la RAG desde 1956, estas provisiones quedaron sin objeto y, por tanto, tuvieron que imputarse a otras partidas del balance.

88. La carta del Ministro de Economía en la que se establecen las consecuencias fiscales de la reestructuración del balance de EDF pone de manifiesto que las autoridades francesas gravaron las provisiones para la renovación de la RAG no utilizadas con el impuesto de sociedades al tipo del 41,66 % aplicable en 1997.

89. En cambio, con arreglo al artículo 4 de la Ley [nº 97-1026] una parte de esas provisiones –los derechos del cedente– correspondiente a las operaciones de renovación ya realizadas se reclasificó como dotaciones de capital por importe de 14.119 millones de FRF sin ser sometida al impuesto de sociedades. Las propias autoridades francesas reconocen el carácter ilegal de esta operación. En una nota de la Dirección General de Impuestos de 9 de abril de 2002, dirigida a la Comisión, las autoridades francesas indican que “los derechos del cedente correspondientes a la RAG representan una deuda indebida que, mediante su incorporación al capital, se eximió de manera injustificada del impuesto” y que “esta reserva debería haberse transferido, con anterioridad a su incorporación al capital, del pasivo del establecimiento donde erróneamente figuraba a una cuenta neta, dando lugar de esta manera a una variación positiva del activo neto imponible en aplicación del artículo 38-2” del Código General de Impuestos. Constatan que “la ventaja impositiva obtenida así [por EDF en 1997] puede cifrarse en 5.880 millones de francos ($14.119 \times 41,66\%$)”, es decir, en 888,89 millones de EUR.

90. La Comisión observa, por una parte, que, según el dictamen del [CNC], las correcciones de error deben contabilizarse en el resultado del ejercicio en el que se constatan. Por otra parte, si las provisiones no utilizadas que se habían constituido con exención de impuestos, por importe de 38.500 millones de FRF, se sometieron en 1997 al impuesto de sociedades al tipo del 41,66 %, la Comisión considera que no existe razón objetiva alguna para no haber gravado con el mismo tipo la otra parte de las provisiones constituidas con exención de impuestos.

91. La Comisión considera que los derechos del cedente deberían haberse gravado al mismo tiempo y con el mismo tipo que las demás provisiones contables constituidas con exención de impuestos. Esto significa que los 14.119 millones de FRF de derechos del cedente deberían haberse añadido a los 38.500 millones de FRF de provisiones no utilizadas para gravarlos con el tipo del 41,66 % aplicado a la reestructuración del balance de EDF por las autoridades francesas. Al no pagar la totalidad del impuesto de sociedades adeudado en el momento de la reestructuración de su balance, EDF ahorró 888,89 millones de EUR.

92. La Comisión considera que la ayuda se pagó efectivamente en 1997, ya que el importe de 14.119 millones de FRF era en esa fecha una deuda con el Estado, registrada en el balance como derechos del cedente, a los que el Estado renunció por medio de la Ley [nº 97-1026].

93. Las autoridades francesas afirman que, incluso a falta de dotaciones para provisiones destinadas a la renovación de la RAG, EDF no habría estado en condiciones de pagar el impuesto de sociedades de 1987 a 1996 a causa de unos aplazamientos fiscales deficitarios. La Comisión estima que este argumento no es pertinente por cuanto la ventaja fiscal data de 1997 y no de los ejercicios anteriores. Además, la Comisión observa que, a falta de estas dotaciones para provisiones, los aplazamientos fiscales deficitarios habrían desaparecido progresivamente entre 1987 y 1996 y que, por tanto, en 1997 el importe del impuesto adeudado por EDF habría sido claramente superior.

94. Las autoridades francesas consideran, asimismo, que si la constitución de las provisiones para la renovación de la RAG se hubiera traducido en una ventaja, ésta debería considerarse neutralizada por el aumento del impuesto de sociedades pagado en 1997. La Comisión no puede sino desestimar esta alegación. Como acaba de demostrar, y como indican las propias autoridades francesas en su nota de 9 de abril de 2002, mientras las provisiones destinadas a la renovación no utilizadas se gravaron

como correspondía, los derechos del cedente se reclasificaron en dotaciones de capital sin ser sometidos al impuesto de sociedades. El impuesto pagado por EDF en 1997 es, por tanto, inferior al que en realidad adeudaba.

95. Las autoridades francesas alegan, por otra parte, que la reforma contable de 1997 equivale a una dotación de capital complementaria por un importe equivalente a la exención parcial del impuesto. Por tanto, se trataría por su parte de una inversión, y no de una ayuda. Asimismo, afirman que, durante el período 1987-1996, EDF pagó globalmente al Estado una suma superior al impuesto de sociedades que habría pagado una sociedad de Derecho mercantil que no hubiese constituido provisiones para la renovación de la RAG y que hubiese pagado a su accionista un dividendo equivalente al 37,5 % del resultado neto después de impuestos.

96. La Comisión no puede sino desestimar estas alegaciones y recordar que el principio del inversor privado sólo puede entrar en juego en el marco del ejercicio de actividades económicas, y no del ejercicio de poderes de regulación. Una autoridad pública no puede utilizar el argumento de los posibles beneficios económicos que podría realizar como propietario de una empresa para justificar una ayuda concedida de manera discrecional gracias a las prerrogativas que tiene como autoridad fiscal frente a esa misma empresa.

97. En efecto, si un Estado miembro, además de ejercer su función de poder público, tiene la posibilidad de actuar como accionista, no puede mezclar sus funciones estatales de ejercicio del poder público y las de accionista. La autorización de los Estados miembros para utilizar sus prerrogativas de poder público al servicio de sus inversiones en empresas activas en mercados abiertos a la competencia privaría de todo efecto útil a las normas comunitarias en materia de ayudas estatales. Además, si bien el Tratado, en virtud de su artículo 295, es neutro respecto de la propiedad del capital, es evidente que las empresas públicas deben ser sometidas a las mismas normas que las empresas privadas. Si el Estado utilizara en beneficio de las empresas de las que es accionista sus prerrogativas de poder público, se rompería la igualdad de trato entre empresas públicas y privadas.

98. Las autoridades francesas afirman que el tipo del impuesto de sociedades que deberían haber aplicado a la reestructuración del balance de EDF es el de 1996, y no el de 1997. Como se ha señalado anteriormente, la Comisión observa, por una parte, que el [CNC] considera que los errores contables deben corregirse durante el ejercicio contable en el que se han constatado. Al haber quedado sin objeto las provisiones para la renovación de la RAG a raíz de la adopción de la Ley [nº 97-1026], éstas debían haberse reclasificado durante el ejercicio contable de 1997 y, por tanto, gravado con el tipo del impuesto de sociedades aplicable en este ejercicio. Por otra parte, la Comisión constata que las propias autoridades francesas aplicaron el tipo del impuesto de sociedades de 1997 a la parte de las provisiones que fueron gravadas.

99. El hecho de que EDF no pagara en 1997 impuestos por importe de 888,89 millones de EUR constituye, por lo tanto, una ventaja para el grupo. EDF pudo destinar una suma equivalente al impuesto no pagado para aumentar su capital propio sin recurrir a recursos financieros externos. La ventaja es necesariamente selectiva, puesto que el hecho de no pagar el impuesto de sociedades sobre una parte de estas provisiones contables constituye una excepción al tratamiento fiscal normalmente aplicable a una operación de este tipo. El hecho de que la ventaja le haya sido concedida a EDF por medio de un acto legislativo específico, la Ley [nº 97-1026], certifica su carácter único y desmesurado.

[...]

154. Sobre la base de las consideraciones expuestas, la Comisión considera que la ayuda examinada constituye una ayuda de funcionamiento que surtió el efecto de reforzar la posición competitiva de EDF frente a sus competidores. Por consiguiente, es incompatible con el mercado común.

155. Por último, la Comisión considera que, contrariamente a lo que afirman las autoridades francesas, en este caso no es aplicable la norma de la prescripción. EDF constituyó efectivamente las provisiones contables con exención de impuestos entre 1987 y 1996. Sin embargo, debe señalarse, por una parte, que según el [CNC], las correcciones de error que, por su naturaleza propia, se refieren a la contabilización de operaciones del pasado, deben contabilizarse en el resultado del ejercicio en el que se constatan y, por otra, que la ley que dispone que los derechos del cedente se reclasifican en dotaciones de capital sin quedar sujetos al impuesto de sociedades data de 10 de noviembre de 1997. La ventaja fiscal se remonta, por tanto, a 1997, y la prescripción no se aplica a una ayuda nueva pagada en esa fecha.»

- 51 Habida cuenta de los intereses calculados en aplicación del artículo 4 de la Decisión impugnada, el importe total cuya devolución se exigió a EDF ascendió a 1.217 millones de euros. EDF devolvió ese importe al Estado francés.

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 52 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 27 de abril de 2004, EDF interpuso el presente recurso.
- 53 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 17 de agosto de 2004, la República Francesa solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de EDF. Mediante auto de 20 de septiembre de 2004, el Presidente de la Sala Tercera del Tribunal admitió su intervención. La República Francesa presentó su escrito de formalización de la intervención en el plazo prescrito.
- 54 Mediante escrito de 18 de febrero de 2005, la Comisión solicitó al Tribunal que acordara una diligencia de ordenación del procedimiento con objeto de que un informe titulado «Informe Oxera», que EDF adjuntó a sus observaciones sobre el escrito de

formalización de la intervención de la República Francesa, fuera excluido de los autos por tratarse de un elemento de prueba nuevo que era inadmisibile en esa fase del procedimiento.

55 Mediante escrito de 25 de abril de 2005, EDF solicitó al Tribunal que acordara una diligencia de ordenación del procedimiento con objeto de que se instara a la Comisión a pronunciarse sobre el contenido de dicho Informe. La Comisión presentó sus observaciones sobre esa solicitud mediante escrito de 7 de junio de 2005.

56 El Tribunal (Sala Tercera) instó a las partes a responder por escrito a preguntas que les fueron notificadas por la Secretaría el 12 de junio de 2006. Las partes atendieron a lo instado en el plazo prescrito.

57 Mediante escrito registrado en la Secretaría del Tribunal el 3 de marzo de 2008, Iberdrola, S.A., solicitó intervenir en este asunto en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

58 Dado que la demanda de intervención fue presentada tras la terminación del plazo de seis semanas previsto por el artículo 115, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, mediante auto de 5 de junio de 2008, se admitió la intervención de Iberdrola en apoyo de las pretensiones de la Comisión, y la presentación por esa parte de sus observaciones en la fase oral.

59 El Tribunal (Sala Tercera) instó a las partes a responder por escrito a nuevas preguntas que les fueron notificadas por la Secretaría el 14 de mayo de 2008. Las partes atendieron a lo instado en el plazo prescrito.

60 En la vista celebrada el 25 de noviembre de 2008 se oyeron los informes de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal.

61 EDF, apoyada por la República Francesa, solicita al Tribunal que:

- Anule los artículos 3 y 4 de la Decisión impugnada;
- Condene en costas a la Comisión.

62 La Comisión, apoyada por Iberdrola, solicita al Tribunal que:

- Desestime el recurso por infundado;
- Condene en costas a EDF.

63 En sus observaciones sobre el escrito de formalización de la intervención de la República Francesa, la Comisión también ha solicitado al Tribunal que condene en costas a la República Francesa.

Fundamentos de Derecho

- 64 EDF formula en sustancia tres motivos de carácter principal.
- 65 En su primer motivo EDF alega por una parte que la Comisión ha vulnerado las disposiciones del artículo 20 del Reglamento n° 659/1999 al no permitirle presentar las oportunas observaciones sobre la «inversión de análisis» realizada entre la decisión de iniciación del procedimiento y la Decisión impugnada.
- 66 Por otra parte, EDF mantiene que el hecho de no haberle informado en el curso del procedimiento de un «cambio fundamental de análisis» constituye una vulneración de su «derecho de defensa».
- 67 En su segundo motivo EDF alega en sustancia que la Comisión ha cometido varios errores de Derecho en la interpretación del concepto de «ayuda de Estado», y que la Decisión impugnada presenta además varias lagunas de motivación.
- 68 En primer lugar, la «subcompensación» de los costes del servicio público soportados por EDF, que crecieron muy considerablemente a partir de 1997, neutraliza cualquier «ventaja hipotética» de la que hubiera podido disfrutar.
- 69 En segundo lugar, las medidas controvertidas habrían debido calificarse como dotación de capital, y apreciarse en un contexto global de aclaración de las relaciones financieras entre el Estado y EDF. Al aplicar esas medidas el Estado se comportó como un inversor privado diligente en una economía de mercado.

- 70 En tercer lugar, la Comisión habría debido considerar el contexto global de la reestructuración de las relaciones financieras entre el Estado y EDF en 1997, y concluir que no se había concedido una ventaja global a EDF.
- 71 En cuarto lugar, las medidas controvertidas no afectaron a los intercambios entre los Estados miembros.
- 72 En su tercer motivo, EDF alega que la Comisión incumplió la obligación de motivación al no fundamentar su decisión de refutar la alegación que calificaba las medidas controvertidas como una operación de recapitalización.
- 73 EDF expone además que la Comisión efectuó una interpretación errónea de los aspectos fiscales de la operación realizada en 1997.
- 74 EDF plantea también dos motivos de carácter subsidiario.
- 75 En su primer motivo de carácter subsidiario EDF alega que las medidas controvertidas –suponiendo que puedan calificarse como ayudas– deben considerarse en su mayor parte como ayudas existentes, en aplicación del artículo 1, letra b), inciso v), del Reglamento n° 659/1999, ya que fueron ejecutadas antes de la liberalización efectiva del sector de la electricidad. Por otro lado, la mayor parte de ellas deben considerarse como ayudas existentes en el sentido del artículo 15, apartado 1, del Reglamento n° 659/1999, relativo a la prescripción.

76 En su segundo motivo de carácter subsidiario EDF sostiene que en cualquier caso la Decisión impugnada contiene varios errores de cálculo que vician su validez.

77 La República Francesa interviene en apoyo, en primer lugar, de la parte del segundo motivo que guarda relación con la inaplicación del criterio del inversor privado por la Comisión, en segundo lugar, del tercer motivo basado en la vulneración de la obligación de motivación, y en tercer lugar, de los motivos formulados con carácter subsidiario por EDF.

Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del artículo 20 del Reglamento nº 659/1999, por una parte, y en la vulneración del derecho de defensa, por otra

Alegaciones de las partes

78 En la primera parte de su primer motivo EDF mantiene que en la Decisión impugnada la Comisión adoptó un criterio radicalmente distinto del que había mantenido en la decisión de iniciación, en lo que atañe más en particular a la calificación de las medidas controvertidas.

79 EDF sostiene que, según la decisión de iniciación, el elemento de ayuda imputado resulta de la creación de las provisiones para renovación de la RAG durante el período de 1987 a 1996, provisiones que supuestamente habían atribuido cada año a EDF una ventaja fiscal indebida a lo largo de dicho período, ventaja que fue anulada en parte por los ajustes y las reclasificaciones contables realizados en 1997. EDF se refiere al respecto a los apartados 45, 49, 52, 56 y 84 de la decisión de iniciación.

- 80 EDF estima que resulta con claridad de los apartados 45 y 49 de la decisión de iniciación que la Comisión consideraba que las disposiciones de la Ley n° 97-1026 redujeron las ventajas anteriormente obtenidas, y no que hubieran concedido dichas ventajas.
- 81 EDF considera además que la Comisión, exclusivamente mediante el concepto de «consolidación de las ventajas anteriores» –concepto que por lo demás es inédito y ajeno al Reglamento n° 659/1999–, pareció querer vincular artificialmente sólo al año 1997 las supuestas ventajas, de las cuales sostenía por otra parte que se obtuvieron durante el período 1987-1996. EDF hace referencia más en particular en este aspecto al apartado 71 de la decisión de iniciación.
- 82 EDF sostiene que en la Decisión impugnada la Comisión modificó su criterio, al considerar que las disposiciones de la Ley, de las que previamente había apreciado que reducían el importe de las ventajas obtenidas por EDF, eran en realidad el elemento constitutivo de la supuesta ayuda. EDF se apoya al respecto en el texto del artículo 3 de la Decisión impugnada.
- 83 EDF afirma además que ese cambio de análisis tuvo incidencia en la calificación de las medidas controvertidas como ayuda nueva y en la negativa a considerar el hecho de que se trataba, en su caso, de ayudas existentes.
- 84 EDF sostiene que, una vez decidida la iniciación del procedimiento de examen, la Comisión está obligada a ofrecer al Estado así como a los interesados la oportunidad de presentar sus observaciones.
- 85 EDF reconoce que en el estado actual de la jurisprudencia –se refiere al respecto a la sentencia del Tribunal de 14 de diciembre de 2000, UFEX y otros/Comisión (T-613/97, Rec. p. II-4055)– la finalidad de esa fase del procedimiento consiste menos en

salvaguardar el «derecho de defensa» del Estado y los interesados que en permitir que la Comisión obtenga los elementos útiles para su análisis.

86 EDF recuerda que el considerando octavo del Reglamento n° 659/1999 indica no obstante que «en todos aquellos casos en los que, como fruto del examen preliminar, la Comisión no pueda declarar la compatibilidad de una ayuda con el mercado común, deberá iniciarse el procedimiento de investigación formal con objeto de que la Comisión pueda obtener toda la información necesaria para valorar la compatibilidad de la ayuda y de permitir a las partes interesadas presentar sus observaciones; que el procedimiento de investigación formal previsto en el apartado 2 del artículo [88 CE] constituye el mejor medio de proteger los derechos de las partes interesadas».

87 Con apoyo en particular en la última frase de ese considerando EDF estima que los terceros interesados tienen derechos que el procedimiento formal de examen trata de garantizar. Esos derechos consisten en la posibilidad de proporcionar a la Comisión toda la información pertinente que permita a ésta un análisis completo.

88 En consecuencia, en la medida en que la decisión de incoar un procedimiento formal puede afectar a la situación jurídica del beneficiario y ser lesiva para éste (sentencia del Tribunal de 30 de abril de 2002, *Government of Gibraltar/Comisión*, T-195/01 y T-207/01, Rec. p. II-2309, apartado 85), EDF habría debido tener ocasión, a lo largo de todo el procedimiento administrativo, de dar a conocer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos, así como sobre las imputaciones y las circunstancias alegadas por la Comisión (véanse, en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1994, *Fiskano/Comisión*, C-135/92, Rec. p. I-2885, apartado 40, y del Tribunal General de 30 de marzo de 2000, *Kish Glass/Comisión*, T-65/96, Rec. p. II-1885, apartado 32), y ello tanto más cuando el importe de las cantidades en juego era considerable y sólo existía un beneficiario afectado.

89 EDF alega que, al no haber informado la Comisión a los terceros interesados del «cambio fundamental» operado en su análisis, esa parte no tuvo la posibilidad de apreciar la amplitud del impacto financiero de la Decisión impugnada, ni de proporcionarle informaciones útiles para una comprensión acertada de la situación.

- 90 Ahora bien, según EDF, dado que los derechos de los terceros interesados son limitados, hay que asegurar su respeto «particularmente cuidadoso», y por consiguiente es preciso que el único derecho que se les reconoce –que es el de poder presentar documentos e informaciones útiles a la Comisión– pueda ejercerse cuando menos con pleno conocimiento del análisis realizado por la Comisión, pues en caso contrario quedaría privado de su sustancia.
- 91 Según EDF, no ha sucedido así en este caso, ya que esa parte no fue informada del cambio de análisis efectuado por la Comisión, ni pudo por tanto facilitar las informaciones y elementos útiles que habrían podido, por ejemplo, mover a la Comisión a no abandonar su análisis inicial, que habría podido conducir a atribuir la condición de ayudas existentes a la mayor parte de las medidas controvertidas.
- 92 Por tanto, alega EDF, la Comisión infringió el artículo 20 del Reglamento n° 659/1999.
- 93 En la segunda parte de su primer motivo EDF solicita al Tribunal que se pregunte sobre el «rigor de la jurisprudencia actual» en materia de «derecho de defensa de los terceros interesados» –y muy en particular del beneficiario de la supuesta ayuda– en los procedimientos en materia de ayudas de Estado.
- 94 EDF recuerda que el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión, denominada «Tubemeuse» (C-142/87, Rec. p. I-959), afirmó que el respeto del derecho de defensa en cualquier procedimiento incoado contra una persona y que puede dar lugar a una resolución que le cause perjuicio constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe asegurarse incluso a falta de una normativa específica (apartado 46 de la sentencia).

95 En el ámbito de las ayudas de Estado sólo los Estados miembros pueden conseguir el reconocimiento de un «derecho de defensa real» en el sentido de esa jurisprudencia, ya que el procedimiento se inicia en relación con ellos y no contra terceros beneficiarios.

96 Ahora bien, según EDF, ese criterio es en esencia difícilmente conciliable con el hecho de que una orden de devolución afecta precisamente a los terceros beneficiarios, en tanto que el Estado miembro, por el contrario, es beneficiario de dicha orden en términos financieros. Es posible por tanto un «conflicto de intereses» entre el Estado miembro y el beneficiario.

97 EDF sostiene en sustancia que esa situación de «conflicto de intereses potencial» pone de relieve la necesidad de proteger los escasos derechos reconocidos a los terceros interesados en los procedimientos relativos a las ayudas de Estado –y en particular el derecho que les reconoce el artículo 20 del Reglamento n° 659/1999–, por una parte, y por otra justifica, más allá incluso de esa disposición, que se reconozca a los terceros interesados, o cuando menos a los beneficiarios de la ayuda, un «esbozo de derecho de defensa real».

98 EDF considera en este sentido que el respeto de los derechos de los terceros interesados en general y de los derechos del beneficiario de la ayuda en particular obliga a la Comisión a permitir que den a conocer oportunamente su punto de vista, y por tanto le obliga a publicar una nueva comunicación si se propone mantener en su decisión final hechos, imputaciones, análisis o circunstancias sustancialmente diferentes de los que figuran en su comunicación a los terceros.

99 Pues bien, en el presente caso el hecho de que la Comisión haya modificado «fundamentalmente» su análisis de la naturaleza de las medidas controvertidas en su decisión final y no haya publicado una segunda comunicación en el Diario Oficial constituye según EDF una grave vulneración de su «derecho de defensa».

100 La Comisión rebate esa alegación.

Apreciación del Tribunal

— Sobre la vulneración del derecho de defensa

101 Hay que recordar que, según una jurisprudencia consolidada, el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe garantizarse aun cuando no exista una normativa específica. Este principio exige que, desde la fase del procedimiento administrativo, se ofrezca a la persona interesada la posibilidad de manifestar adecuadamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias alegados por la Comisión y sobre los documentos en los que la Comisión basa su imputación de una infracción del Derecho comunitario (sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión, 40/85, Rec. p. 2321, apartado 28, y del Tribunal General de 6 de marzo de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión, T-228/99 y T-233/99, Rec. p. II-435, apartado 121).

102 Sin embargo, el procedimiento administrativo en materia de ayudas de Estado es un procedimiento abierto únicamente contra el Estado miembro interesado. Las empresas beneficiarias de las ayudas sólo son consideradas «interesadas» en ese procedimiento. No pueden exigir que la Comisión mantenga con ellas un debate contradictorio como el que debe mantener con dicho Estado miembro (sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de septiembre de 2002, Falck y Acciaierie di Bolzano/Comisión, C-74/00 P y C-75/00 P, Rec. p. I-7869, apartados 81 y 83).

103 De tal forma, esa jurisprudencia confiere esencialmente a los interesados la función de fuentes de información para la Comisión en el marco del procedimiento administrativo

incoado con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2. De ello se desprende que los interesados, lejos de poder ampararse en el derecho de defensa, reconocido a las personas en contra de las cuales se inicia un procedimiento, sólo disponen del derecho a participar en el procedimiento administrativo en una medida adecuada en función de las circunstancias del caso concreto (véanse las sentencias del Tribunal de 25 de junio de 1998, *British Airways y otros/Comisión*, T-371/94 y T-394/94, Rec. p. II- 2405, apartados 59 y 60, y la jurisprudencia citada, y *Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión*, citada en el apartado 101 *supra*, apartado 125).

104 Es preciso estimar por tanto que la demandante no puede alegar la vulneración de su derecho de defensa, pues éste no se le reconoce en el procedimiento administrativo, y ello aun si dicha parte mantiene fundadamente que el Estado miembro que concedió la ayuda y el beneficiario de ésta pueden tener intereses divergentes en el marco de los procedimientos tramitados por la Comisión en materia de ayudas de Estado.

105 Debe desestimarse por tanto la primera parte del primer motivo.

— Sobre la vulneración de los derechos procedimentales del beneficiario de la ayuda en cuanto parte interesada

106 Según reiterada jurisprudencia, en la fase de examen prevista por el artículo 88 CE, apartado 2, la Comisión está obligada a dar a los interesados la posibilidad de presentar sus observaciones (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2008, *Ferriere Nord/Comisión*, C-49/05 P, no publicada en la Recopilación, apartado 68, y la jurisprudencia citada).

107 Aun cuando esos interesados no pueden invocar el derecho de defensa, disponen en cambio del derecho a participar en el procedimiento administrativo tramitado por la

Comisión en una medida adecuada habida cuenta de las circunstancias del caso concreto (sentencia Ferriere Nord/Comisión, citada en el apartado 106 *supra*, apartado 69).

- 108 Además, la Comisión tiene la obligación de iniciar un procedimiento formal de examen, en el que se prevea informar a los interesados, desde el momento en que, tras efectuar un examen preliminar, albergue serias dudas acerca de la compatibilidad de la medida económica de que se trate con el mercado común. Por lo tanto, no está obligada a presentar un análisis detallado sobre la ayuda en cuestión en la comunicación de incoación del procedimiento. Sin embargo, sí es necesario que defina suficientemente el marco del examen que ha efectuado para no dejar sin contenido el derecho de los interesados a presentar observaciones [sentencia del Tribunal de 31 de mayo de 2006, Kuwait Petroleum (Nederland)/Comisión, T-354/99, Rec. p. II-1475, apartado 85].
- 109 Por otra parte, es preciso recordar que, de conformidad con el artículo 6 del Reglamento n° 659/1999, cuando la Comisión decide incoar el procedimiento de investigación formal, la decisión de incoación puede limitarse a resumir las principales cuestiones de hecho y de Derecho, a incluir una valoración inicial de la medida estatal de que se trate dirigida a determinar si ésta tiene carácter de ayuda y a exponer las dudas sobre su compatibilidad con el mercado común (sentencia del Tribunal de 23 de octubre de 2002, Diputación Foral de Guipúzcoa y otros/Comisión, T-269/99, T-271/99 y T-272/99, Rec. p. II-4217, apartado 104).
- 110 La decisión de incoación debe permitir, de este modo, a las partes interesadas participar de manera eficaz en el procedimiento de investigación formal, durante el cual tendrán la posibilidad de formular sus alegaciones. Para ello, basta que las partes interesadas conozcan la razón que ha llevado a la Comisión a considerar provisionalmente que la medida de que se trata puede constituir una ayuda nueva incompatible con el mercado común (sentencia del Tribunal de 22 de octubre de 2008, TV 2/Danmark y otros/Comisión, T-309/04, T-317/04, T-329/04 y T-336/04, Rec. p. II-2935, apartado 139, y la jurisprudencia citada).

- 111 Procede observar que en el presente caso, tanto en la decisión de iniciación como en la Decisión impugnada, la Comisión examinó el tratamiento fiscal de los derechos del concedente con ocasión de la reestructuración del balance de EDF realizada por la Ley 97-1026 (en lo sucesivo, «medida controvertida») y que por tanto, en ese aspecto, el marco de examen es el mismo en ambas decisiones.
- 112 Por otra parte, tanto en el apartado 51 de la decisión de iniciación como en el considerando 89 de la Decisión impugnada, la Comisión recogió el cálculo del impuesto que se habría debido pagar, tal como fue presentado por las autoridades francesas, cálculo según el cual la desgravación fiscal que disfrutó EDF podía evaluarse en 5.883 millones de FRF.
- 113 En consecuencia, debe considerarse que mediante la decisión de iniciación EDF tenía conocimiento suficiente del marco de examen pertinente así como del razonamiento que llevó a la Comisión a estimar provisionalmente que la medida controvertida podía constituir una ayuda incompatible con el mercado común, a fin de poder presentar oportunamente sus observaciones al respecto.
- 114 Por tanto, incluso suponiendo que fueran fundadas, las alegaciones expuestas por EDF según las cuales la Comisión realizó, desde el punto de vista fiscal y contable, un análisis de la medida controvertida que difiere del mantenido provisionalmente en la decisión de iniciación, deben refutarse por ineficaces.
- 115 Procede por consiguiente desestimar el primer motivo formulado por EDF.

Sobre el segundo motivo, basado en la infracción por la Comisión del artículo 87 CE

Sobre la primera parte, fundada en la falta de consideración de la «subcompensación» de los costes de servicio público soportados por EDF

— Alegaciones de las partes

- 116 EDF mantiene en sustancia que las obligaciones de servicio público puestas a cargo de la empresa por los poderes públicos crecieron de forma muy significativa a partir de 1997. Ahora bien, esas cargas adicionales no fueron compensadas por las tarifas de venta de la electricidad, pues éstas disminuyeron de forma muy importante durante el mismo período.
- 117 EDF afirma en sustancia que el aumento de las cargas de servicio público resultantes de la reestructuración de las relaciones entre el Estado y dicha empresa formaba parte del equilibrio financiero que definía el contrato de gestión de servicio público de 8 de abril de 1997 (véase el apartado 31 anterior).
- 118 Para demostrar esa alegación EDF se basa en la obligación de servicio público de compra de electricidad puesta a su cargo en beneficio de los productores que habían realizado instalaciones de cogeneración, la obligación más importante durante el período considerado.
- 119 Ahora bien, según EDF esa obligación basta por sí sola para acreditar que las cargas correspondientes superan claramente la ventaja fiscal que en su caso hubiera obtenido.

120 EDF alega que en su Decisión C(2003) 2508, de 23 de julio de 2003, de no oponer objeciones al aumento de capital de la Poste SA/NV por el Estado Belga, la Comisión consideró, en cuanto a las obligaciones de servicio público a cargo de La Poste, que, al ser superior la «subcompensación histórica» del coste neto adicional de las actividades de servicio de interés económico general a la aportación de capital notificada por el Estado, ésa no constituía en sí una ayuda de Estado ya que no confería una ventaja a La Poste, o bien constituía una ayuda de Estado compatible con el mercado común. La Comisión estimó por tanto que, como sea que la aportación de capital notificada era así pues compatible con el mercado común, no era necesario analizar si la decisión del Estado de aportar el capital considerado correspondía al comportamiento que habría tenido un inversor privado diligente en una economía de mercado.

121 Según EDF debe considerarse pues, por analogía con esa Decisión de la Comisión, que la aportación de capital que esa empresa recibió no constituye en sí una ayuda, porque no confiere una ventaja, o bien que constituye una ayuda de Estado compatible con el mercado común.

122 Además, EDF sostiene en esencia que la Comisión cuidó de refutar en el apartado 79 de la decisión de iniciación la alegación de una posible «subcompensación» de los costes de servicio público, pero lo hizo invocando el conjunto de las ayudas examinadas, incluidas aquellas respecto a las que se excluyó finalmente la calificación de ayuda.

123 EDF mantiene en sustancia por otra parte que, si se hubiera de considerar que la República Francesa omitió comunicar a la Comisión las informaciones solicitadas por ésta respecto a los posibles costes de servicio público durante el procedimiento formal de examen, y si en consecuencia no se pudieran tomar en consideración las alegaciones presentadas en el marco del presente recurso, ya que la legalidad de una decisión en materia de ayudas debe apreciarse en función de los elementos de información de los que podía disponer la Comisión en el momento en que adoptó esa decisión, y las apreciaciones complejas efectuadas por la Comisión sólo deben examinarse en función de los elementos de los que ésta disponía en el momento en que las efectuó, ello tendría como consecuencia que EDF, que no participó en el procedimiento administrativo, quedaría privada del derecho a plantear esta parte de su motivo. Pues bien, ello confirmaría la vulneración de su «derecho de defensa», puesto que, al no haber sido

informada «de forma sincera y completa» por la Comisión durante el procedimiento administrativo, esa parte no tuvo la posibilidad de evaluar la necesidad de desarrollar esa argumentación, y en este proceso le estaría vedado hacerlo.

124 La Comisión rebate esa alegación.

— Apreciación del Tribunal

125 Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, en el marco de un recurso de anulación la legalidad de un acto comunitario debe apreciarse en función de la información existente en la fecha en que el acto fue adoptado. En particular, las apreciaciones complejas hechas por la Comisión deben examinarse únicamente en función de los elementos de que ésta disponía en el momento en que efectuó dichas apreciaciones (véase la sentencia del Tribunal de 23 de noviembre de 2006, Ter Lembeek/Comisión, T-217/02, Rec. p. II-4483, apartado 82, y la jurisprudencia citada).

126 A este respecto, no puede reprocharse a la Comisión no haber tenido en cuenta eventuales elementos de hecho o de Derecho que se le habrían podido presentar durante el procedimiento administrativo pero que no se le presentaron, puesto que la Comisión no está obligada a examinar de oficio y por conjeturas qué elementos podrían habersele presentado (sentencia Ter Lembeek/Comisión, citada en el apartado 125 *supra*, apartado 83).

127 Habida cuenta del texto del apartado 79 de la decisión de iniciación y del considerando 153 de la Decisión impugnada, así como de la nota a pie de página que acompaña a ese considerando, hay que estimar que la Comisión mantiene fundadamente que no podía ni debía examinar los posibles costes de servicio público a falta de informaciones en ese aspecto por parte de las autoridades francesas y las partes interesadas, y que al adoptar la Decisión impugnada no podía tener en cuenta elementos que sólo se han puesto en su conocimiento en el marco del presente recurso.

- 128 En cuanto a la alegación referida a la vulneración del derecho de defensa que formula EDF, hay que refutarla en la medida en que, siendo así que se les había instado a presentar informaciones al respecto en el marco del procedimiento administrativo, la República Francesa y EDF no consideraron oportuno hacerlo. Por tanto, EDF no puede sostener en el marco de su recurso ante el Tribunal que no se le dio la posibilidad de evaluar la necesidad de desarrollar una argumentación al respecto y que su derecho de defensa resultaría vulnerado si en este litigio no se examinaran sus alegaciones sobre ese aspecto.
- 129 Es preciso destacar que las posibles divergencias de análisis entre la decisión de iniciación y la Decisión impugnada no pueden incidir en esa apreciación, dado que la Comisión había indicado en la decisión de iniciación que consideraba que el tratamiento atribuido a las provisiones contables para la renovación de la RAG podía constituir una ayuda nueva. Incumbía por tanto a la República Francesa y a EDF deducir las consecuencias procedimentales que tal análisis podía tener para esas mismas partes, y aportar los elementos de información oportunos para defender su posición, lo que no hicieron.
- 130 En cuanto a la alegación de que la Comisión abordó no obstante esa cuestión en el apartado 79 de la decisión de iniciación, pero limitándose a señalar que «las ayudas examinadas [...] han conferido a EDF una ventaja operativa que parece en este momento superior a los costes de no importa qué servicio público», hay que observar que la frase de la que EDF ha citado extractos debe situarse en realidad en su contexto:

«EDF es un prestador de servicios públicos respecto a una parte de sus actividades. Hay que señalar que las autoridades francesas, aunque hasta la actualidad no hayan invocado al respecto la aplicación del artículo 86 [CE], apartado 2, han destacado el hecho de que EDF está obligada a cumplir misiones de servicio público. Sin embargo las autoridades no han aportado ninguna evaluación del coste para EDF causado por esas obligaciones. Es por tanto imposible verificar la correspondencia entre las diferentes ayudas de Estado de las que se beneficia ese operador y los costes de las misiones de servicio público que se le imponen. De cualquier modo, parece que las ayudas examinadas en el presente caso, que revisten en esencia la forma de excepciones a las disposiciones normalmente aplicables en el ámbito contable y comercial, han conferido a EDF una ventaja operativa que parece en este momento superior a los costes de no importa qué servicio público. EDF no ha recibido dotaciones de capital desde hace mucho tiempo. Las ayudas examinadas han contribuido *de facto* a financiar la

expansión agresiva de EDF mediante la adquisición de participaciones en el extranjero. Tal uso de esos fondos parece salir fuera del marco de lo que se puede considerar una misión de servicio público admisible.»

131 En consecuencia, se trataba sólo de una apreciación provisional y de una invitación a la República Francesa y a EDF para aportar los elementos de información necesarios para dejar sin efecto en su caso ese primer análisis. Por tanto la demandante no puede deducir un argumento de ello.

132 Tampoco puede reprocharse a la Comisión el hecho de que el apartado 79 de la decisión de iniciación se refiera al conjunto de las ayudas examinadas y no sólo a la ayuda que finalmente la Comisión declara incompatible con el mercado común y cuya recuperación ordena en los artículos 3 y 4 de la Decisión impugnada, a saber, la medida controvertida.

133 Debe desestimarse por tanto la primera parte del segundo motivo.

Sobre la segunda parte, basada en la falta de afectación de los intercambios entre los Estados miembros

— Alegaciones de las partes

134 EDF sostiene que la medida controvertida no afectó a los intercambios entre los Estados miembros en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, ya que a la luz de la jurisprudencia comunitaria el concepto de «intercambios» debe interpretarse como «sinónimo» del concepto de «competencia», por una parte, y por otra los intercambios

entre productores nacionales históricos, que disfrutaban entonces de una posición de monopolio en sus países respectivos, no pueden asimilarse a una situación de competencia.

135 EDF alega que el Tribunal ha ligado con claridad el concepto de «intercambios entre Estados miembros» al concepto de «competencia» y recuerda al respecto que el Tribunal ha considerado en materia de ayudas de Estado que los requisitos relativos, respectivamente, a la incidencia sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y a la distorsión de la competencia están, por regla general, indisolublemente unidos (sentencias del Tribunal de 15 de junio de 2000, *Alzetta y otros/Comisión*, T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, Rec. p. II-2319, apartado 81, y de 4 de abril de 2001, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia/Comisión*, T-288/97, Rec. p. II-1169, apartado 44).

136 EDF expone que ese análisis fue confirmado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Francia* (C-159/94, Rec. p. I-5815), en la que el Tribunal refutó la alegación de la Comisión de que la abolición de los derechos exclusivos de importación y de exportación de EDF y de Gaz de France (GDF) tendría la consecuencia de favorecer el desarrollo de los intercambios en interés de la Comunidad Europea, y estimó que la Comisión estaba obligada a definir previamente el interés de la Comunidad en relación con el que debía evaluarse el desarrollo de los intercambios. El Tribunal de Justicia vinculó pues con claridad, según EDF, el concepto de «distorsión de la competencia» y el de «intercambios entre Estados miembros».

137 EDF mantiene que, aun si la Comisión menciona ampliamente en la Decisión impugnada los intercambios que pudieron producirse entre operadores eléctricos, la mayor parte de los cuales estaban en posición de monopolio en los Estados miembros antes de la liberalización de ese sector, es sin embargo manifiesto que no existía ninguna «situación de competencia real» antes de esa liberalización, que sólo se emprendió gradualmente al adaptarse el Derecho nacional a la Directiva 96/92.

138 En lo que se refiere más en concreto a Francia durante el período considerado (1986-1997), EDF sostiene que el sector de la electricidad estaba claramente cerrado a la

competencia. Aunque durante ese período se habían adoptado varias Directivas [Directiva 90/547/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1990, relativa al tránsito de electricidad por las grandes redes (DO L 313, p. 30), y Directiva 96/92], su adaptación al Derecho nacional en varios Estados miembros ha tardado algún tiempo sin embargo «a causa de la compleja situación inicial y de la disparidad de las estructuras de electricidad en la Comunidad», como lo ha reconocido el Sr. K. Van Miert, miembro de la Comisión responsable en materia de competencia en esa época.

139 EDF considera por tanto que no puede pretenderse que existiera una «situación de competencia real» en Francia, ni por otra parte en casi la totalidad de los países europeos durante los años 1987-1996.

140 EDF señala en ese aspecto que un gran número de ejemplos presentados por la Comisión en la Decisión impugnada para concluir que existían intercambios entre los Estados miembros con efecto en la competencia corresponden a períodos posteriores a 1997: ese es en particular el caso de la adquisición de un tercio del capital de la empresa alemana EnBW Energie Baden-Württemberg AG y de las capacidades de producción y de distribución de London Electricity, de la adquisición del control de la empresa Fenice, del establecimiento de una colaboración con Fiat para la compra de Montedison y de una colaboración con Véolia Environnement a través de la sociedad Dalkia.

141 Como conclusión EDF considera que, aun si esa misma empresa mantuvo intercambios entre 1987 y 1996 con los demás productores nacionales europeos, ligados en su mayor parte a contratos a largo plazo que a menudo permitieron a esos operadores prescindir de inversiones de producción, como sea que la gran mayoría de las «partes contratantes» con EDF disfrutaban de una posición de monopolio en sus países respectivos, esos intercambios no afectaron en absoluto a la competencia a nivel comunitario.

142 La Comisión rebate esa alegación.

— Apreciación del Tribunal

- 143 El artículo 87 CE, apartado 1, prohíbe las ayudas que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros y falseen o amenacen falsear la competencia.
- 144 A efectos de la calificación como ayuda de Estado de una medida nacional, no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda en los intercambios comerciales entre los Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, sino únicamente examinar si tal ayuda puede afectar a dichos intercambios y falsear la competencia (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze y otros*, C-222/04, Rec. p. I-289, apartado 140, y la jurisprudencia citada).
- 145 Además, una vez que la Comisión ha expuesto correctamente de qué modo las ayudas controvertidas podían tener esos efectos, no está obligada a realizar un análisis económico de la situación real del mercado considerado, de la cuota de mercado de las empresas beneficiarias de las ayudas, de la posición de las empresas competidoras y de las corrientes de intercambio entre los Estados miembros (véanse, en ese sentido, las sentencias del Tribunal de 29 de septiembre de 2000, *CETM/Comisión*, T-55/99, Rec. p. II-3207, apartado 102, y de 6 de septiembre de 2006, *Italia y Wam/Comisión*, T-304/04 y T-316/04, no publicada en la Recopilación, apartado 64).
- 146 Cuando una ayuda otorgada por un Estado miembro sirve para reforzar la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con ésta en los intercambios intracomunitarios, dichos intercambios deben considerarse afectados por la ayuda (véase la sentencia *Cassa di Risparmio di Firenze y otros*, citada en el apartado 144 *supra*, apartado 141, y la jurisprudencia citada).
- 147 A este respecto, el hecho de que un sector económico haya sido objeto de una liberalización a nivel comunitario puede caracterizar una repercusión real o potencial de las ayudas sobre la competencia, así como su efecto sobre los intercambios entre

Estados miembros (véase la sentencia Cassa di Risparmio di Firenze y otros, citada en el apartado 144 *supra*, apartado 142, y la jurisprudencia citada).

- 148 Por otra parte, no es necesario que la empresa beneficiaria participe en los intercambios intracomunitarios. En efecto, cuando un Estado miembro concede una ayuda a una empresa, la actividad interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión. Además, el fortalecimiento de una empresa que, hasta entonces, no participaba en los intercambios intracomunitarios puede colocarla en una situación que le permita penetrar en el mercado de otro Estado miembro (véase la sentencia Cassa di Risparmio di Firenze y otros, citada en el apartado 144 *supra*, apartado 143, y la jurisprudencia citada).
- 149 En el presente caso hay que observar que la Comisión señaló en los considerandos 104 a 112 y 114 y 115 de la Decisión impugnada que, incluso con independencia de las Directivas dirigidas a liberalizar el sector de la electricidad, existía un cierto grado de competencia en ese sector, al menos en ciertos mercados, ya sea en particular en mercados en los que EDF operaba en la época considerada, o bien, en algunos Estados miembros, en otros mercados aún no plenamente abiertos a la competencia.
- 150 EDF no refuta esos elementos.
- 151 EDF tampoco ha rebatido que era exportadora de electricidad a otros Estados miembros en los que la apertura del mercado ya se había realizado.
- 152 El hecho de que el mercado interior francés o al menos una parte de éste haya estado cerrado a la competencia, suponiendo que ello estuviera acreditado, carece por tanto de pertinencia.

153 Por consiguiente, hay que estimar que no puede reprocharse a la Comisión no haber expuesto con mayor precisión la posibilidad de que la medida controvertida haya podido afectar a los intercambios intracomunitarios.

154 La alegación de EDF en ese aspecto no puede por tanto prosperar.

155 Como conclusión, la segunda parte del segundo motivo debe ser desestimada en consecuencia.

Sobre la tercera parte del segundo motivo, basada en la calificación de las medidas controvertidas como dotación de capital, por una parte, y por otra en el comportamiento del Estado en su ejecución como un inversor privado diligente en una economía de mercado

— Alegaciones de las partes

156 EDF recuerda que en 1997 el Estado era su único accionista. En esa época EDF estaba «seriamente subcapitalizada» y su balance estaba «manifiestamente desequilibrado». Sus capitales propios eran de 24.200 millones de FRE, tenía deudas en concepto de préstamo por importe de 131.900 millones de FRF (es decir, una ratio deuda neta/capitales propios de 480 %) y un activo neto de 696.400 millones de FRF.

157 EDF afirma que el Estado se propuso por tanto reforzar los capitales propios de la empresa pública y modificar los equilibrios financieros existentes entre ésta y el Estado, con ánimo de aproximar su situación a la de sus grandes competidores en el sector eléctrico europeo, a fin de permitir que EDF se preparara para la «transformación de su entorno económico y reglamentario». El Estado actuó así pues como lo hubiera hecho

un inversor privado diligente, concepto ese que según EDF debe interpretarse en función de las características muy especiales del sector económico en el que opera la empresa.

158 EDF expone que en ese contexto se decidió en 1997 aclarar el estatuto patrimonial de la RAG, poniendo fin a las «ambigüedades» que lo caracterizaban y al mismo tiempo al tratamiento contable específico que había sido criticado por el Tribunal de Cuentas francés, así como proceder simultáneamente a la reestructuración del balance de EDF.

159 Ese doble objetivo de aclaración del estatuto patrimonial de la RAG, con las consecuencias contables resultantes, y de reestructuración del balance de EDF figuraba en el contrato de gestión de servicio público de 8 de abril de 1997 (véase el apartado 31 anterior) y fue presentado «sin la menor ambigüedad» en el marco de los trabajos preparatorios de la Ley nº 97-1026.

160 EDF, apoyada por la República Francesa, alega en sustancia que la reclasificación de los derechos del concedente resultante de la Ley nº 97-1026 constituye una dotación de capital, y precisa que ese criterio fue siempre defendido por la República Francesa durante el procedimiento administrativo, pero que la Comisión refutó esa alegación sin examinarla en el fondo, por los dos motivos que figuran en los considerandos 96 y 97 de la Decisión impugnada.

161 Según EDF, la Comisión muestra así una «manifiesta incompreensión» de la naturaleza económica de la operación de recapitalización. De ese modo ha vulnerado el concepto de «ayuda de Estado» y ha infringido el artículo 87 CE.

162 EDF afirma en sustancia que la operación de recapitalización –efectuada mediante la afectación directa de los derechos del concedente en la partida del pasivo titulada «Contravalor de los bienes objeto de concesión» a la partida del pasivo titulada

«Dotaciones de capital» por importe de 14.119 millones de FRF en fecha 31 de diciembre de 1996— se llevó a cabo con «medios neutros» desde un punto de vista económico y fiscal y por la «vía más natural en el caso concreto», es decir, la vía legislativa, utilizando en pro de la eficacia la misma ley que era necesaria para considerar a EDF propietaria de la RAG.

163 EDF pone de relieve que esos ajustes contables, por su propia naturaleza, requerían en efecto la actuación mediante ley. La dotación de capital por el contravalor de los bienes específicos objeto de concesión era materia reservada a la ley, ya que el capital de EDF estaba fijado por el artículo 16 de la Ley nº 46-628, que dispone que «pertenece a la nación», que «es inalienable» y que, «en caso de pérdidas de explotación, el capital debe reconstituirse mediante los resultados de los ejercicios posteriores». Según el artículo 1 del Decreto nº 56-493, de 14 de mayo de 1956, relativo a las dotaciones de capital atribuidas a EDF y a GDF (JORF de 19 de mayo de 1956, p. 4613), éstas se sometieron a reglas idénticas a las establecidas por el artículo 16 de la Ley nº 46-628.

164 EDF, apoyada por la República Francesa, afirma —y esas partes lo han confirmado en sus respuestas a las preguntas escritas que les formuló el Tribunal— que el Estado tenía la opción entre dos soluciones (llamadas «mecanismo corto» y «mecanismo largo» por EDF) que llevaban a resultados estrictamente equivalentes: bien realizar una dotación complementaria de capital, procediendo directamente, en virtud de la Ley, a la reclasificación de una parte de las provisiones contables para la renovación de la RAG con exención de impuesto, bien afectar ante todo al capital de EDF un importe neto una vez pagado el impuesto de sociedades, solicitar a EDF el pago de un impuesto correspondiente a la variación de activo neto y proceder a una dotación complementaria de capital de importe igual al impuesto pagado.

165 Según EDF, el Estado estimó que la primera solución era «económicamente lógica y financieramente tan neutra» como la segunda, y que ese criterio había sido además aprobado por el Tribunal de Cuentas francés.

- 166 De la alegación expuesta por la Comisión resulta con claridad que, si el Estado hubiera optado por la segunda solución para proceder a la aportación de capital, la Comisión habría aplicado el criterio del inversor privado diligente. Según EDF ello demuestra que únicamente la elección del medio utilizado por el Estado para aumentar el capital condujo a la Comisión a excluir por principio la aplicación del criterio del inversor privado.
- 167 EDF alega que se deduce en efecto del considerando 96 de la Decisión impugnada y de los escritos procesales de la Comisión que lo que ésta critica es la elección del medio utilizado para proceder al aumento de capital. Ahora bien, tal criterio es «puramente formalista y carente de pertinencia alguna».
- 168 Según EDF, la afirmación en la Decisión impugnada, de que la Comisión «no puede sino desestimar estas alegaciones [relativas a la recapitalización]», al mantener que el criterio del inversor privado «sólo puede entrar en juego en el marco del ejercicio de actividades económicas, y no del ejercicio de poderes de regulación» constituye una intromisión en los procedimientos de Derecho interno, que son ajenos al Derecho comunitario, por una parte, y por otra constituye un formalismo que no es propio del Derecho de la competencia.
- 169 EDF reconoce que para proceder al aumento de capital el Estado recurrió ciertamente a un medio que no estaba a disposición de las sociedades de Derecho común, a saber la reclasificación de los derechos del concedente mediante una ley. Sin embargo, el Estado no actuó en el marco de sus potestades de regulación o de sus prerrogativas de poder público.
- 170 En primer lugar, si se mantuviera lo contrario se dejaría de reconocer el hecho de que el estatuto y la definición del capital de EDF eran materia reservada a la ley.

- 171 EDF precisa en sustancia que correspondía al Estado recurrir a la ley para realizar esa operación, habida cuenta de la especial naturaleza de la empresa. Afirma que, al ser necesaria una ley para que se presumiera que EDF fue propietaria *ab initio* de la RAG, no se comprende porqué el legislador habría debido abstenerse de «seguir hasta el final la lógica» descrita en el contrato de gestión de servicio público de 8 de abril de 1997 (véase el apartado 31 anterior) al reestructurar el balance de la empresa mediante la modificación del artículo 16 de la Ley nº 46-628.
- 172 En segundo lugar, EDF alega en sustancia que, al hacerlo, el Estado se comportó en realidad como «accionista diligente» de la empresa, en condiciones normales de mercado, que deben apreciarse necesariamente en función de los datos objetivos y verificables de que se disponga (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 2003, Chronopost y otros/Ufex y otros, C-83/01 P, C-93/01 P y C-94/01 P, Rec. p. I-6993, apartado 38).
- 173 En tercer lugar, EDF sostiene que, al denegar *a priori* al Estado francés el derecho a proceder a una recapitalización de un establecimiento público por la vía que juzgue más apropiada, la Comisión comete además un error de Derecho, con infracción del artículo 295 CE, que reconoce «la neutralidad del Derecho comunitario respecto a los regímenes de propiedad de los Estados miembros».
- 174 En cuarto lugar, EDF considera que, incluso de suponer que se hubiera podido elegir otra vía, nada justificaba el excesivo formalismo que mostró la Comisión, al inadmitir sin discutirla siquiera la alegación relativa a la recapitalización de la empresa, por el único motivo de que el medio para su ejecución obligaba a calificar «por principio» la intervención del Estado como ayuda de Estado. Ahora bien, según EDF la irrelevancia de la forma que puede adoptar una medida respecto a su posible calificación como ayuda de Estado se halla por el contrario en el centro de la jurisprudencia comunitaria.
- 175 EDF alega en sustancia que, para que una medida se califique como ayuda de Estado, la jurisprudencia no atribuye importancia alguna a la forma que pueda revestir ni a la autoridad estatal que la decida ya que esas consideraciones son ajenas al análisis practicado en virtud del artículo 87 CE, apartado 1.

- 176 Además, EDF expone que según la propia Comisión, al analizar la compatibilidad de las ayudas con el mercado común, la Comisión «examina la compatibilidad de las ayudas, no en función de su forma, sino de sus efectos» [apartado 7 de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas (DO 1998, C 384, p. 3)]. Por tanto, la Comisión no habría debido inadmitir sin examinarla la alegación de que la operación era una recapitalización, con el fundamento exclusivo de una consideración de pura forma, a saber, el medio utilizado para proceder a dicha recapitalización.
- 177 EDF estima que, si la forma con la que una medida se pone en práctica no es relevante para su calificación como ayuda de Estado, esa forma tampoco puede ser invocada por la Comisión como motivo –ni, *a fortiori*, como único motivo– para inadmitir la demostración tendente a rebatir esa misma calificación como ayuda de Estado.
- 178 En quinto lugar EDF recuerda que la Comisión ya ha considerado en numerosos asuntos que una aportación de capital podía adoptar formas diferentes: la suscripción de obligaciones de la empresa [Decisión 94/662/CE de la Comisión, de 27 de julio de 1994, relativa a la suscripción por CDC-Participations de obligaciones emitidas por Air France (DO L 258, p. 26)], la extinción de una deuda utilizada para proceder a una aportación de capital [Decisión 89/58/CEE de la Comisión, de 13 de julio de 1988, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno británico al Rover Group, empresa fabricante de vehículos de motor (DO 1989, L 25, p. 92)], la conversión de préstamos en capital [Decisión 90/224/CEE de la Comisión, de 24 de mayo de 1989, sobre la ayuda concedida por el Gobierno italiano a Alumina y Comsal, dos empresas públicas de la industria del aluminio (DO 1990, L 118, p. 42)], la conversión de deudas en participaciones, considerada equivalente a una aportación de capital por igual importe [Decisión 94/696/CE de la Comisión, de 7 de octubre de 1994, relativa a las ayudas concedidas por el Estado griego a la compañía Olympic Airways (DO L 273, p. 22)], la «cancelación» de provisiones constituidas para cubrir gastos futuros por jubilaciones y su transferencia a una reserva de plusvalía [Decisión C(2003) 2508 (véase el apartado 120 anterior)].
- 179 Además, según EDF, la Comisión ya ha aplicado el criterio del inversor privado en una economía de mercado a una medida puesta en práctica mediante una ley y por tanto a

una medida resultante del ejercicio de las prerrogativas del Estado, como en el asunto Siciliana Acque Minerali [Decisión 2000/648/CE de la Comisión, de 21 de junio de 2000, relativa a la ayuda estatal prevista por Italia en favor de la sociedad Siciliana Acque Minerali Srl (DO L 272, p. 36)].

180 Como conclusión al respecto, el hecho de que una dotación de capital se haya realizado mediante una ley no puede por tanto impedir la aplicación del criterio del inversor privado a dicha medida.

181 Según EDF, la Comisión tenía por tanto la obligación de examinar si las medidas adoptadas a consecuencia de la Ley 97-1026 constituían, como mantenía el Estado francés, «un aumento de capital legítimo en sus modalidades y en su importe».

182 Por otra parte, EDF recuerda que, según el Tribunal de Justicia, para apreciar si una medida estatal constituye una ayuda procede determinar si la empresa beneficiaria recibe una ventaja económica que no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado (sentencia Chronopost y otros/Ufex y otros, citada en el apartado 172 *supra*, apartado 38).

183 Según EDF el concepto de «condiciones normales de mercado» es también central cuando, ante medidas que benefician a una empresa pública, se trata de aplicar el principio de igualdad de trato. En efecto, del principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas resulta que los capitales que se ponen, directa o indirectamente, a disposición de una empresa, en circunstancias que se corresponden con las condiciones normales de mercado, no pueden ser considerados como ayudas de Estado (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión, C-482/99, Rec. p. I-4397, apartado 69).

184 Pues bien, según EDF, si se tuviera que acoger el criterio mantenido por la Comisión, EDF no podría invocar a su favor esa jurisprudencia, dado que las circunstancias en las que la medida controvertida se ha puesto en práctica no corresponden a las condiciones

normales de mercado, por el único motivo de que la utilización por el Estado de su potestad fiscal tiene carácter exorbitante respecto al Derecho común. EDF mantiene no obstante que, aun sin negar que el medio utilizado por el Estado tiene carácter exorbitante respecto al Derecho común, la calificación de ayudas de Estado no puede limitarse únicamente a ese aspecto formal y prescindir así de la discusión sobre el fondo.

185 EDF considera además que la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2003, Alemania/Comisión (C-334/99, Rec. p. I-1139), que la Comisión invoca en sus escritos procesales –según la cual procede establecer una distinción entre las obligaciones que el Estado debe asumir por su condición de accionista de una sociedad y las obligaciones que pueden corresponderle como poder público–, refuerza en realidad su posición, dado que presupone que se realice una comparación de los comportamientos respectivos del Estado, actuando como inversor, y de un inversor privado en condiciones normales de mercado. Pues bien, en la Decisión impugnada, la Comisión rehusó *ab initio* proceder a ese análisis, lo que es contrario al principio de neutralidad.

186 En respuesta a la alegación de la Comisión de que sólo se trata de un «regalo fiscal» o de una «renuncia de deuda» de la que ha disfrutado EDF, ésta mantiene que un accionista privado también puede proceder a un aumento de capital de una filial por un mecanismo de conversión de crédito en capital, mecanismo que en sustancia es plenamente comparable en el plano económico a la «renuncia de deuda» criticada por la Comisión.

187 En efecto, según la demandante, una empresa matriz que tenga un crédito frente a su filial puede optar por proceder a una mera renuncia de crédito, lo que genera un beneficio para su filial, que sería en principio imponible a cargo de ésta, salvo si existe un traslado fiscal de pérdidas a ejercicios posteriores. Tras la imposición, ese importe podría afectarse por la filial, según su elección, al pago de dividendos, a la constitución de reservas, etc. No obstante, la empresa matriz también podría optar por suscribir un aumento de capital de la filial de importe igual a su crédito. Pues bien, según EDF, apoyada por la República Francesa, ese último mecanismo no genera conforme al Derecho fiscal francés ningún beneficio imponible a cargo de la filial.

188 EDF afirma que, aun si ese mecanismo se diferencia de la operación de recapitalización controvertida por la elección del medio utilizado, no deja de ser cierto que, en sustancia, el Estado sólo ha procedido en el presente caso a lo que puede asimilarse económicamente a un aumento de capital mediante conversión de crédito. Pues bien, ese mecanismo también está a disposición de una empresa privada.

189 EDF sostiene que, en consecuencia, para determinar la existencia de «condiciones normales de mercado», la Comisión no podía limitarse artificialmente sólo al examen formal del medio utilizado sino que por el contrario tenía que extenderlo al fondo, a saber a la racionalidad económica de la operación, análisis ese que debía realizarse en el contexto de la época de que se trata, y la Comisión debía abstenerse de cualquier apreciación fundada en una situación posterior.

190 EDF precisa que en su sentencia *Chronopost y otros/Ufex y otros*, citada en el apartado 172 *supra* (apartado 38), el Tribunal de Justicia estimó que, dado que no era posible comparar la situación de La Poste con la de un grupo privado de empresas que no actuara en un sector reservado, las «condiciones normales de mercado», que eran necesariamente hipotéticas, debían apreciarse en función de los datos objetivos y verificables de que se dispusiera.

191 EDF alega que, en el asunto que dio lugar a la sentencia *Chronopost y otros/Ufex y otros*, citada en el apartado 172 *supra*, se trataba de comparar costes, en tanto que en el presente caso se trata de comparar las condiciones de mercado en las que se produce un aumento de capital. Sin embargo, las condiciones normales de mercado, según el propio tenor de la sentencia *Chronopost y otros/Ufex y otros*, antes citada, deben apreciarse en función de los datos objetivos y verificables de que se disponga. De ello resulta, según EDF, que la Comisión no podía «esquivar» ese análisis con el pretexto puramente formal del medio utilizado por el Estado para proceder a ese aumento de capital, y al hacerlo cometió un error de Derecho y alteró el sentido propio del concepto de «ayuda de Estado».

192 Por último, EDF alega en sustancia que el criterio del inversor privado se habría considerado cumplido si la Comisión lo hubiera aplicado.

- 193 Como soporte de su alegación al respecto, según se había desarrollado en la demanda y en la réplica, EDF aportó, al presentar sus observaciones sobre el escrito de formalización de la intervención de la República Francesa, el «Informe Oxera», que, según esa parte, proporciona al Tribunal elementos de análisis complementarios que permiten confirmar que el criterio del inversor privado se habría considerado cumplido si hubiera sido aplicado por la Comisión.
- 194 La Comisión mantiene que el criterio del inversor privado no podía aplicarse en el presente caso.
- 195 La Comisión considera, que al adoptar las disposiciones de la Ley n° 97-1026, el Estado actuó en virtud de su potestad reguladora para exonerar a EDF del pago de una parte de los impuestos debidos. No actuó como Estado accionista de EDF que intentara obtener beneficios de la empresa a medio o largo plazo.
- 196 La Comisión expone que, si tuviera que seguir la lógica propugnada por EDF, permitiría al Estado, como autoridad fiscal, llevar a cabo libremente toda clase de «discriminaciones» mediante el instrumento fiscal del que dispone, a diferencia de los inversores privados. Éstos, en efecto, sólo pueden movilizar capitales con vistas a realizar inversiones una vez cumplidas sus obligaciones fiscales.
- 197 La Comisión mantiene además, en sustancia, que si se permitiera que el Estado invocara la aplicación del criterio del inversor privado, cuando actúa en su condición de regulador que utiliza su potestad fiscal, se llegaría a una «situación peligrosa», ya que el Estado podría pretender así que todas las exenciones fiscales concedidas a empresas públicas económicamente sanas eludieran las reglas aplicables a las ayudas de Estado en la medida en que se ajustaran al criterio del inversor privado. Tal situación originaría una «discriminación contra empresas que no tienen la suerte de que el Estado sea accionista y/o inversor en ellas».

198 Según la Comisión, el razonamiento seguido por EDF es por tanto contrario al artículo 87 CE puesto que priva a esa disposición de todo efecto útil, como resulta del considerando 97 de la Decisión impugnada.

199 La Comisión afirma que el fundamento mismo de toda la argumentación de la demandante está viciado por una premisa errónea, que consiste en considerar que es posible aplicar el criterio del inversor privado al conjunto de la operación, es decir, no sólo a la supuesta dotación de capital sino también a la fase anterior, cuando el Estado intervino en calidad de autoridad fiscal para establecer la «exención fiscal» que constituye la medida controvertida.

200 Ahora bien, según la Comisión, si se tuviera que comparar el comportamiento del Estado francés con el de un inversor privado, las provisiones irregularmente creadas por EDF por el concepto de los derechos del concedente se habrían debido someter previamente al impuesto de sociedades, antes de ser incorporadas en su caso al capital de EDF. Sólo esa imposición de las provisiones habría podido poner al Estado francés «en pie de igualdad» con un inversor privado y habría permitido que la Comisión se planteara la comparación del comportamiento del Estado francés con el de un operador privado. Dado que esa premisa no concurre, la Comisión no pudo llevar a cabo esa comparación.

201 La Comisión alega que, si en efecto se pusiera al Estado francés «en pie de igualdad» con un inversor privado, no se podría negar que un «regalo fiscal» del «Estado regulador» no tiene el mismo coste que una inversión del «Estado inversor». En el primer caso, para hacer que una empresa se beneficiara de 100 euros, bastaría que el Estado renunciara a la imposición de esa misma cantidad. En cambio, para que una empresa se beneficiara del mismo importe a cargo de un inversor privado, habría que añadir en particular las cargas fiscales soportadas por esa cantidad para que la empresa pudiera disponer libremente de ella. Así pues, en el presente caso esa suma de 100 euros habría debido someterse al impuesto de sociedades al tipo del 41,66 %. De ello resultaría que para aportar 100 euros un inversor privado habría debido movilizar en realidad 141,66 euros.

202 En ese contexto, la Comisión afirma que los ejemplos presentados por EDF sobre la renuncia de crédito de una empresa matriz frente a su filial no se sitúan en el marco de las potestades inherentes al poder público sino que se refieren a instrumentos utilizables por un inversor privado en el mercado: se trata en efecto de créditos de carácter mercantil y no fiscal. No se trata por tanto de una mera distinción formal, dado que el coste para el Estado es necesariamente inferior al de un inversor privado.

203 La Comisión recuerda que, en virtud del principio de neutralidad respecto al régimen de propiedad de las empresas previsto por el artículo 295 CE, su acción no puede favorecer ni desfavorecer a los poderes públicos cuando realizan aportaciones de capital a favor de las empresas. Ahora bien, la Comisión afirma que ni ella misma, ni a su conocimiento el Tribunal de Justicia ni el Tribunal General, han reconocido nunca que un Estado accionista que ejerce su potestad fiscal, exorbitante respecto al Derecho común, sea equiparable a un inversor privado.

204 La Comisión pone de relieve, en sustancia, que el hecho de no permitir los «regalos fiscales» no obedece a un mero afán formal sino que se justifica porque, en Derecho, una ayuda puede tomar la forma de una subvención directa así como de una renuncia de crédito. La prohibición *a priori* de tales «regalos fiscales» es tan sólo la aplicación del principio de neutralidad antes citado, reconocido por el Tribunal de Justicia, según el cual «procede establecer una distinción entre las obligaciones que el Estado debe asumir por su condición de accionista de una sociedad y las obligaciones que pueden corresponderle como poder público» (sentencia Alemania/Comisión, citada en el apartado 185 *supra*, apartado 134).

205 La Comisión destaca que en el presente asunto la cuestión era si el «Estado inversor» podía invocar eficazmente la aplicación del criterio del inversor privado para eludir la aplicación del artículo 87 CE, apartado 1. Para ello sería preciso demostrar que el Estado ha actuado en condiciones que se considerarían normales para un inversor privado. Pues bien, según la Comisión, en esa sentencia el Tribunal de Justicia recuerda que el ejercicio de una prerrogativa de poder público no es una condición normal de mercado.

- 206 La Comisión recuerda además que, en una nota de la Dirección General de Impuestos remitida el 9 de abril de 2002, ésta consideró que «los derechos del concedente correspondientes a la RAG representan una deuda indebida, que la incorporación al capital ha exonerado de impuesto de manera injustificada». De ello resulta claramente que se trataba de un «regalo fiscal» y no de una inversión.
- 207 La Comisión afirma que, en contra de lo alegado por EDF, la operación controvertida no tiene nada que ver con una operación de renuncia de crédito, mediante la aportación de éste al capital de la empresa, y que EDF intenta erróneamente reducir el objeto del debate a un mero criterio formal de la Comisión sin análisis de la racionalidad económica de la operación.
- 208 Tras haber recordado que el razonamiento que da soporte a la aplicación del criterio del inversor privado es evitar toda «discriminación» entre las empresas públicas y privadas con vistas a la correcta aplicación de las disposiciones del Tratado CE en materia de ayudas de Estado, la Comisión destaca que, según reiterada jurisprudencia, «el criterio relativo al comportamiento de un inversor privado que opera en las condiciones normales de una economía de mercado es una emanación del principio de igualdad de trato entre los sectores público y privado, conforme al cual los capitales que el Estado pone, directa o indirectamente, a disposición de una empresa, en circunstancias que se corresponden con las condiciones normales de mercado, no pueden ser considerados como ayudas de Estado» (sentencia Francia/Comisión, citada en el apartado 183 *supra*, apartado 69, y sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2000, Alitalia/Comisión, T-296/97, Rec. p. II-3871, apartado 80).
- 209 De esa forma, en el marco de la aplicación del criterio del inversor privado, si bien no suscita dudas el hecho de que el Estado pueda poner capitales a disposición de una empresa, tal operación sólo puede eludir la calificación de ayuda de Estado si las circunstancias en las que se realiza «corresponden a las condiciones normales del mercado».

- 210 Según la Comisión, de la jurisprudencia resulta claramente que el criterio del inversor privado sólo es aplicable cuando las circunstancias en las que el Estado actúa son comparables a las condiciones normales del mercado. De ella resulta también que los medios utilizados por el Estado forman parte integrante de esas circunstancias, y ello tanto más cuando la naturaleza y las características de los medios utilizados no están a disposición de un inversor privado que actúe en condiciones normales de mercado.
- 211 Además, una exención fiscal produce, por su naturaleza, efectos que en cualquier caso no son separables de la función del Estado como único titular de la potestad soberana de percibir y de redistribuir el impuesto. Dado que esa potestad es la «expresión más absoluta del poder público», su ejercicio –imposición o exención– no tiene un equivalente en el caso de un inversor privado.
- 212 Respecto a la sentencia Chronopost y otros/Ufex y otros, citada en el apartado 172 *supra*, la Comisión pone de relieve que parece contradictorio alegar por una parte que estaba obligada a aplicar en el presente caso el criterio del inversor privado y referirse por otra parte a esa sentencia, en la que el Tribunal de Justicia, a falta de comparabilidad posible, siguió una lógica completamente opuesta a la de las condiciones normales del mercado. La Comisión recuerda que sólo el Estado puede actuar a la vez como autoridad fiscal y como inversor.
- 213 Por último, la Comisión sostiene en sustancia, con carácter subsidiario, que en cualquier caso la medida controvertida no habría cumplido el criterio del inversor privado si lo hubiera aplicado.
- 214 En respuesta a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal, la Comisión confirma en esencia que considera que no tenía que aplicar el criterio del inversor privado, por una parte, y por otra parte que debía excluirse el «Informe Oxera», a causa en especial de la tardanza en la presentación de ese informe por EDF.

- 215 Por otra parte, en la vista la Comisión presentó varias alegaciones complementarias.
- 216 Ante todo sostuvo que ningún inversor privado habría podido movilizar al mismo coste tales capitales. No existe por tanto, en cualquier caso, un inversor privado de referencia.
- 217 A continuación, en respuesta a las alegaciones de EDF y de la República Francesa de que el coste resultante de la aplicación de cada una de las dos soluciones que el Estado podía adoptar era idéntico (véase el apartado 164 anterior), la Comisión ha afirmado que el coste no sería idéntico en el caso del «mecanismo largo». En efecto, según la Comisión, en el «mecanismo largo», EDF habría pagado previamente los impuestos debidos, y la apreciación de su valor financiero habría sido diferente al aplicar el criterio del inversor privado. La aplicación de ese «mecanismo largo» habría producido pues –probablemente– resultados diferentes si se hubiera aplicado el criterio del inversor privado.
- 218 La Comisión también ha sostenido en la vista que habría sido necesario que el importe de la imposición fuera pagado al Estado –siquiera durante un período breve– antes de ser abonado de nuevo a EDF, y que el impuesto que se adeudaba figurase en el balance de EDF.
- 219 La Comisión subraya además que, en el supuesto de que el Tribunal acogiera la tesis de que la medida controvertida constituía una inversión en forma de dotación de capital que habría debido examinarse aplicando el criterio del inversor privado, lo que refuta, en tal caso el Tribunal debería anular la Decisión impugnada por error manifiesto de apreciación, sin analizar no obstante si el comportamiento del Estado francés se ajustaba o no a ese criterio, pues esa segunda etapa de examen de la medida controvertida debería realizarse en la decisión que correspondería adoptar a la Comisión a raíz de la sentencia que anulara la Decisión impugnada. El Tribunal no podría en efecto examinar esa cuestión porque tal análisis no es de la competencia del juez comunitario.

220 En la vista, Iberdrola, con referencia en particular a las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto que dio lugar a la sentencia de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg* (C-280/00, Rec. p. I-7747, I-7788), mantuvo que el criterio del inversor privado diligente en una economía de mercado no podía aplicarse por principio cuando un Estado concede una ayuda en ejercicio de sus prerrogativas de poder público. Según la coadyuvante, la aplicación de ese criterio tiene por objeto asegurar la igualdad de trato entre empresas públicas y privadas. Ahora bien, la aplicación de ese criterio a la conversión de una deuda fiscal en dotación de capital tendría el efecto de atribuir a las empresas públicas una ventaja de la que jamás podrían disfrutar las empresas privadas. De ello resultaría una ruptura de la igualdad de trato a favor únicamente de las empresas públicas, ligada a la forma de la ayuda concedida. Según la coadyuvante, ese aspecto formal es determinante por tanto, y en tal caso no puede nunca aplicarse el criterio del inversor privado.

— Apreciación del Tribunal

221 Es preciso recordar que la finalidad del artículo 87 CE es evitar que los intercambios entre Estados miembros resulten afectados por ventajas concedidas por las autoridades públicas que, bajo formas diversas, falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Por consiguiente, el concepto de «ayuda» puede comprender no sólo prestaciones positivas como subvenciones, préstamos o tomas de participación en el capital de las empresas, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2003, *Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión*, C-328/99 y C-399/00, Rec. p. I-4035, apartado 35, y la jurisprudencia citada). Al apreciar una medida en relación con el artículo 87 CE, es preciso examinar todos los elementos pertinentes y su contexto (sentencia *Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Commission*, citada en el apartado 101 *supra*, apartado 270).

222 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la intervención de los poderes públicos en el capital de una empresa, bajo cualquier forma, puede constituir una ayuda estatal cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 87 CE, apartado 1 (véase la sentencia *Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión*, citada en el apartado 221 *supra*,

apartado 36, y la jurisprudencia citada). Sin embargo, no se da ese supuesto cuando, en aplicación del principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas, el Estado pone, directa o indirectamente, a disposición de una empresa capitales, en circunstancias que se corresponden con las condiciones normales de mercado (véase la sentencia Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión, citada en el apartado 221 *supra*, apartado 37, y la jurisprudencia citada).

223 De la jurisprudencia se desprende que, en el ámbito de las ayudas de Estado, el Tribunal de Justicia distingue entre dos categorías de situaciones: aquellas en que la intervención del Estado tiene carácter económico y aquellas en que la intervención implica el ejercicio del poder público (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión, C-278/92 a C-280/92, Rec. p. I-4103, apartado 22, y Alemania/Comisión, citada en el apartado 185 *supra*, apartado 134; las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto que dio lugar a la sentencia Altmark Trans Y Regierungspräsidium Magdeburg, citada en el apartado 220 *supra*, punto 20).

224 El criterio del inversor privado sólo se aplica en la primera categoría de situaciones, que abarca los casos en los que las autoridades públicas toman una participación en el capital de una empresa (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión, 234/84, Rec. p. 2263, apartado 14; Tubemeuse, citada en el apartado 94 *supra*, apartado 26, y de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión, denominada «Alfa Romeo», C-305/89, Rec. p. I-1603, apartado 19), conceden un préstamo a determinadas empresas (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1990, Francia/Comisión, denominada «Boussac», C-301/87, Rec. p. I-307, apartados 38 a 41, y del Tribunal General de 30 de abril de 1998, Cityflyer Express/Comisión, T-16/96, Rec. p. II-757, apartados 8 y 51), conceden una garantía de Estado (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2000, EPAC/Comisión, T-204/97 y T-270/97, Rec. p. II-2267, apartados 67 y 68), venden bienes o servicios en el mercado (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1988, Van der Kooy y otros/Comisión, 67/85, 68/85 y 70/85, Rec. p. 219, apartados 28 a 30; de 29 de febrero de 1996, Bélgica/Comisión, C-56/93, Rec. p. I-723, apartado 10, y de 11 de julio de 1996, SFEI y otros, C-39/94, Rec. p. I-3547, apartados 59 a 62), o conceden facilidades para el pago de cotizaciones sociales (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 1999, España/Comisión, C-342/96, Rec. p. I-2459, apartado 46) o para la devolución de cargas salariales. En este tipo de situaciones, el criterio del inversor privado es pertinente porque un operador privado puede adoptar, al menos en principio, el comportamiento del Estado con ánimo de lucro (véanse en ese sentido las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto que dio lugar a la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, citada en el apartado 220 *supra*, puntos 20 y siguientes).

- 225 En cambio, el criterio del operador privado no es pertinente cuando la intervención del Estado no es de carácter económico. Tal es el caso cuando las autoridades públicas entregan una subvención directa a una empresa, conceden una exención fiscal (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Rec. p. I-877, apartado 14; de 19 de mayo de 1999, Italia/Comisión, C-6/97, Rec. p. I-2981, apartado 16, y de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión, C-156/98, Rec. p. I-6857, apartados 25 a 28) o conceden una reducción de las cargas sociales (sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1999, Bélgica/Comisión, C-75/97, Rec. p. I-3671, apartados 24 y 25, y del Tribunal General de 27 de enero de 1998, Ladbroke Racing/Comisión, T-67/94, Rec. p. II-1, apartado 110).
- 226 En este tipo de situaciones, la intervención del Estado no puede ser adoptada por un operador privado con ánimo de lucro, sino que implica el ejercicio del poder público del Estado, como la política fiscal o la política social (véanse en ese sentido las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto que dio lugar a la sentencia *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*, citada en el apartado 220 *supra*, puntos 20 y siguientes).
- 227 También es ese el caso de las cargas del Estado ligadas al despido de los trabajadores, al pago de las prestaciones por desempleo y a otras prestaciones sociales (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de 21 de enero de 1999, *Neue Maxhütte Stahlwerke y Lech-Stahlwerke/Comisión*, T-129/95, T-2/96 y T-97/96, Rec. p. II-17, apartado 119), así como de las ayudas para la regeneración del tejido industrial, de los préstamos concedidos por el Estado en condiciones inusuales, o también de la regeneración de un terreno para permitir la realización de un polo tecnológico (véanse en ese sentido las sentencias de 14 de septiembre de 1994, *España/Comisión*, citada en el apartado 223 *supra*, apartado 22, y de 28 de enero de 2003, *Alemania/Comisión*, citada en el apartado 185 *supra*, apartado 140; sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2004, *Technische Glaswerke Ilmenau/Comisión*, T-198/01, Rec. p. II-2717, apartado 108).
- 228 En efecto, las intervenciones del Estado dirigidas al cumplimiento de las obligaciones que le incumben como poder público no pueden compararse con las de un inversor privado en una economía de mercado.

- 229 Para apreciar si las medidas adoptadas por el Estado corresponden a sus prerrogativas de poder público o emanan de obligaciones que debe asumir en calidad de accionista, no hay que valorar esas medidas en función de su forma, sino antes bien en función de su naturaleza, de su objeto y de las reglas a las que están sujetas, así como tener en cuenta el objetivo perseguido (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Rec. p. I-43, apartado 30).
- 230 Por consiguiente, en el caso de una empresa cuyo capital social pertenece a las autoridades públicas es preciso en particular apreciar si, en circunstancias similares, un inversor privado de dimensiones comparables a las de los organismos gestores del sector público habría efectuado aportaciones de capital de esa importancia, basándose en las posibilidades de rentabilidad previsibles, y con abstracción de toda consideración de carácter social o de política regional o sectorial (véanse en ese sentido las sentencias de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión, citada en el apartado 224 *supra*, apartado 14, e Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión, citada en el apartado 221 *supra*, apartado 38, y la jurisprudencia citada).
- 231 Por último, es preciso puntualizar que la circunstancia de que se aprecie el comportamiento del inversor público a la luz del criterio del inversor privado diligente, siendo así que el comportamiento de cualquier inversor privado no se aprecia de esa forma, no constituye una ruptura de la igualdad de trato entre el Estado y tal inversor privado, dado que el Estado accionista no está en la misma situación que el inversor privado. En efecto, a diferencia del inversor privado que sólo puede confiar en sus propios fondos para financiar sus inversiones, el Estado tiene acceso a fondos derivados del ejercicio del poder público, en particular, los procedentes de los impuestos (sentencia Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión, citada en el apartado 101 *supra*, apartados 271 y 272).
- 232 En consecuencia, la circunstancia de que el Estado tenga acceso a recursos financieros que derivan del ejercicio del poder público no permite justificar por sí sola que las actuaciones del Estado se consideren inherentes a sus prerrogativas de poder público. En efecto, en tal supuesto la aplicación del criterio del inversor privado diligente al comportamiento del Estado accionista podría quedar totalmente desvirtuada, o cuando menos restringida de forma desproporcionada, ya que, en cuanto Estado, tiene necesariamente acceso a recursos financieros derivados del ejercicio del poder público, en particular a los recursos fiscales.

- 233 En virtud de lo antes expuesto, es preciso determinar, habida cuenta de las circunstancias de cada caso concreto, si la participación o la intervención pública en el capital de la empresa beneficiaria persigue un objetivo económico que también podría perseguir un inversor privado, y por tanto se realiza por el Estado en cuanto operador económico en igual condición que un operador privado, o si por el contrario se justifica por la prosecución de un objetivo de interés público y debe considerarse como una forma de intervención del Estado en calidad de poder público, en cuyo caso el comportamiento del Estado no puede compararse con el de un operador o un inversor privado en una economía de mercado.
- 234 Así pues, es preciso considerar que, si la intervención del Estado, vista su naturaleza y su objeto y habida cuenta del objetivo pretendido, no constituye una inversión realizable por un inversor privado, esa intervención puede constituir una intervención del Estado en cuanto poder público, que excluye de tal forma la aplicación del criterio del inversor privado diligente.
- 235 En cambio, si la intervención del Estado, vista su naturaleza y su objeto y habida cuenta del objetivo pretendido, constituye una inversión comparable a la que realizaría un inversor privado, es preciso examinar esa intervención aplicando el criterio del inversor privado diligente. Este examen pretende comprobar si, en circunstancias similares y basándose en posibles previsiones de rentabilidad, dicho inversor habría procedido a una aportación de capital de igual importancia, y ello con independencia de la forma que adopte esa intervención del Estado y del hecho de que éste tiene acceso a recursos que derivan del ejercicio del poder público, como los procedentes de los impuestos, a los que no podría tener acceso un inversor privado.
- 236 Con otras palabras, no se tiene que examinar la medida en función tan sólo de su forma, sino en función de su naturaleza, de su objeto y de sus objetivos, lo que supone considerarla en la totalidad de sus aspectos, así como tomar en cuenta el contexto en el que se inserta.
- 237 De ello resulta por otra parte que el hecho de que la intervención del Estado revista la forma de una ley no puede por sí solo bastar para excluir que la intervención del Estado

en el capital de una empresa persiga un objetivo económico que también podría perseguir un inversor privado.

238 En el presente asunto consta que la República Francesa era accionista único de EDF en 1997.

239 Hay que recordar además que antes de adoptarse la Ley nº 97-1026 el balance de EDF se presentaba de la siguiente forma:

— en el activo figuraba una partida titulada «Inmovilizado material del dominio concedido» por importe de 285.700 millones de FRF, de los cuales cerca de 90.000 millones de FRF por el concepto de la RAG;

— en el pasivo figuraban por una parte una partida titulada «Provisiones», de la que cerca de 38.500 millones de FRF correspondían a la RAG, que recogía importes con vistas a gastos de renovación que se realizarían en el futuro, y por otra parte una partida titulada «Contravalor de los bienes objeto de concesión» que recogía los gastos de renovación efectivamente realizados. Esta partida –que representaba una deuda de EDF frente al Estado– ascendía, antes de la adopción de la Ley nº 97-1026, a 145.2000 millones de FRF, de los que 18.300 millones correspondían a la RAG.

240 Consta que mediante la Ley nº 97-1026 la República Francesa reestructuró el balance de EDF y procedió a una recapitalización de la empresa. De tal forma, a raíz de dicha operación, en primer lugar los bienes que constituían la RAG fueron reclasificados, por importe de 90.325 millones de FRF, como «bienes propios» de la empresa. En segundo lugar, las provisiones para renovación de la RAG no utilizadas, por importe de 38.521 millones de FRF, se contabilizaron como beneficio no distribuido sin asentarse previamente en la cuenta de pérdidas y ganancias y fueron reclasificadas por importe de 20.225 millones de FRF como pérdidas de ejercicios anteriores, de forma que dicha cuenta resultó así liquidada y el saldo de 18.296 millones de FRF se afectó a las reservas.

Esas reclasificaciones dieron lugar a una imposición en aplicación del artículo 38, apartado 2, del Código general de impuestos. En tercer lugar, por último, los «derechos del concedente» –es decir, el «contravalor de los bienes objeto de concesión»– se afectaron directamente a la partida de dotaciones de capital por importe de 14.119 millones de FRF (de un total de 18.345 millones de FRF) sin asentarse previamente en la cuenta de resultados, con anotación del saldo en diversas cuentas de revaluación.

241 No obstante, sólo la falta de imposición de los «derechos del concedente» antes de la dotación de capital fue considerada ayuda de Estado por la Comisión. En efecto, ni el hecho de haber presumido con carácter retroactivo que EDF era propietaria de la RAG desde 1956, ni la reclasificación de las provisiones inutilizadas, a partir del momento en el que habían sido sometidas al impuesto, ni la dotación de capital por importe de 14.119 millones de FRF, fueron consideradas ayuda de Estado por la Comisión.

242 Es preciso observar que todas las partes concuerdan en considerar que se habría debido pagar un impuesto por el importe de 14.119 millones de FRF antes de que fuera anotado en la partida titulada «Dotación de capital». Con independencia del fundamento de ese análisis, hay que señalar por tanto que el régimen fiscal que en principio procedía aplicar a los derechos del concedente no se pone en cuestión por las partes.

243 No obstante, procede observar que el artículo 4 de la Ley nº 97-1026 tiene como objeto reestructurar el balance de EDF y aumentar los fondos propios de ésta. No se trata en consecuencia de disposiciones de carácter fiscal en sí, sino de disposiciones de naturaleza contable con incidencia fiscal, como muestra el escrito dirigido el 22 de diciembre de 1997 a EDF por el Ministro de Economía, Hacienda e Industria, el Secretario de Estado del Presupuesto y el Secretario de Estado de Industria.

244 Por otra parte, hay que señalar que la Comisión sólo examinó las incidencias fiscales del artículo 4 de la Ley nº 97-1026, y precisó que no le incumbía considerar el aumento de

capital realizado por esas disposiciones de la Ley, ni las explicaciones de la República Francesa tendentes a justificar la racionalidad económica de la operación en su conjunto.

245 La Comisión justifica ese criterio por el carácter fiscal de la ventaja que identificó, y puntualiza –lo que resulta tanto de la Decisión impugnada como de sus escritos procesales y de sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal– que el criterio del inversor privado no podía aplicarse a un aumento de capital realizado mediante la renuncia a un crédito fiscal, pues dicha renuncia derivaba del ejercicio por el Estado de sus potestades de regulación o también de sus prerrogativas de poder público.

246 Por consiguiente, es preciso examinar si un Estado miembro, que es a la vez el acreedor fiscal de una empresa pública y su único accionista, puede invocar válidamente la aplicación del criterio del inversor privado cuando lleva a cabo un aumento de capital de esa empresa con renuncia a ese crédito fiscal, o si debe considerarse que, habida cuenta de la naturaleza fiscal del crédito y del hecho de que el Estado ha ejercido sus prerrogativas de poder público al renunciar a ese crédito, la Comisión podía conforme a Derecho excluir la aplicación de ese criterio en lo que atañe al aumento de capital del que se trata.

247 Hay que considerar al respecto que, habida cuenta del objetivo de recapitalización de EDF pretendido por la Ley nº 97-1026, la mera naturaleza fiscal del crédito que tiene el Estado francés frente a esa empresa y el mero hecho de que ese Estado haya actuado mediante una ley no permiten que la Comisión rehúse verificar si en circunstancias similares un inversor privado habría podido decidirse a realizar un aumento de capital de igual importancia, y por tanto si los capitales fueron aportados por el Estado en circunstancias que corresponden a las condiciones normales del mercado.

248 De ello se sigue que el criterio del inversor privado no puede excluirse por el único motivo de que el aumento de capital de EDF resulte de la renuncia por el Estado a un crédito fiscal que tenía frente a esa empresa.

- 249 En esas circunstancias incumbía en efecto a la Comisión verificar si un inversor privado hubiera procedido a una inversión de importe comparable en circunstancias similares, con independencia de la forma de la intervención del Estado para aumentar el capital de EDF y del posible uso de recursos fiscales a ese efecto, y ello para comprobar la racionalidad económica de esa inversión y compararla con el comportamiento que habría adoptado tal inversor respecto a la misma empresa en las mismas circunstancias.
- 250 Esa obligación de la Comisión de verificar si los capitales se han aportado por el Estado en circunstancias que corresponden a las condiciones normales del mercado existe en efecto con independencia de la forma en la que los capitales han sido aportados por el Estado, sea ésa semejante o no a la que habría podido utilizar un inversor privado.
- 251 La apreciación de las condiciones normales del mercado descansa en un análisis económico comparativo de la inversión realizada por el Estado. En ese aspecto es preciso analizar si un inversor privado habría efectuado una inversión de importe similar con perspectivas financieras y de rentabilidad comparables. La forma en la que se produce esa inversión –aportación directa de capital mediante fondos procedentes del impuesto o préstamos obtenidos por el Estado, o la conversión de deudas en capital– es irrelevante en efecto. En cambio, como ha sostenido la Comisión en la vista, no puede excluirse que la forma adoptada por la inversión implique diferencias en términos de coste de movilización del capital y de rendimiento de éste, que podrían conducir a considerar que un inversor privado no habría realizado tal inversión en condiciones comparables. Ello presupone sin embargo un análisis económico en el marco de la aplicación del criterio del inversor privado, al que la Comisión ha renunciado voluntariamente en el presente caso.
- 252 Pues bien, dicho análisis estaba justificado, habida cuenta de las circunstancias de este asunto, ya que, como han alegado EDF y la República Francesa y no ha rebatido la Comisión, un aumento de capital puede resultar de la conversión de un crédito que tenga un accionista privado frente a la empresa, lo que permite en este caso el Derecho francés, por una parte, y por otra parte el recurso a una ley a este efecto podía considerarse como la consecuencia necesaria del hecho de que las reglas relativas al capital de EDF estaban fijadas por una ley, lo que no refuta la Comisión. En efecto, esa

última circunstancia, que caracteriza a la medida controvertida, no podía impedir la aplicación del criterio del inversor privado en el presente caso.

253 Habida cuenta de la necesidad de apreciar la medida controvertida en su contexto, la Comisión no podía en consecuencia limitarse a examinar las incidencias fiscales de las disposiciones adoptadas por la República Francesa sin examinar al mismo tiempo –y excluir en su caso al término de ese examen– el fundamento de la alegación de la República Francesa de que la renuncia al crédito por el impuesto en el marco de la operación de reestructuración del balance y de aumento del capital de EDF, que constituía el objeto del artículo 4 de la Ley nº 97-1026, podía considerarse como una operación que se ajustaba al criterio del inversor privado.

254 Al respecto, en primer lugar no puede acogerse la alegación de la Comisión de que, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la sentencia Alemania/Comisión, (C-334/99, citada en el apartado 185 *supra*), el criterio del inversor privado no podía aplicarse, ya que el Estado francés había ejercido en el presente caso sus prerrogativas de poder público al recurrir a una ley para renunciar al pago de un crédito fiscal y no se había comportado por tanto como un accionista privado.

255 Es cierto que de esa jurisprudencia resulta que, a efectos de la aplicación del criterio del inversor privado, procede establecer una distinción entre las obligaciones que el Estado debe asumir por su condición de accionista de una sociedad y las obligaciones que pueden corresponderle como poder público (sentencia de 28 de enero de 2003, Alemania/Comisión, citada en el apartado 185 *supra*, apartado 134).

256 En particular, resulta de las sentencias en las que dicho criterio se ha aplicado (sentencias de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión, citada en el apartado 223 *supra*; de 28 de enero de 2003, Alemania/Comisión, citada en el apartado 185 *supra*, y Technische Glaswerke Ilmenau/Comisión, citada en el apartado 227 *supra*) que en los asuntos que dieron lugar a esas sentencias el hecho de que se trataba de obligaciones que incumbían al Estado en su calidad de poder

público no permitía la aplicación del criterio del inversor privado en lo que se refiere a las cargas que derivaban de esa condición. Esas cargas guardaban relación en efecto con costes resultantes del despido de trabajadores, el pago de prestaciones por desempleo, ayudas para la reconstitución del tejido industrial, préstamos concedidos por el Estado en condiciones inusuales, y por último la regeneración de un terreno para permitir la realización de un polo tecnológico. Esas cargas no podían por tanto tomarse en cuenta al apreciar el coste de la liquidación de una empresa en relación con el coste de la adquisición de esa empresa, puesto que derivaban de obligaciones que no corresponderían a un accionista privado.

257 No obstante, en el presente caso, a diferencia de las situaciones descritas en el apartado 256 anterior, como reconoció la Comisión en la vista, no existía, hablando propiamente, obligación a cargo del Estado en cuanto poder público en el sentido de la jurisprudencia, y no se trataba de apreciar ciertos costes derivados para el Estado de sus obligaciones de poder público.

258 En efecto, cuando el Estado, accionista único de una empresa, procede a un aumento de capital de ésta, como ocurre en el presente caso, en particular para subsanar los desequilibrios que afectan al balance de esa empresa, es preciso apreciar que el Estado adopta un comportamiento que podría mantener un inversor privado, y no puede excluirse a priori que pueda actuar con un objetivo comparable al que se propondría tal inversor. Para verificar si ese ha sido el caso, lo que permitiría excluir la calificación de la medida controvertida como ayuda, es preciso verificar si el criterio del inversor privado se cumple o no, lo que ha rehusado hacer la Comisión.

259 En ese aspecto hay que recordar que el artículo 4 de la Ley nº 97-1026 tenía como finalidad reestructurar el balance y aumentar los capitales propios de EDF, lo que tiende a demostrar que el Estado perseguía un objetivo de inversión que puede compararse con el de un inversor privado, por una parte, y por otra parte que el hecho de que el aumento de capital en cuestión resultaba en parte de la renuncia a un crédito fiscal, y que ésta tenía así pues incidencias fiscales, no justificaba por sí solo excluir la aplicación del criterio del inversor privado. En esas circunstancias, y habida cuenta de que la actuación mediante la ley era necesaria para efectuar los ajustes contables que

conducían a la modificación de los capitales propios de la empresa, no puede considerarse que en el presente caso la forma de intervención del Estado excluyera de entrada la aplicación del criterio del inversor privado.

260 En segundo lugar, también debe refutarse la alegación de la Comisión de que el criterio del inversor privado no puede aplicarse a la conversión en capital de un crédito fiscal, ya que un inversor privado jamás podría ser titular de tal crédito frente a una empresa, sino tan sólo de un crédito civil o mercantil, y de que, si se procediera a una comparación de ambas situaciones, se produciría una ruptura de la igualdad de trato entre el Estado y dicho inversor. Estimar esa alegación equivaldría a considerar que sólo si el Estado fuera titular de un crédito civil o mercantil frente a una empresa podría realizar tal operación en condiciones comparables a un inversor privado.

261 Ahora bien, el criterio del inversor privado tiene precisamente como objetivo verificar si, a pesar del hecho de que el Estado dispone de medios que no tiene un inversor privado, éste, en las mismas circunstancias, habría tomado una decisión de inversión comparable a la del Estado. La naturaleza del crédito convertido en capital, y por tanto el hecho de que un inversor privado no pueda ser titular de un crédito fiscal, son en consecuencia irrelevantes en lo que atañe a la cuestión de si el criterio del inversor privado debe o no aplicarse.

262 Ello también lleva a refutar la alegación de la Comisión de que la operación se resume en un «regalo fiscal» a favor de EDF y no puede considerarse como una inversión. En efecto, como cualquier acreedor accionista único de una sociedad, el Estado puede renunciar a un crédito al convertir éste en capital por importe equivalente. Esa operación, mediante la que el accionista único de una sociedad aumenta el capital de ésta al renunciar a un crédito que tiene frente a ella, constituye una compensación que un inversor privado diligente puede efectuar también en condiciones normales del mercado.

263 Por consiguiente, habida cuenta del conjunto de las circunstancias del presente caso, la Comisión no refutó fundadamente la tesis de la República Francesa, ni tampoco la aplicación del criterio del inversor privado, apoyándose en la argumentación expuesta en el apartado 262 anterior.

264 En tercer lugar, en lo que atañe a la alegación de la Comisión de que un inversor privado habría debido satisfacer el impuesto en una situación comparable, hay que observar por una parte que la Decisión impugnada se limita a indicar que «la ventaja es necesariamente selectiva, puesto que el hecho de no pagar el impuesto de sociedades sobre una parte de estas provisiones contables constituye una excepción al tratamiento fiscal normalmente aplicable a una operación de este tipo».

265 Por otra parte, es preciso señalar que la Comisión, en sus escritos procesales y en las respuestas a las preguntas que le formuló el Tribunal, afirmó que un inversor privado habría debido pagar previamente el impuesto si se hubiera propuesto proceder a un aumento de capital mediante la conversión de un crédito que tuviera frente a una empresa de la que fuera accionista. Según la Comisión, de ello habría resultado necesariamente un coste superior para el inversor privado, puesto que, para aportar 100 euros, habría tenido que movilizar en realidad 141,66 euros. La Comisión afirma que sólo el pago previo de ese impuesto habría permitido aplicar el criterio del inversor privado para examinar la dotación de capital de 5.600 millones de FRF.

266 Aun si hay que señalar que tanto la República Francesa como EDF han reconocido que, en el presente caso, EDF habría debido pagar un impuesto, procede observar que esas partes rebaten la interpretación del Derecho francés y del artículo 38, apartado 2, del Código general de impuestos por parte de la Comisión, en particular en lo que se refiere a las consecuencias fiscales de una aportación de capital realizada mediante la conversión de un crédito por parte de un accionista de una sociedad.

267 La República Francesa y EDF han mantenido en efecto en sus escritos procesales y en sus informes orales que, a tenor del artículo 38, apartado 2, del Código general de

impuestos, la variación del activo neto causada por un aumento de capital mediante la conversión de un crédito frente a una empresa del cual es titular un accionista de ésta no debe tenerse en cuenta para el cálculo del impuesto de sociedades, y que por consiguiente, según esa disposición, tal conversión del crédito en capital no da lugar a imposición cuya base imponible sea el importe del mismo crédito.

268 En primer lugar, hay que recordar que en el apartado 51 de la decisión de iniciación la Comisión misma consideró que «dado que [...] los aumentos de capital no se consideran como constitutivos de un aumento del patrimonio neto de la sociedad a efectos del cálculo del impuesto de sociedades, [la] recalificación [de los derechos del concedente como dotación de capital] ha consolidado la desgravación fiscal que [disfrutó EDF respecto a esas provisiones durante los años 1987-1996]».

269 Parece por tanto que en ese apartado de la decisión de iniciación la Comisión compartía, al menos de forma general, el análisis de la República Francesa y de EDF sobre las consecuencias fiscales de una variación de activo neto resultante de un aumento de capital mediante conversión de un crédito. Con esa perspectiva, el coste para un inversor privado en una economía de mercado y para el Estado parece idéntico.

270 En segundo lugar, la alegación de la Comisión conduce en realidad a examinar el coste global que soporta un inversor privado para invertir 14.119 millones de FRF –importe correspondiente a los derechos del concedente–, siendo así que la reclasificación de los derechos del concedente por importe de 14.119 millones de FRF no se ha considerado como constitutiva de una ayuda por la Comisión –ni tampoco el hecho de presumir que EDF era propietaria de la RAG, que en su origen pertenecía al Estado–, puesto que sólo la renuncia a percibir el impuesto por esos mismos derechos se ha tomado en consideración en la Decisión impugnada. La alegación de la Comisión, que en realidad lleva a integrar en el análisis el importe de 14.119 millones de FRF, está en contradicción por lo demás con la ventaja tal como la ha identificado en la Decisión impugnada. Esa alegación debe refutarse por tanto.

- 271 En tercer lugar, hay que observar que la alegación de la Comisión carece en todo caso de coherencia. En efecto, la Comisión reconoce que habría examinado la dotación complementaria de capital de 5.600 millones de FRF si EDF hubiera pagado previamente ese importe en concepto de impuesto, y si a continuación la República Francesa le hubiera devuelto ese mismo importe, porque el coste respectivo para el Estado y para el inversor privado habría podido compararse en ese caso, y sólo en ese caso.
- 272 Pues bien, se ha de señalar que, en ese supuesto, en realidad el coste habría sido el mismo para el Estado, y el importe percibido por EDF habría sido el mismo que percibió en el marco de la solución elegida por la República Francesa en la Ley nº 97-1026. En efecto, mediante esa Ley el Estado procedió a una dotación de capital por importe de 14.119 millones de FRF. Si se sigue el razonamiento de la Comisión, el coste de esa operación sería sólo de 14.119 millones de FRF, en tanto que, si EDF hubiera pagado el impuesto, el coste para el Estado habría sido diferente y el criterio del inversor privado habría podido aplicarse. No obstante, es preciso observar que, si el Estado hubiera aportado 14.119 millones de FRF al capital de EDF, y posteriormente hubiera percibido un impuesto por importe de 5.600 millones de FRF, antes de devolver este último importe a EDF, el coste global para el Estado habría seguido siendo de 14.119 millones de FRF –al ser neutralizado el importe del impuesto percibido por el idéntico importe devuelto a EDF. En cuanto a EDF, ésta habría percibido un total de 14.119 millones de FRF, es decir, un importe idéntico al percibido en aplicación de la Ley nº 97-1026.
- 273 En cuarto lugar, de suponer que la interpretación del Derecho fiscal francés que realiza la Comisión –y en particular la interpretación del artículo 38, apartado 2, del Código general de impuestos– sea acertada y que la interpretación de ese mismo Derecho por las autoridades francesas sea errónea, habría que considerar que el coste de una dotación de capital mediante aportación de crédito por un inversor privado, si éste estuviera efectivamente obligado a pagar el impuesto en ese caso, sería para él de 5.600 millones de FRF.
- 274 No obstante, hay que señalar que, al renunciar a percibir un impuesto por importe de 5.600 millones de FRF, con ocasión de la reclasificación de los derechos del concedente como dotación de capital, el Estado habría soportado un coste que con plena evidencia

se habría elevado también a 5.600 millones de FRF, pues la renuncia de un crédito fiscal no carece de coste para el Estado, en contra de lo que sostiene la Comisión. Por tanto, de ello habría resultado con toda evidencia un coste idéntico al soportado por el inversor privado. En consecuencia, la diferencia de coste alegada por la Comisión no parece acreditada, ni tampoco las consecuencias que deduce de ella en cuanto a la aplicación del criterio del inversor privado.

275 Además, procede observar que únicamente la aplicación del criterio del inversor privado permitiría verificar y en su caso demostrar la existencia de una posible diferencia de coste.

276 En quinto lugar, incluso si el coste de una recapitalización por cuantía de 14.119 millones de FRF –que no constituye una ayuda según la Comisión– fuera de 0 FRF para el Estado, y ese coste fuera de 5.600 millones de FRF para un inversor privado, en cualquier caso esa diferencia de coste no impediría aplicar el criterio del inversor privado. En tal supuesto correspondería a la Comisión comprobar, mediante la aplicación de ese criterio, si dicho inversor privado habría soportado un coste de 5.600 millones de FRF para proceder a dicha recapitalización, y no podría excluirse que, al término de ese análisis, la Comisión llegara a la conclusión de que no habría sucedido así, pero ello supone que previamente realice ese análisis.

277 Por último, en cuanto que, con esa alegación, la Comisión se propone en realidad demostrar por una parte que habría resultado un coste diferente para EDF, obligada a pagar el impuesto en un caso y no en el otro, lo que podía afectar al valor de la empresa, y por otra parte excluir, en caso de pago del impuesto, que un inversor privado hubiera invertido efectivamente tal importe en la empresa, en tanto que el Estado se limitaba a renunciar a su crédito fiscal, es preciso observar que esa alegación pretende demostrar que el coste de la inversión y sus posibles perspectivas de rendimiento eran diferentes para el Estado y para un inversor privado. Ahora bien, para tomar en consideración ese elemento habría sido preciso aplicar el criterio del inversor privado, lo que rehusó hacer la Comisión.

278 En cuarto lugar, hay que refutar la alegación, presentada en la vista por la Comisión, de que, en cualquier caso, no habría habido un inversor privado de referencia que hubiera podido movilizar capitales tan importantes como el Estado, puesto que, ante todo, la Comisión no ha demostrado en absoluto la falta de inversor privado de referencia con el que comparar en el presente caso al inversor público. Por otra parte, la falta de inversor privado de referencia no impide que se deba examinar la operación a la luz de las «condiciones normales del mercado», dado que éstas, que en tal caso son necesariamente hipotéticas, deben apreciarse en función de los datos objetivos y verificables de que se disponga (véase en ese sentido la sentencia Chronopost y otros/ Ufex y otros, citada en el apartado 172 *supra*, apartado 38).

279 En quinto lugar, debe señalarse que la Comisión no ha presentado ningún elemento en apoyo de su alegación –expuesta por primera vez en la vista y rebatida por la República Francesa– de que, según el Derecho francés, un aumento de capital no puede realizarse mediante la aportación de un crédito fiscal. No puede acogerse por tanto esa alegación.

280 En sexto lugar, la alegación de la Comisión –también presentada por primera vez en la vista– de que el impuesto habría debido figurar en el balance de la empresa debe desestimarse por dos motivos.

281 Por una parte, esa alegación pretende en realidad imputar a la República Francesa un incumplimiento de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DOL 195, p. 35; EE 08/02, p. 75). Suponiendo que se hubiera podido reprochar tal incumplimiento a la República Francesa, no deja de ser cierto que ése carece de nexo con la alegación desarrollada por la Comisión en los considerandos 96 y 97 de la Decisión impugnada y no incide en la cuestión de si procedía aplicar el criterio del inversor privado.

282 Por otra parte, la Comisión no ha logrado explicar en qué balance habría debido figurar el impuesto adeudado. En efecto, antes de la adopción de la Ley nº 97-1026 y de que se presumiera que EDF era propietaria de la RAG, no se adeudaba ningún impuesto. En segundo lugar, dado que la República Francesa renunció a percibir el impuesto, éste ya no se adeudaba y por consiguiente no habría podido figurar en el balance como una deuda de la empresa.

283 En séptimo lugar por último, en lo que atañe a la alegación de la Comisión de que admitir la aplicación del criterio del inversor privado podría conducir a reconocer la validez de cualquier forma de exención fiscal concedida por los Estados miembros, ya que esas exenciones siempre se ajustan a ese criterio, hay que recordar en primer término que en el presente caso no se trata de una mera exención fiscal concedida a una empresa, sino antes bien de la renuncia a un crédito fiscal en el marco de un aumento de capital de una empresa de la que el Estado es el único accionista. En segundo término, no se puede prejuzgar el resultado de la aplicación de ese criterio, a falta de lo cual es inútil o inapropiado. En tercer término, en cualquier caso no puede excluirse que en el presente asunto la aplicación del criterio del inversor privado pudiera conducir a considerar que la intervención del Estado no corresponde al comportamiento que habría podido adoptar un inversor privado. La alegación de la Comisión carece pues de pertinencia.

284 Como conclusión, no puede acogerse ninguna alegación presentada por la Comisión, apoyada por Iberdrola, y procede considerar que la Comisión ha cometido un error de Derecho y ha infringido el artículo 87 CE al rehusar examinar la medida controvertida en su contexto y aplicar el criterio del inversor privado.

285 Dado que el Tribunal ha apreciado que la Comisión había excluido indebidamente la aplicación de ese criterio, incumbe a ésta adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. El juez comunitario, al conocer de un recurso de anulación, no es en efecto competente, en materia de ayudas de Estado, para reformar las

decisiones cuya legalidad controla, ni en el presente caso para proceder por sí mismo al análisis que implica la aplicación del criterio del inversor privado. Si la Comisión lo considera fundado, a ella le corresponde por tanto adoptar una nueva decisión con observancia de las consideraciones expuestas en los apartados 220 a 253 anteriores.

286 En virtud de las consideraciones antes expuestas procede anular los artículos 3 y 4 de la Decisión impugnada a causa de la infracción del artículo 87 CE, sin que haya lugar a examinar los demás motivos y las partes de éstos planteados por la demandante ni las solicitudes de una diligencia de ordenación del procedimiento relativas al «Informe Oxera».

Costas

287 A tenor del apartado 2 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que se han estimado las pretensiones de la demandante, procede condenar a la Comisión al pago de las costas de esa parte conforme a las pretensiones que ha formulado.

288 A tenor del artículo 87, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas. En consecuencia, la República Francesa cargará con sus costas.

289 A tenor del artículo 87, apartado 4, párrafo tercero, del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal podrá ordenar que una parte coadyuvante soporte sus propias costas. En el presente asunto, Iberdrola, parte coadyuvante en apoyo de la Comisión, cargará con sus costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Tercera)

decide:

- 1) **Anular los artículos 3 y 4 de la Decisión de la Comisión relativa a las ayudas estatales concedidas por Francia a EDF y al sector de las industrias eléctricas y del gas (C 68/2002, N 504/2003 y C 25/2003), adoptada el 16 de diciembre de 2003.**
- 2) **La Comisión Europea cargará con sus costas así como con las de Électricité de France (EDF).**
- 3) **La República Francesa cargará con sus propias costas.**
- 4) **Iberdrola, S.A., cargará con sus propias costas.**

Azizi

Cremona

Frimodt Nielsen

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 15 de diciembre de 2009.

Firmas

Índice

Marco jurídico	II - 4510
Las reglas del Tratado CE	II - 4510
El Reglamento (CE) n° 659/1999	II - 4511
El Derecho francés aplicable	II - 4513
Hechos que dan origen al litigio	II - 4514
Contexto general del asunto	II - 4514
El procedimiento administrativo	II - 4521
La Decisión impugnada	II - 4524
Procedimiento y pretensiones de las partes	II - 4531
Fundamentos de Derecho	II - 4534
Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del artículo 20 del Reglamento n° 659/1999, por una parte, y en la vulneración del derecho de defensa, por otra	II - 4536
Alegaciones de las partes	II - 4536
Apreciación del Tribunal	II - 4541
— Sobre la vulneración del derecho de defensa	II - 4541
— Sobre la vulneración de los derechos procedimentales del beneficiario de la ayuda en cuanto parte interesada	II - 4542
Sobre el segundo motivo, basado en la infracción por la Comisión del artículo 87 CE	II - 4545
Sobre la primera parte, fundada en la falta de consideración de la «subcompensación» de los costes de servicio público soportados por EDF	II - 4545
— Alegaciones de las partes	II - 4545
— Appreciación del Tribunal	II - 4547
Sobre la segunda parte, basada en la falta de afectación de los intercambios entre los Estados miembros	II - 4549
	II - 4589

— Alegaciones de las partes	II - 4549
— Apreciación del Tribunal	II - 4552
Sobre la tercera parte del segundo motivo, basada en la calificación de las medidas controvertidas como dotación de capital, por una parte, y por otra en el comportamiento del Estado en su ejecución como un inversor privado diligente en una economía de mercado	II - 4554
— Alegaciones de las partes	II - 4554
— Apreciación del Tribunal	II - 4569
Costas	II - 4587