

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

de 13 de septiembre de 2010*

En los asuntos acumulados T-415/05, T-416/05 y T-423/05,

República Helénica, representada por la Sra. A. Samoni-Rantou y el Sr. P. Mylonopoulos, en calidad de agentes,

parte demandante en el asunto T-415/05,

Olympiakes Aerogrammes AE, con domicilio social en Kallithéa (Grecia), representada por el Sr. V. Christianos, abogado,

parte demandante en el asunto T-416/05,

Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE, con domicilio social en Atenas, representada por los Sres. P. Anestis y S. Mavroghenis, abogados, los Sres. S. Jordan y T. Soames, Solicitors, y el Sr. D. Geradin, abogado,

parte demandante en el asunto T-423/05,

* Lengua de procedimiento: griego.

y

Comisión Europea, representada por los Sres. D. Triantafyllou y T. Scharf, en calidad de agentes,

parte demandada,

apoyada por

Aeroporia Aigaiou Aeroporiki AE, con domicilio social en Atenas, representada por el Sr. N. Keramidas y, en el asunto T-416/05, también por los Sres. N. Korogianakis, I. Dryllerakis y E. Dryllerakis, abogados,

parte coadyuvante en los asuntos T-416/05 y T-423/05,

que tiene por objeto una solicitud de anulación de la Decisión C(2005) 2706 final de la Comisión, de 14 de septiembre de 2005, relativa a las ayudas de Estado concedidas en favor de Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE [C 11/2004 (ex NN 4/2003) – Olympiaki Aeroporia – Reestructuración y privatización],

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta),

integrado por el Sr. M. Jaeger, Presidente, y los Sres. A.W.H. Meij (Ponente) y L. Truchot, Jueces;

Secretaria: Sra. K. Pocheć, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de junio de 2010;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

- 1 El 14 de septiembre de 2005, la Comisión adoptó la Decisión C(2005) 2706 final, relativa a las ayudas de Estado concedidas en favor de Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE [C 11/2004 (ex NN 4/2003) – Olympiaki Aeroporia – Reestructuración y privatización] (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).
- 2 Para facilitar la privatización de la compañía aérea Olympiaki Aeroporia AE (Olympic Airways), de titularidad pública al 100% y convertida, desde el mes de diciembre de 2003, en Olympiaki Aeroporia Ypiresies (Olympic Airways Services) (en lo sucesivo, «OA»), el artículo 27 de la Ley griega n° 3185/2003, de 9 de septiembre

de 2003, sobre modificación de la Ley n° 2668/1998, armonización con la Directiva 2002/39/CE, resolución de cuestiones relativas al organismo de correo griego y otras disposiciones (FEK A' 229/26.9.2003; en lo sucesivo, «Ley n° 3185/2003»), titulado «Transformación del grupo Olympiaki Aeroporia», establecía que «las empresas del grupo Olympiaki Aeroporia [se transformarán] mediante la escisión de sus ramas, divisiones o servicios correspondientes a su actividad de transporte aéreo y mediante la fusión con una sociedad existente del grupo o mediante su absorción por una de estas sociedades».

- 3 En aplicación del artículo 27 de la Ley n° 3185/2003, las actividades de vuelo de OA y de su filial Olympiaki Aeroploia AE (Olympic Aviation) fueron escindidas y reagrupadas «mediante fusión» en el seno de otra filial de OA, Makedonikes Aerogrammes AE (Macedonian Airways), que recibió la denominación de Olympiakes Aerogrammes AE (Olympic Airlines; en lo sucesivo, «NOA»). De los autos se desprende, y así lo han confirmado las partes en la vista, que la nueva compañía aérea NOA fue constituida el 11 de diciembre de 2003 y que inició sus actividades el 12 de diciembre de 2003. En esa fecha, OA puso fin a todas las actividades de vuelo, conservando las actividades de asistencia en tierra, mantenimiento y formación. Se devolvió directamente a la República Helénica la totalidad del capital de la nueva compañía aérea NOA.

- 4 La situación económica de OA y las ayudas financieras procedentes de medios estatales prestadas a dicha sociedad así como a la nueva compañía aérea NOA han sido objeto de varias decisiones de la Comisión.

Decisión 2003/372/CE

- 5 El 11 de diciembre de 2002, la Comisión adoptó la Decisión 2003/372/CE relativa a la ayuda concedida por el Estado griego a OA (DO 2003, L 132, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión de 11 de diciembre de 2002»), en la que declaraba incompatibles con el

mercado común las ayudas a la reestructuración de OA que se habían aprobado a lo largo de los años 1994, 1998 y 2000, así como ayudas nuevas ilegales. En cuanto a las ayudas a la reestructuración, esta Decisión se basaba, en particular, en que no se habían alcanzado la mayor parte de los objetivos del plan de reestructuración de OA de 1998 referidos al restablecimiento de la viabilidad a medio y largo plazo de dicha sociedad y no se habían cumplido cabalmente los requisitos establecidos en las decisiones de aprobación. En virtud del artículo 3 de la Decisión de 11 de diciembre de 2002, se instaba a la República Helénica a que recuperara una parte de las ayudas a la reestructuración abonadas, concretamente, 41 millones de euros, así como las ayudas nuevas ilegales, declaradas incompatibles con el mercado común.

- 6 En el artículo 1, primer apartado, letra b), de la Decisión de 11 de diciembre de 2002 se declaraba que las ayudas a la reestructuración concedidas por la República Helénica a OA en forma de nuevas garantías crediticias de un importe total de 378 millones de dólares estadounidenses (USD) para los préstamos destinados a la compra de nuevas aeronaves y a las inversiones necesarias para su traslado al nuevo aeropuerto de Spata (Grecia), eran incompatibles con el mercado común.

- 7 Por sentencia de 12 de mayo de 2005, Comisión/Grecia (C-415/03, Rec. p. I-3875; en lo sucesivo, «sentencia de 12 de mayo de 2005»), el Tribunal de Justicia declaró que la República Helénica había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Decisión de 11 de diciembre de 2002, al no haber adoptado en el plazo establecido todas las medidas necesarias para conseguir la devolución, con arreglo al artículo 3 de dicha Decisión, de las ayudas declaradas incompatibles a excepción de las referidas a las cotizaciones al organismo nacional de seguridad social (IKA).

- 8 En esa sentencia (apartados 32 a 34), el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta principalmente que de la información facilitada por la Comisión y no contradicha por las autoridades griegas se desprendía que la República Helénica había transferido los

elementos del activo más rentables de OA, libres de toda deuda, a NOA, que también pertenece a dicho Estado miembro y se beneficia de una protección especial frente a los acreedores por medio de una excepción a las disposiciones de Derecho común y de las obligaciones de Derecho mercantil. El Tribunal de Justicia consideró, en particular, que esta construcción jurídica no permitía, con arreglo al Derecho nacional, reclamar las ayudas concedidas y obstaculizaba la ejecución efectiva de la Decisión de 11 de diciembre de 2002, así como la recuperación de las ayudas.

- 9 A raíz del recurso de anulación interpuesto por OA contra la Decisión de 11 de diciembre de 2002, el Tribunal, por sentencia de 12 de septiembre de 2007, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comisión* (T-68/03, Rec. p. II-2911), anuló parcialmente dicha Decisión, en la medida en que se refería a la tolerancia respecto del persistente impago, por una parte, de las tasas aeroportuarias adeudadas por OA al Aeropuerto Internacional de Atenas (AIA) y, por otra, del impuesto sobre el valor añadido que grava los combustibles y los recambios. El recurso fue desestimado en lo relativo a las demás ayudas nuevas ilegales, así como a las ayudas a la reestructuración.

- 10 Al considerar que la República Helénica no había adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de 12 de mayo de 2005, la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento con arreglo al artículo 228 CE. Por sentencia de 7 de julio de 2009, *Comisión/Grecia* (C-369/07, Rec. p. I-5703, apartados 68, 72, 109, 143 y 145), el Tribunal de Justicia admitió que, en principio, en la medida en que estuviera prevista por el ordenamiento jurídico nacional como mecanismo de extinción de una obligación, una operación de compensación podía constituir un medio apropiado para efectuar la recuperación de una ayuda de Estado. Por otra parte consideró que, sin perjuicio de la aplicación de las normas comunitarias en materia de ayudas de Estado, procedía señalar que, a los efectos del procedimiento de infracción de que se trataba, la República Helénica había demostrado la existencia de un crédito exigible de un importe de 601.289.003 euros en favor de OA, en virtud del laudo arbitral de 6 de diciembre de 2006 por el que la República Helénica había sido condenada a pagar determinadas indemnizaciones a OA. Al tiempo que señala que dicha cantidad era claramente superior al conjunto de los importes de las ayudas que quedaban por recuperar en ejecución de la Decisión de 11 de diciembre de 2002, el Tribunal de

Justicia estimó que la República Helénica no había demostrado de modo suficiente con arreglo a Derecho, en lo relativo a una parte de las ayudas nuevas ilegales objeto de dicha Decisión, que se hubieran restituido dichas ayudas. En consecuencia, el Tribunal de Justicia la condenó, por este concepto, al pago acumulado de una multa coercitiva y de una cantidad a tanto alzado.

Decisión impugnada

- 11 Mediante escrito de 3 de marzo de 2003, las autoridades griegas informaron a la Comisión sobre el estado del procedimiento de privatización de OA. A lo largo del año 2003, dichas autoridades y la Comisión intercambiaron correspondencia en relación con la reestructuración de la compañía aérea OA con vistas a su privatización.

- 12 Al no haberse producido una notificación formal de posibles ayudas de Estado, el 8 de septiembre de 2003, la Comisión adoptó una decisión en la que se instaba a la República Helénica que le proporcionara toda la información necesaria para examinar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 87 CE, las medidas vinculadas a la reestructuración y a la privatización de la compañía aérea OA, que pudieran incluir elementos de ayuda de Estado.

- 13 El 25 de septiembre de 2003, una compañía aérea de la competencia, Aeroporia Aigaiou Aeroporiki AE (Aegean Airlines, en lo sucesivo, «Aeroporia Aigaiou» o «parte coadyuvante»), presentó una denuncia ante la Comisión en relación con el procedimiento de privatización de OA.

- 14 Mediante escrito de 29 de septiembre de 2003, las autoridades griegas comunicaron a la Comisión de la Ley n° 3185/2003 y dieron respuesta a su requerimiento de información. Mediante escrito de 31 de octubre de 2003, la Comisión indicó a las autoridades griegas que todavía faltaban algunos datos.
- 15 Mediante escrito de 15 de diciembre de 2003, la Comisión reiteró su solicitud de información. La República Helénica proporcionó dichas informaciones mediante escritos de 18 y 19 de diciembre de 2003. Mediante escrito de 15 de enero de 2004, la Comisión solicitó información adicional a las autoridades griegas, que respondieron mediante escritos fechados los días 15 y 16 de enero de 2004.
- 16 Mediante la Decisión de 16 de marzo de 2004, la Comisión incoó el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, respecto de las medidas vinculadas a la reestructuración y a la privatización del grupo Olympic Airways, tomadas por la República Helénica en relación con OA y NOA, tras la adopción de la Decisión de 11 de diciembre de 2002 (DO C 192, p. 2).
- 17 En dicha Decisión, la Comisión señaló, en particular, que tras la escisión de las actividades de vuelo del grupo Olympic Airways y su reagrupación en la nueva sociedad NOA, OA dejó las actividades de aviación y continuó prestando servicios de asistencia en tierra, mantenimiento y formación. Indicó que las autoridades griegas no tenían prevista en ese momento la puesta en liquidación de OA, a pesar de que su nivel de fondos propios era negativo por segundo año consecutivo. En efecto, según las autoridades griegas, el proceso de reestructuración iniciado en diciembre de 2003 debía durar de cuatro a cinco años y permitir reabsorber una parte considerable de las

deudas de OA, compañía que se pondría en liquidación cuando se hubieran vendido todas sus divisiones, así como sus demás activos, como edificios, maquinaria, aeronaves que hubieran dejado de volar y cualquier otro material.

- 18 La Comisión consideró, en su Decisión de 16 de marzo de 2004, que parecía que algunas de las ventajas concedidas a OA constituían ayudas de Estado incompatibles con el mercado común. También subrayó que la nueva compañía aérea NOA se había beneficiado del traspaso de los activos del sector de las actividades de vuelo del grupo Olympic Airways, dejándose el considerable pasivo a cargo de OA y que ningún acreedor de OA podría dirigirse contra NOA. Por último, la Comisión afirmó que, en el marco del procedimiento de examen incoado, partía «del principio de que todas las compañías que pertenecían al grupo –incluida [NOA]– [eran] una misma empresa».
- 19 Mediante escrito de 11 de junio de 2004, la República Helénica transmitió a la Comisión sus observaciones en relación con la Decisión de 16 de marzo de 2004.
- 20 Aeroporia Aigaiou formuló sus observaciones en el plazo señalado al efecto a terceros interesados, a raíz de la publicación de la Decisión antes citada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.
- 21 Mediante escrito de 11 de octubre de 2004, la Comisión notificó a la República Helénica, de conformidad con el artículo 11, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del artículo [88 CE] (DO L 83, p. 1), su intención de adoptar una Decisión por la que se la requeriría para que suspendiera cualquier medida de ayuda hasta que no pudiera adoptarse una Decisión sobre su compatibilidad con el Tratado. La República Helénica contestó mediante escrito de 26 de octubre de 2004.

- 22 Tras esta respuesta, las autoridades griegas informaron regularmente a la Comisión, por escrito o en reuniones, sobre la tramitación del procedimiento de privatización de NOA y de OA.
- 23 Del 9 al 26 de mayo de 2005, la empresa de asesoramiento Moore Stephens realizó, a petición de la Comisión, una investigación en las oficinas de OA y de NOA. Su informe, fechado el 19 de julio de 2005, se titula «Investigación sobre la reestructuración y la privatización del grupo Olympic Airways/Olympic Airlines». Según dicho informe, la investigación tenía por objeto, en particular, determinar si la reestructuración del grupo Olympic Airways y la creación de NOA constituían una solución jurídica destinada a traspasar los activos y las actividades a una nueva entidad jurídica así como a mantener las deudas en la antigua entidad jurídica, así como averiguar si OA y NOA habían recibido ayudas de Estado directas o indirectas desde que se llevó a cabo dicha reestructuración.
- 24 El 14 de septiembre de 2005, la Comisión adoptó la Decisión impugnada, que declaraba que se había concedido a NOA una ayuda de Estado, en forma de rentas por el subarriendo de aeronaves a dicha sociedad por parte de OA o de la República Helénica, inferiores a las rentas abonadas por estas últimas por los contratos de arrendamiento principales (artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada). Además, la Comisión declaró en dicha Decisión que se habían concedido tres categorías de ayudas de Estado en favor de OA. La primera se refería al pago anticipado a OA de un importe supuestamente sobrestimado del valor de los activos pertenecientes al sector de las actividades de vuelo, traspasados a NOA en el momento de la escisión (artículo 1, apartado 2, de la Decisión impugnada). La segunda categoría de ayudas consistía en el pago a OA de un importe de 8,2 millones de euros así como en la realización de determinadas garantías del Estado que habían sido objeto de la Decisión de 11 de diciembre de 2002 y habían sido modificadas (artículo 1, apartado 3, de la Decisión impugnada). Por último, la tercera categoría se refería a la tolerancia de las autoridades griegas en relación con el impago por parte de OA de deudas fiscales y de cotizaciones a la seguridad social (artículo 1, apartado 4, de la Decisión impugnada).

25 La parte dispositiva de la Decisión impugnada es del siguiente tenor:

«Artículo 1

1. La aceptación por [OA] y por la [República Helénica] de rentas por el subarriendo de aeronaves por [NOA] inferiores a los importes abonados por los arrendamientos principales, que suponen pérdidas de aproximadamente 37 millones de euros, en 2004 para [OA] y de aproximadamente 2,75 millones de euros, hasta mayo de 2005 para el Estado, constituye una ayuda de Estado ilegal en favor de [NOA] que es incompatible con el Tratado.

2. La [República Helénica] otorgó una ayuda de Estado ilegal e incompatible a [OA] cuyo importe se corresponde con la sobrevaloración de los activos de [NOA] en el momento de la creación de esta última. La Comisión estima provisionalmente el importe de esta ayuda en aproximadamente 91,5 millones de euros.

3. La concesión por [la República Helénica] a [OA], entre mayo de 2004 y marzo de 2005, de sumas por un importe total de 8 millones de euros y el pago adicional por [la República Helénica] de determinados plazos de préstamos bancarios y de arrendamientos financieros en el lugar de [OA], en la medida en que dichos pagos no son mera ejecución de las garantías a que se refiere el artículo 1, [apartado uno,] letra b), de la Decisión [de 11 de diciembre de 2002] y de las condiciones correspondientes a las mismas, constituyen una ayuda de Estado ilegal en favor de [OA] que es incompatible con el Tratado.

4. La tolerancia reiterada de [la República Helénica] hacia [OA] en relación con los impuestos y cotizaciones a la seguridad social adeudados al Estado, de un importe de aproximadamente 354 millones de euros, correspondientes al período comprendido entre diciembre de 2002 y diciembre de 2004, constituye una ayuda de Estado ilegal en favor de [OA] que es incompatible con el Tratado.

Artículo 2

1. La [República Helénica] recuperará de los beneficiarios las ayudas a que se refiere el artículo 1.

2. La recuperación se realizará sin dilación de acuerdo con los procedimientos del Derecho nacional, siempre que éstos permitan la ejecución inmediata y efectiva de la Decisión. Las sumas que deben recuperarse devengarán intereses desde la fecha en que se pusieron a disposición de la beneficiaria hasta la fecha de su recuperación. Los intereses se calcularán tomando como base el tipo de referencia utilizado para el cálculo del equivalente en subvención en el marco de las ayudas con finalidad regional.

Artículo 3

La [República Helénica] suspenderá inmediatamente la concesión de cualquier ayuda adicional a [OA] y a [NOA].

Artículo 4

La [República Helénica] informará a la Comisión, en el plazo de dos meses contado desde la fecha de notificación de la presente Decisión, de las medidas adoptadas en aplicación de los artículos 2 y 3.»

- 26 La Decisión impugnada fue notificada a la República Helénica el 15 de septiembre de 2005.
- 27 En su sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/Grecia (C-419/06, no publicada en la Recopilación), el Tribunal de Justicia, resolviendo el recurso interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, declaró que la República Helénica había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 2 a 4 de la Decisión impugnada, al no haber adoptado, dentro de los plazos señalados, todas las medidas necesarias para suprimir las ayudas declaradas ilegales e incompatibles con el mercado común por la Decisión impugnada y para obtener de los beneficiarios su recuperación.

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 28 Mediante sendas demandas presentadas en la Secretaría del Tribunal el 25 de noviembre de 2005, las demandantes, la República Helénica, así como NOA y OA, interpusieron el presente recurso.
- 29 Mediante escrito separado, presentado en la Secretaría del Tribunal el 4 de febrero de 2006, la demandante presentó una demanda de suspensión de la ejecución del artículo 2 de la Decisión impugnada en lo relativo a las ayudas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, de dicha Decisión. Mediante auto de 26 de junio de 2006, Olympiakos Aerogrammes/Comisión (T-416/05 R, no publicado en la Recopilación), el Presidente del Tribunal desestimó dicha demanda.
- 30 En el asunto T-423/05, mediante escrito separado, presentado en la Secretaría del Tribunal el 19 de junio de 2006, la demandante presentó una demanda de suspensión de la ejecución del artículo 2 de la Decisión impugnada en lo relativo a las ayudas mencionadas en el artículo 1, apartados 2 a 4, de dicha Decisión. Mediante auto de

29 de enero de 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comisión (T-423/05 R, no publicado en la Recopilación), el Presidente del Tribunal desestimó dicha demanda.

- 31 Al modificarse la composición de las Salas del Tribunal, el Juez Ponente fue adscrito a la Sala Sexta, a la que se atribuyeron por consiguiente los presentes asuntos.
- 32 En el asunto T-416/05, mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 16 de agosto de 2006, la demandante, al amparo del artículo 48, apartado 2, párrafos primero y segundo, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, opuso la inadmisibilidad de los motivos supuestamente nuevos invocados por la Comisión en su dúplica. Solicitó al Tribunal que declarara la inadmisibilidad de estos motivos y, con carácter subsidiario, que le señalara un plazo adicional para responder a los mismos. La Comisión presentó observaciones escritas en relación con dicha demanda.
- 33 En el asunto T-416/05, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 2 de mayo de 2006, Aeroporia Aigaiou solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de la Comisión.
- 34 Mediante escrito de 14 de julio de 2006, NOA solicitó que se desestimara dicha demanda de intervención. Mediante escrito separado presentado el mismo día, solicitó que se diera tratamiento confidencial, respecto de Aeroporia Aigaiou, a toda la Decisión impugnada, hasta que no se publicara en el *Diario Oficial de la Unión Europea* una versión no confidencial de dicha Decisión, así como a ciertos datos contenidos en la demanda, la réplica y sus anexos.

- 35 Mediante auto de 6 de junio de 2008, el Presidente de la Sala Sexta admitió la intervención de Aeroporia Aigaiou. En dicho auto se acordó que, con arreglo a lo dispuesto del artículo 116, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, se diera traslado a la parte coadyuvante de la versión no confidencial de los actos de procedimiento y se la emplazara a presentar su escrito de intervención, sin perjuicio de la posibilidad de completarlo posteriormente, cuando se resolviera sobre la solicitud de tratamiento confidencial.
- 36 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 25 de junio de 2008, la parte coadyuvante se opuso a la solicitud de tratamiento confidencial formulada por NOA. Solicitó que los actos de procedimiento le fueran comunicados de forma íntegra y completa, anunciando al mismo tiempo que presentaría un escrito de intervención sobre la base de las versiones no confidenciales de los actos de los que se le había dado traslado. Dicho escrito de intervención fue presentado el 22 de julio de 2008.
- 37 En el asunto T-416/05, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 8 de marzo de 2010, en respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal en relación con su solicitud de tratamiento confidencial, la demandante desistió de esta solicitud, como consecuencia de haber sido sometida a un régimen de liquidación específico y de la cesación de toda su actividad comercial al término del procedimiento de privatización. Se instó a la parte coadyuvante a que presentara observaciones complementarias.
- 38 En el asunto T-423/05, Aeroporia Aigaiou, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 17 de mayo de 2006, solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de la Comisión. Mediante escrito de 28 de julio de 2006, la demandante solicitó que se desestimara dicha demanda de intervención. Mediante escrito separado presentado el mismo día, presentó una solicitud de tratamiento confidencial respecto de Aeroporia Aigaiou.

- 39 Mediante auto de 6 de junio de 2008, el Presidente de la Sala Sexta admitió la intervención de Aeroporia Aigaiou en apoyo de las pretensiones de la Comisión en el asunto T-423/05. Dicho auto preveía que se diera traslado, con la suficiente antelación, a la parte coadyuvante, del informe para la vista, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116, apartado 6, del Reglamento de Procedimiento, para que pudiera presentar, en su caso, sus observaciones en la vista.
- 40 En el asunto T-423/05, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 10 de mayo de 2010, en respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal, en particular, en relación con su solicitud de tratamiento confidencial, la demandante desistió de dicha solicitud, como consecuencia de haber sido sometida a un régimen de liquidación específico al término del procedimiento de privatización.
- 41 Mediante auto de 18 de mayo de 2010, el Presidente de la Sala Sexta ordenó, después de haber oído a todas las partes, la acumulación de los asuntos T-415/05, T-416/05 y T-423/05 a efectos de la fase oral y de la sentencia.
- 42 Debido a un impedimento sufrido por el Juez Sr. Tchipev, el Presidente del Tribunal General resolvió, en aplicación del artículo 32, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, que participaría en la vista y deliberación de los presentes asuntos para completar la Sala.
- 43 En el asunto T-415/05, la demandante solicita al Tribunal que:

— Anule, total o parcialmente, la Decisión impugnada;

— Condene en costas a la Comisión.

44 En el asunto T-416/05, la demandante solicita al Tribunal que:

- Anule el artículo 1, apartados 1 y 4, y el artículo 2 de la Decisión impugnada, en lo que la afectan;

- Condene en costas a la Comisión.

45 En el asunto T-423/05, la demandante solicita al Tribunal que:

- Anule la Decisión impugnada, total o parcialmente, en lo que afecta a las ayudas que le hubieran sido otorgadas;

- Condene en costas a la Comisión.

46 La Comisión, apoyada por Aeroporia Aigaiou en los asuntos T-416/05 y T-423/05, solicita al Tribunal que:

- Desestime los recursos;

- Condene en costas a las demandantes.

- 47 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Sexta) decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. En el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, se instó a las partes a responder a las preguntas escritas del Tribunal y a presentar determinados documentos. Las partes así lo hicieron.
- 48 En la vista celebrada el 14 de junio de 2010 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal.
- 49 En el asunto T-415/05, la República Helénica, que había solicitado que el asunto se atribuyera a la Gran Sala, confirmó en la vista que retiraba dicha petición.

Fundamentos de Derecho

A. Sobre la desaparición del interés en ejercitar la acción de las demandantes

1. Alegaciones de las partes

- 50 En sus observaciones escritas en respuesta a una solicitud del Tribunal, la Comisión cuestionó la existencia de un interés vigente en ejercitar la acción en los asuntos T-416/05 y T-423/05, por parte de las demandantes NOA y OA, al haber sido sometidas éstas a liquidación al término del procedimiento de privatización.

- 51 La Comisión sostuvo asimismo, en el asunto T-415/05, que la República Helénica había dejado de tener interés en ejercitar la acción, a raíz del reembolso de las ayudas a que se refiere la Decisión impugnada.
- 52 Sobre este particular, la Comisión alegó que los intereses de la República Helénica, que es accionista único y, si no el único, al menos, el principal acreedor, con mucha diferencia, de NOA y de OA, habían quedado plenamente satisfechos con la recuperación de las ayudas controvertidas. Por ello, la anulación de la Decisión impugnada no tendría utilidad. Añadió, en particular, que ningún dato permitía considerar que, tras el pago por dichas sociedades de los créditos privilegiados de la República Helénica, aún pudieran pagarse los créditos de otros posibles acreedores.
- 53 La República Helénica, en la vista, y NOA y OA, tanto en sus respuestas escritas a las preguntas formuladas por el Tribunal como en la vista, rebatieron esta argumentación de la Comisión. Así, en la vista señalaron que los créditos laborales y los créditos hipotecarios tenían un rango superior al de los créditos del Estado.
- 54 Por último, en los asuntos T-416/05 y T-423/05, la parte coadyuvante alegó, en respuesta a una pregunta escrita formulada por el Tribunal en el asunto T-416/05, y en la vista, en los dos asuntos antes citados, que seguía teniendo interés en intervenir en apoyo de las pretensiones de la Comisión, después de haber sido sometidas a liquidación las sociedades demandantes.

- 55 NOA, en su respuesta a una pregunta escrita formulada por el Tribunal y en la vista, así como OA, en la vista, cuestionaron la existencia de interés por parte de Aeroporia Aigaiou en mantener su intervención en el procedimiento.

2. *Apreciación del Tribunal*

- 56 Los requisitos de admisibilidad son causas de inadmisión por motivos de orden público que el juez de la Unión Europea puede examinar de oficio en cualquier momento (véase el auto del Tribunal de 10 de marzo de 2005, *Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia y otros/Comisión*, T-228/00, T-229/00, T-242/00, T-243/00, T-245/00 a T-248/00, T-250/00, T-252/00, T-256/00 a T-259/00, T-265/00, T-267/00, T-268/00, T-271/00, T-274/00 a T-276/00, T-281/00, T-287/00 y T-296/00, Rec. p. II-787, apartado 22, y la jurisprudencia citada). En el caso de autos, a la vista de la argumentación de las partes, procede comprobar si las demandantes pueden proseguir sus recursos, después de haber sido sometidas a liquidación NOA y OA y después de la devolución de las ayudas en cuestión.
- 57 En primer lugar, en cuanto a la inadmisibilidad invocada del recurso formulado por la República Helénica (asunto T-415/05), procede subrayar que, según reiterada jurisprudencia, el artículo 230 CE establece una clara distinción entre la legitimación de las instituciones y de los Estados miembros para interponer un recurso de anulación, por una parte, y la de las personas físicas y jurídicas, por otra, dado que el párrafo segundo de dicho artículo confiere, en particular, a todo Estado miembro el derecho a impugnar, mediante un recurso de anulación, la legalidad de las decisiones de la Comisión, sin que el ejercicio de dicho derecho esté supeditado a que se justifique un interés en ejercitar la acción. Un Estado miembro no tiene que demostrar que el acto de la Comisión que impugna produce efectos jurídicos frente a él para que su recurso sea admisible. Sin embargo, para que un acto de la Comisión pueda ser objeto de un recurso de anulación, debe estar destinado a producir efectos jurídicos (auto del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2001, *Portugal/Comisión*, C-208/99, Rec. p. I-9183, apartados 22 a 24; véase también, en este sentido, la sentencia del Tribunal

General de 21 de mayo de 2010, Francia y otros/Comisión, T-425/04, T-444/04, T-450/04 y T-456/04, Rec. p. II-2099, apartados 118 a 120).

- 58 En el caso de autos, en la Decisión impugnada, la Comisión califica las medidas controvertidas en favor de NOA y de OA de ayudas de Estado y las declara incompatibles con el mercado común.
- 59 De ello se desprende que dicha Decisión produce efectos jurídicos obligatorios y constituye, por tanto, un acto impugnabile.
- 60 En consecuencia, la República Helénica, que cuestiona, en particular, la calificación de las medidas controvertidas de ayudas de Estado, está legitimada, por el mero hecho de ser un Estado miembro, para interponer un recurso de anulación contra la Decisión impugnada y puede, en condición de tal, proseguir este recurso.
- 61 En segundo lugar, en cuanto a la supuesta falta de interés en ejercitar la acción de NOA (asunto T-416/05) y de OA (asunto T-423/05), procede recordar que, según la jurisprudencia, el interés en ejercitar la acción del demandante debe mantenerse hasta la adopción de la resolución judicial. En efecto, ya no cabe pronunciarse sobre el recurso cuando el demandante ha perdido su interés personal en la anulación del acto impugnado debido a un acontecimiento ocurrido durante la tramitación del procedimiento, como consecuencia del cual la anulación de dicho acto ya no puede, por sí misma, tener consecuencias jurídicas favorables para el demandante (sentencias del Tribunal de 9 de julio de 2008, Alitalia/Comisión, T-301/01, Rec. p. II-1753,

apartado 37, y de 19 de marzo de 2010, Gollnisch/Parlamento, T-42/06, Rec. p. II-1135, apartado 61).

62 En el caso de autos, basta con indicar que las sociedades demandantes –que en sus respuestas a las preguntas escritas planteadas por el Tribunal, aclararon que habían reembolsado íntegramente las presuntas ayudas, en cumplimiento de la Decisión impugnada– sostienen con razón que siguen teniendo un interés personal y real en proseguir sus recursos, en la medida en que, si la Decisión impugnada fuera anulada, la República Helénica estaría obligada a restituirles los importes devueltos, los cuales se incluirían en el activo de sus respectivos balances en la liquidación.

63 De ello se deduce que procede declarar admisibles los presentes recursos.

64 Por otra parte, en los asuntos T-416/05 y T-423/05, por lo que se refiere a la cuestión de si Aeroporia Aigaiou conserva todavía un interés directo y real en la solución de los litigios, en el sentido del artículo 40, apartado segundo, del Estatuto del Tribunal de Justicia de Justicia, basta recordar que, en el auto Olympiakes Aerogrammes/ Comisión, antes citado (apartado 28), y en el auto Olympiaki Aeroporia Ypiresies/ Comisión, antes citado (apartado 23), en los que se admitió la intervención de Aeroporia Aigaiou en apoyo de las pretensiones de la Comisión, se le reconoció tal interés directo y real debido a que la parte coadyuvante, por una parte, se había encontrado en una situación de competencia con OA y NOA, beneficiarias de las ayudas a que se refiere la Decisión impugnada, y a que, por otra, había participado activamente en el procedimiento de investigación formal que condujo a la adopción de la Decisión impugnada, que le es favorable. Pues bien, mientras se siga reconociendo a NOA y a OA, incluso después de su puesta en liquidación, un interés en solicitar la anulación de la Decisión impugnada, Aeroporia Aigaiou conserva, correlativamente, su interés en intervenir en apoyo de la Comisión para defender la legalidad de dicha Decisión, aunque sólo sea a efectos de formular sus pretensiones de indemnización, y los recursos que pueda formular contra la denegación de los mismos, basados en la concesión

ilegal, durante el período en el que hubo competencia al que se ha hecho mención, de ayudas que le causaron perjuicio.

- ⁶⁵ Procede, por lo tanto, reconocer que Aeroporia Aigaiou, como parte coadyuvante, sigue teniendo interés en la solución de los presentes litigios.

B. Sobre el fondo

- ⁶⁶ Las demandantes impugnan las afirmaciones de la Comisión relativas, en primer lugar, a la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA a efectos de la recuperación de las ayudas (asuntos T-415/05 y T-416/05), en segundo lugar, a la concesión de ayudas de Estado a NOA (asuntos T-415/05 y T-416/05) y, en tercer lugar, a la concesión de ayudas de Estado a OA (asuntos T-415/05, T-416/05 y T-423/05). Además, invocan, en cuarto lugar, la vulneración del derecho del Estado miembro interesado a ser oído (asuntos T-415/05 y T-423/05), en quinto lugar, la vulneración del principio de proporcionalidad (asuntos T-415/05 y T-416/05) y, en sexto lugar, la vulneración del principio *non bis in idem* (asuntos T-415/05 y T-423/05).
- ⁶⁷ Antes de abordar sucesivamente estos diferentes motivos de impugnación, procede señalar, con carácter preliminar, que, en el asunto T-416/05, la demandante, NOA, alegó la inadmisibilidad de los motivos supuestamente nuevos de la Comisión (véase el apartado 34 *supra*). La admisibilidad de estos motivos se valorará al examinarse los motivos a los que se refieren (véanse los apartados 116, 117, 129 a 131, 208 y 409 *infra*).

1. *Sobre la ponderación de la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA a efectos de la recuperación de las ayudas (asuntos T-415/05 y T-416/05)*

a) Alegaciones de las partes

- 68 Por lo que atañe a la identificación de los beneficiarios de las ayudas en cuestión a efectos de su recuperación, la República Helénica y NOA cuestionan la declaración por parte de la Comisión de la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA, en la medida en que podría interpretarse, a la luz del artículo 1, apartado 4, en relación con el artículo 2 de la Decisión impugnada, que dicha declaración impone que se reclame a NOA la restitución de ayudas otorgadas a OA después de la adopción de la Decisión de 11 de diciembre de 2002 y antes de la escisión.
- 69 En primer lugar, las demandantes consideran que, al no contener la parte dispositiva de la Decisión impugnada una orden de recuperación clara y precisa en este sentido, como prevé el artículo 88 CE y el artículo 14 del Reglamento n° 659/1999, no se desprende de dicha Decisión ninguna obligación de reclamar a NOA la restitución de tales ayudas.
- 70 La República Helénica alega que ante la imprecisión de la Comisión, tanto en la Decisión impugnada como en sus escritos procesales, y las contradicciones que éstos contienen, cabe preguntarse por las razones y el alcance de la inclusión, en la Decisión impugnada (considerandos 178 a 183), de la declaración antes citada en relación con la sucesión de NOA a OA a efectos de la recuperación de las ayudas, cuando la propia Comisión admite, en su escrito de contestación, que esta declaración se refiere exclusivamente a la Decisión de 11 de diciembre de 2002 y no tiene ninguna consecuencia

jurídica en cuanto a la Decisión impugnada e invoca su falta de interés en ejercitar la acción a este respecto.

- 71 Por ello considera que resulta indispensable clarificar, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, si la Decisión impugnada prevé que NOA pueda ser obligada a rembolsar, concretamente, las ayudas a que se refiere el artículo 1, apartado 4, de la Decisión impugnada, de modo que la cuestión de la sucesión de NOA a OA a efectos de la recuperación de las ayudas se someta en tiempo útil al control del Tribunal, en el marco del presente recurso.
- 72 En segundo lugar, la República Helénica y NOA sostienen que la afirmación de la Comisión, en la Decisión impugnada (considerando 183), según la cual NOA debe ser considerada, al menos, a efectos de la recuperación de las ayudas anteriores a la escisión del sector de las actividades de vuelo, sucesora de OA, está viciada de un error manifiesto de apreciación y de falta de motivación.
- 73 Las demandantes reconocen que, según la jurisprudencia, la Comisión puede verse obligada a exigir que la acción de recuperación no se limite al beneficiario inicial de la ayuda, sino que se amplíe a la empresa que continúe, en su caso, la actividad de la empresa inicial utilizando los medios de producción cedidos, cuando exista una continuidad económica entre las dos empresas (sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 2003, Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión, C-328/99 y C-399/00, Rec. p. I-4035, apartado 77). Sin embargo, consideran que de esta jurisprudencia se desprende, en primer lugar, que la recuperación de la ayuda frente un tercero no es más que una posibilidad y, en segundo lugar, que debe existir un elemento de continuidad económica.

- 74 En particular, la posibilidad de que una sociedad con dificultades económicas tome medidas de saneamiento de la empresa no puede descartarse *a priori* a causa de las exigencias relacionadas con la recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el mercado común (sentencia Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión, antes citada, apartado 76). Las demandantes sostienen que, contrariamente a lo alegado por la Comisión, la intención de eludir la obligación de rembolsar se tuvo en cuenta al examinar la lógica económica de la operación de cesión-transformación (sentencia Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión, antes citada, apartado 17, y sentencia del Tribunal General de 19 de octubre de 2005, CDA Datenträger Albrechts/Comisión, T-324/00, Rec. p. II-4309, apartados 102 a 104).
- 75 Sobre este particular, las demandantes recuerdan que el traspaso, por la sociedad beneficiaria de la ayuda, de una parte de los elementos de su activo a una persona jurídica tercera para garantizarle que siguiera desarrollándose al abrigo de las incertidumbres jurídicas y económicas que ponían en peligro la continuidad de la explotación de esta parte de su actividad, no prueba, en sí misma, la existencia de una voluntad de eludir los efectos de la recuperación (sentencia CDA Datenträger Albrechts/Comisión, antes citada, apartado 98).
- 76 Consideran que, en el caso de autos, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada, el criterio decisivo reside, por lo tanto, en el hecho de que la transformación venga impuesta por la lógica económica de una recuperación más eficaz y no busque eludir los efectos de la orden de recuperación.
- 77 Sostienen que la escisión de las actividades de vuelo, en el marco de un programa más amplio de reestructuración y de privatización del grupo Olympic Airways, se hizo para vender este sector de actividad con el mayor beneficio posible. En particular, el valor de la nueva compañía aérea, NOA, superaba ampliamente la mera suma de los elementos de los activos traspasados. Dicho valor se vio incrementado, en particular, por la existencia de una flota de aeronaves fiable y flexible, de un personal muy

cualificado, de un know-how y de una experiencia en el mercado nacional, de un prestigio y de una fiabilidad comerciales, de una red de colaboradores, de contratos de colaboración y de franjas horarias disponibles.

- 78 Por estos motivos, las demandantes consideran que, de acuerdo con el criterio del inversor privado, la transformación prevista por la Ley nº 3185/2003 fue impuesta por la lógica económica de una privatización del grupo Olympic Airways, para una recuperación más eficaz de las ayudas, y no se llevó a cabo con la finalidad de eludir los efectos del orden de recuperación. En efecto, después de las tentativas infructuosas de privatización de OA, la República Helénica decidió escindir las diversas actividades del grupo para privatizarlas, separadamente, con el mayor beneficio posible. Sobre este particular, NOA cuestiona concretamente la afirmación de la Comisión, en la Decisión impugnada (considerando 178), según la cual la intención de la República Helénica, cuando se produjo la transformación de este grupo, era permitir la continuidad de las actividades de vuelo.
- 79 La República Helénica y NOA alegan que, en el caso de autos, al igual que en el asunto CDA Datenträger Albrechts/Comisión, antes citado, no se ha restado nada del patrimonio de la sociedad que fue privada de una parte de su activo, en este caso OA, dado que se traspasó una parte equivalente de su pasivo. Consideran que la Comisión reconoció que se habían traspasado a NOA deudas por un importe de 145 millones de euros (considerando 117 de la Decisión impugnada).
- 80 Es más, argumentan que, contrariamente a lo que afirma la Comisión en la Decisión impugnada (considerando 179), el traspaso de elementos del activo de OA a NOA no privó a OA de sus ingresos. En efecto, OA continuó operando en los sectores de asistencia en tierra, mantenimiento y reparación, restauración, informática y suministro de carburante. Añaden que OA percibió ingresos muy considerables de NOA, basados en las condiciones de una transacción de carácter comercial.

- 81 Así las cosas, las demandantes consideran que la afirmación de la Comisión, según la cual la creación de NOA constituye una reorganización artificial dentro del mismo grupo, es errónea. En efecto, en virtud de la Ley n° 3185/2003, la República Helénica es propietaria de las acciones de NOA únicamente a efectos de su privatización. Por otra parte, sostienen que al no haber disfrutado NOA de ninguna ventaja como sociedad adquirente de una parte de los activos de OA, y al continuar funcionando OA, no hubo una continuidad económica entre las dos sociedades que justifique reclamar a NOA que devuelva la ayuda de la que OA fue beneficiaria (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Alemania/Comisión, C-277/00, Rec. p. I-3925, apartado 81).
- 82 Las demandantes añaden que, contrariamente a lo alegado por la Comisión, la República Helénica no reconoció en su escrito de 2 de junio de 2005, que NOA había sucedido a OA. Únicamente admitió que, en el caso en que no pudiera obtenerse la íntegra recuperación por parte de OA después de que se hubiera agotado el producto de la liquidación de esta sociedad, el cumplimiento de la obligación de recuperación podría exigirse a las sociedades que sucedieron a OA, de concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria en cuanto a la sucesión en la obligación de recuperar las ayudas de Estado. Pues bien, añaden que ese no fue el caso. Como la terminación del procedimiento de privatización de NOA era inminente, las autoridades griegas se refirieron expresamente, en el escrito antes citado, al requisito relativo a la venta por un precio de mercado razonable.
- 83 Según las demandantes, la Comisión, al sostener, en su escrito de contestación (apartado 76), que la transformación no era, en sí misma, objeto de la Decisión impugnada y que no necesitaba, por lo tanto, de un análisis detenido a efectos de apreciar si NOA había sucedido a OA, reconoce que no tuvo en cuenta el criterio fundamental que se refiere a la lógica económica de esta transformación.
- 84 Añaden que la motivación en la que se basa la declaración de la Decisión impugnada, según la cual NOA sucedió a OA a efectos de la recuperación de las ayudas, es, por lo

tanto, insuficiente, ya que la Comisión no examinó la lógica económica del proceso de constitución de NOA como elemento de la reestructuración-privatización de OA, con la finalidad de permitir la recuperación de las ayudas ilegalmente abonadas en el importe más elevado posible.

⁸⁵ Por último, la República Helénica y NOA cuestionan la interpretación de la sentencia de 12 de mayo de 2005, realizada por la Comisión. Señalan que el Tribunal de Justicia únicamente se pronunció sobre las consecuencias jurídicas y económicas de la Ley nº 3185/2003 en relación con la ejecución de la Decisión de 11 de diciembre de 2002. El Tribunal de Justicia no se pronunció ni sobre las intenciones que determinaron la elección de escindir el sector de las actividades de vuelo, ni sobre la compatibilidad de esta reestructuración con lo dispuesto en el artículo 87 CE, ni sobre la cuestión de si NOA podía considerarse sucesora de OA a efectos de la recuperación de las ayudas a que se refiere la Decisión de 11 de diciembre de 2002. El Tribunal de Justicia no pudo, por lo demás, examinar en ese recurso por incumplimiento, si NOA había sucedido a OA, a efectos de la recuperación de las ayudas, dado que dicho recurso se interpuso el 2 de octubre de 2003, cuando NOA todavía no había sido creada.

⁸⁶ En la sentencia de 12 de mayo de 2005, el Tribunal de Justicia únicamente declaró que el traspaso de elementos del activo de OA a NOA tenía como efecto hacer imposible, en virtud del Derecho nacional, la recuperación de las ayudas otorgadas a OA. No obstante, llegó a esta conclusión al considerar que «todos los activos» de OA fueron traspasados «libres de toda deuda» (apartado 33 de la sentencia). Ahora bien, éste no sería el caso, dado que la Comisión reconoció que OA conservó elementos del activo importantes y traspasó una cantidad considerable de deudas a NOA. Por lo tanto, la Comisión deformó el razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de mayo de 2005 y lo desnaturalizó, al sostener que el Tribunal de Justicia había declarado probado el traspaso de los activos más rentables a NOA.

- 87 Las demandantes consideran, por todos estos motivos, que las conclusiones de la Comisión en relación con la declaración de una supuesta continuidad económica entre OA y NOA son erróneas y carecen de motivación.
- 88 La Comisión expone, en primer lugar, su interpretación de la Decisión impugnada. En los escritos de contestación a la demanda en los asuntos T-415/05 y T-416/05, sugiere, en primer lugar, que a diferencia de la sentencia de 12 de mayo de 2005, la Decisión impugnada no aborda la cuestión de la exigencia de que NOA restituya las ayudas otorgadas a OA. La Comisión infiere de ello que la República Helénica y NOA no acreditan un interés vigente en impugnar los motivos de dicha Decisión que se refieren a la calificación de NOA como sucesora de OA.
- 89 Sin embargo, en sus dúplicas, la Comisión sostiene que el artículo 2 de la Decisión impugnada, interpretado en relación con la motivación de dicha Decisión, muestra claramente que las ayudas controvertidas otorgadas a OA, al menos antes de la escisión, no sólo deben recuperarse de esta sociedad, sino también de NOA. Admite, por lo tanto, el interés de la República Helénica y de NOA en cuestionar la obligación de obtener de NOA la recuperación de ayudas otorgadas a OA.
- 90 La Comisión explica este cambio de postura por el hecho de que sólo fue informada de la fecha exacta de constitución de NOA por la mención, en la réplica del asunto T-416/05, al 13 de diciembre de 2003, como fecha de constitución y de inicio de la actividad de esta sociedad.

- 91 Así, la prueba de la fecha exacta «activó la reserva» formulada en varias ocasiones por la Comisión, en cuanto a la identificación del beneficiario efectivo de las ayudas anteriores a la escisión.
- 92 Por lo que respecta a las ayudas controvertidas abonadas a OA después de la escisión, la Comisión considera que podrían y deberían recuperarse también de NOA, si se probara, durante la ejecución de la Decisión impugnada, que su beneficio fue traspasado a NOA. La Comisión alega a este respecto que OA transfirió a NOA la ventaja resultante de las ayudas que la República Helénica le concedió, subarrendando a la nueva compañía aérea las aeronaves por rentas inferiores a las que ella misma abonaba a los arrendadores principales.
- 93 La Comisión aclara que la distribución entre OA y NOA de la obligación de restitución deberá determinarse al ejecutarse la Decisión impugnada.
- 94 En segundo lugar, en los asuntos T-415/05 y T-416/05, la Comisión se opone a la tesis de las demandantes encaminada a demostrar que NOA no sucede a OA a efectos de la recuperación de las ayudas controvertidas. Alega que la obtención de la restitución de las ayudas por parte de la entidad que ejerce la actividad económica que se ha beneficiado de las mismas tiene como fin restablecer las condiciones de una sana competencia.
- 95 Aeroporia Aigaiou, que interviene en apoyo de las pretensiones de la Comisión en el asunto T-416/05, señala que la cuestión relativa a la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA fue resuelta por la sentencia de 12 de mayo de 2005.

b) Apreciación del Tribunal

- ⁹⁶ Con carácter previo, procede señalar que, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal en la vista, la Comisión no confirmó la afirmación de OA, contenida en su respuesta a una pregunta escrita planteada por el Tribunal y reiterada en la vista, según la cual esta sociedad habría reembolsado íntegramente, con arreglo al artículo 2 de la Decisión impugnada, el importe de las ayudas controvertidas que le habían sido abonadas, con sus correspondientes intereses. En efecto, la Comisión formuló sus reservas en cuanto a la devolución íntegra de dichas ayudas, indicando al mismo tiempo que, habida cuenta de la puesta en liquidación de OA y de NOA, no exigiría a la República Helénica que obtuviera de NOA la restitución de las ayudas controvertidas otorgadas a OA.
- ⁹⁷ Por su parte, la República Helénica y NOA declararon en la vista que mantenían sus motivos de impugnación en relación con la calificación de NOA como sucesora de OA, a efectos de la recuperación de las ayudas abonadas a OA.
- ⁹⁸ En este contexto, tras haber determinado, en primer lugar, las medidas en favor de OA que podían ser objeto de una obligación de obtener de NOA la restitución, procede, en segundo lugar, definir el alcance jurídico de la Decisión impugnada, en cuanto a la declaración relativa a la sucesión de NOA a OA a efectos de la recuperación de la ayuda, antes de proceder a apreciar, en tercer lugar, la procedencia de extender la obligación de recuperación a NOA.

Sobre la determinación de las medidas en favor de OA que podían ser objeto de una obligación de reclamar a NOA la restitución de las ayudas.

- ⁹⁹ Con carácter previo, como señaló el Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de mayo de 2005 (apartado 32), ha de distinguirse el examen de las propias medidas de reestructuración, a la luz de los requisitos de aplicación del artículo 87 CE, de la cuestión, completamente independiente, de si NOA puede considerarse sucesora de OA, en cuanto a las actividades de vuelo, a efectos de la recuperación de las ayudas que fueron otorgadas a OA antes de la escisión. En el recurso por incumplimiento en el que se dictó la citada sentencia, se trataba solamente de apreciar las consecuencias jurídicas y económicas de dichas medidas de reestructuración en la ejecución de la Decisión de 11 de diciembre de 2002.
- ¹⁰⁰ Tanto del requerimiento de información, como de la Decisión de 16 de marzo de 2004 de incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, se infiere que la investigación de la Comisión se refería, en el presente caso, al conjunto de medidas vinculadas a la reestructuración y a la privatización del grupo Olympic Airways que podían contener elementos de ayuda de Estado (véanse los apartados 12 y 16 a 18 *supra*).
- ¹⁰¹ Sin embargo, en la Decisión impugnada, no se examinan las medidas de reestructuración, en cuanto tales, desde el punto de vista de su calificación a la luz de los requisitos de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1. La Comisión valora su naturaleza, y, en particular, la vinculación entre OA y NOA, sólo con el fin de poner de manifiesto la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA, a efectos de la recuperación de las ayudas controvertidas, por una parte, y de calificar las medidas examinadas en su contexto, por otra (véanse en particular, los apartados 164 a 178 *infra*).

- 102 Más concretamente, en relación con la recuperación de las ayudas, correspondía únicamente a la Comisión examinar, en la Decisión impugnada, la cuestión de la sucesión de OA a NOA, a efectos de la recuperación de las ayudas nuevas a OA, a que se refiere esta Decisión. En efecto, la cuestión de la determinación de los beneficiarios efectivos de las ayudas a que se refiere la Decisión de 11 de diciembre de 2002, a efectos de la ejecución de la orden de recuperación contenida en dicha Decisión, quedó zanjada en la sentencia de 12 de mayo de 2005 (véanse los apartados 7, 8 y 99 *supra*).
- 103 Además, procede señalar que la cuestión de la sucesión de NOA a OA, a efectos de la recuperación de las ayudas, sólo puede suscitarse, en este caso, en cuanto a las ayudas otorgadas a OA antes de la escisión de las actividades de vuelo y de la creación de NOA.
- 104 En efecto, de existir una continuidad económica entre estas dos sociedades, NOA puede ser considerada como beneficiaria efectiva de las ayudas que favorecieron al sector de las actividades de vuelo, que habían sido concedidas a la antigua compañía aérea OA antes de que NOA asumiera dichas actividades.
- 105 En cambio, contrariamente a lo alegado por la Comisión en sus dúplicas (véase el apartado 92 *supra*), no puede exigirse de NOA la restitución de las ayudas controvertidas otorgadas a OA después de la escisión por el único motivo de que dicha sociedad haya obtenido de las mismas una ventaja indirecta. En efecto, aun suponiendo que, como sostiene la Comisión, las ayudas de Estado concedidas a OA después de la escisión hayan permitido a esta sociedad conceder, a su vez, a la nueva empresa NOA ventajas que la misma no habría obtenido en condiciones normales de mercado, lo cual no ha quedado acreditado, esta circunstancia no permitiría por sí sola considerar que NOA es la beneficiaria efectiva de las ayudas otorgadas a OA.

- 106 En efecto, al faltar, tras la escisión, una unidad económica entre las dos sociedades, OA y NOA, cuya autonomía jurídica y financiera la Comisión no pone en duda en la Decisión impugnada, correspondía, en cualquier caso a la Comisión identificar claramente la ventaja supuestamente concedida a NOA por OA y apreciarla separadamente, a la luz de los requisitos de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros, C-222/04, Rec. p. I-289, apartados 112 a 114, y del Tribunal General de 25 de junio de 1998, British Airways y otros/Comisión, T-371/94 y T-394/94, Rec. p. II-2405, apartados 313 y 314). Por cierto, esto fue lo que la Comisión realizó en la Decisión impugnada, en cuanto a la ayuda otorgada a NOA en forma de rentas poco elevadas por el subarriendo de aeronaves (véanse los apartados 154 a 253 *infra*).
- 107 De ello se deduce que, en el caso de autos, como sugieren las demandantes, la cuestión de la sucesión de NOA a OA, a efectos de la recuperación de las ayudas controvertidas, sólo se suscita en cuanto a la ayuda supuestamente concedida a OA en forma de tolerancia con respecto al impago por esta sociedad de los impuestos y de las cotizaciones a la seguridad social, a que se refiere el artículo 1, apartado 4, de la Decisión impugnada, en tanto en cuanto dicha ayuda es anterior a la escisión. En efecto, todas las demás ayudas en favor de OA, a que se refiere el artículo 1, apartados 2 y 3, de esta Decisión, fueron otorgadas después de la escisión.
- 108 Sobre este particular, procede señalar desde ahora que los motivos invocados por las demandantes, en los asuntos T-415/05 y T-423/05, con vistas a obtener la anulación del artículo 1, apartado 4, de la Decisión impugnada, deben desestimarse, como hará el Tribunal (véanse los apartados 378 a 394 *infra*).
- 109 En estas condiciones, procede determinar el alcance jurídico de la Decisión impugnada, en cuanto a la declaración relativa a la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA, a efectos de la recuperación de la ayuda contemplada en el artículo 1, apartado 4, de la citada Decisión siempre que esta ayuda hubiera sido otorgada antes del 11 de diciembre de 2003.

Sobre el alcance jurídico de la Decisión impugnada, en cuanto a la declaración relativa a la sucesión de NOA a OA a efectos de la recuperación de la ayuda controvertida

- 110 Con carácter preliminar, ha de señalarse que, dado que la Decisión impugnada fue adoptada el 14 de septiembre de 2005, la Comisión disponía, en el momento en que fue adoptada, de todos los elementos necesarios a efectos de la identificación, en la propia Decisión, de los beneficiarios a los que debía reclamarse la restitución de las ayudas de que se trata. Desde este punto de vista, las circunstancias que concurren en el caso de autos se distinguen de las que fueron examinadas por la Comisión en la Decisión de 11 de diciembre de 2002, anterior a la reestructuración del grupo Olympic Airways y a la creación de NOA, en el mes de diciembre de 2003.
- 111 No obstante, en la parte dispositiva de la Decisión impugnada, la Comisión no identifica explícitamente a NOA como beneficiaria efectiva de una parte de la ayuda concedida a OA, a que se refiere el artículo 1, apartado 4, de esta Decisión.
- 112 La Comisión se limita, en efecto, a establecer, en el artículo 2 de la Decisión impugnada, que la República Helénica reclamará a los «beneficiarios» la restitución de la ayuda contemplada en el artículo 1 de dicha Decisión. Por lo que respecta al artículo 1, apartado 4, de la Decisión impugnada, se refiere expresamente a la ayuda ilegal otorgada a OA en forma de tolerancia de la República Helénica respecto a las deudas fiscales y de seguridad social de esta sociedad frente al Estado y no se refiere a NOA, como beneficiaria efectiva de una parte de esta ayuda.
- 113 En la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/Grecia, antes citada, en la que se declara que la República Helénica había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Decisión impugnada, el Tribunal de Justicia no consideró necesario examinar, en particular, si, en dicha Decisión se había considerado a NOA sucesora de OA a efectos de la recuperación de la ayuda controvertida contemplada en el artículo 1, apartado 4. En efecto, en cuanto a esta ayuda, el Tribunal de Justicia

únicamente comprobó si la Decisión impugnada contenía indicaciones que permitieran a las autoridades nacionales implicadas determinar por sí mismas, sin excesiva dificultad, los importes que debían recuperarse (apartados 42 a 44 de la sentencia).

- 114 En este contexto, corresponde al Tribunal, como alegan las demandantes, interpretar el contenido de la Decisión impugnada en cuanto a una posible obligación de obtener de NOA la restitución de la ayuda contemplada en el artículo 1, apartado 4, de la Decisión impugnada.
- 115 Previamente, procede señalar que la Comisión justificó, en sus dúplicas en los asuntos T-415/05 y T-416/05, las contradicciones en su postura en cuanto a la interpretación de la Decisión impugnada, por su incertidumbre respecto a la fecha exacta de constitución de NOA (véase el apartado 90 *supra*).
- 116 En el asunto T-416/05, NOA invocó el carácter nuevo y por lo tanto inadmisibles de la argumentación relativa a la incertidumbre alegada por la Comisión en cuanto a la fecha exacta de constitución de NOA (véase el apartado 34 *supra*).
- 117 Sobre este particular, basta señalar que esta alegación de la Comisión carece, en todo caso, de pertinencia. En efecto, cualesquiera que sean las interpretaciones sucesivamente propuestas, en este caso, por la institución demandada, corresponde en definitiva al Tribunal interpretar la Decisión impugnada. En consecuencia, las posturas contradictorias adoptadas por la Comisión en relación con la interpretación de la Decisión impugnada y la invocación de la incertidumbre sobre la fecha exacta de constitución de NOA, para explicar la evolución de la postura de la Comisión, carecen de pertinencia y no deben perjudicar el derecho de defensa de las demandantes (sentencia del Tribunal de 7 de octubre de 1999, Irish Sugar/Comisión, T-228/97, Rec.

p. II-2969, apartado 30). Además, procede señalar que la Decisión de 16 de marzo de 2004 de incoar el procedimiento de investigación formal (apartado 110) y la Decisión impugnada (apartado 6) indican expresamente que NOA fue creada el 12 de diciembre de 2003. Las demandantes confirmaron en la vista que NOA dio comienzo a sus actividades en dicha fecha. En este contexto, aunque la Comisión no hubiese sido informada a lo largo del procedimiento administrativo de que la fecha exacta de constitución de NOA es el 11 de diciembre de 2003, esta circunstancia no podía incidir en el contenido de la Decisión impugnada –ni, por lo tanto, en su interpretación– en cuanto a una posible designación de NOA como sucesora de OA a efectos de la recuperación de la ayuda controvertida.

- 118 A efectos de la interpretación del artículo 2 de la Decisión impugnada, procede recordar que, según la jurisprudencia, la parte dispositiva de una decisión en el ámbito de las ayudas de Estado no puede disociarse de su motivación, por lo que, en caso necesario, debe interpretarse teniendo en cuenta los motivos que han llevado a su adopción (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1997, TWD/Comisión, C-355/95 P, Rec. p. I-2549, apartado 21, y sentencia de 12 de mayo de 2005, apartado 41, y la jurisprudencia citada).
- 119 Por lo tanto, en el caso de autos procede comprobar si el artículo 2 de la Decisión impugnada puede ser interpretado, a la luz de los motivos de esta Decisión, en el sentido de que contempla, entre los «beneficiarios de la ayuda contemplada en el artículo 1», a NOA como beneficiaria efectiva de la ayuda controvertida otorgada a OA, contemplada en el artículo 1, apartado 4, de la Decisión mencionada.
- 120 Al examinar, en el marco de la «apreciación de la ayuda» (apartado 6 de la Decisión impugnada), la naturaleza de la reestructuración del grupo Olympic Airways (considerandos 178 a 183 de la Decisión impugnada), la Comisión analizó de forma más detallada los aspectos de la reestructuración, que ya habían sido tenidos en cuenta por

el Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de mayo de 2005. La Comisión se basó en dicha sentencia, para llegar, en el considerando 183 de la Decisión impugnada, a la siguiente conclusión:

«Por lo tanto, es manifiesto que, aunque la reestructuración de OA en 2003 –de la que nace NOA– dio lugar a la creación de una entidad jurídica distinta, se llevó a cabo para evitar la recuperación de las ayudas en virtud de la Decisión [de 11 de diciembre de] 2002, y que NOA es sucesora de OA, al menos a efectos de la recuperación de las ayudas de Estado anteriores a la escisión.»

¹²¹ De este modo, para demostrar que NOA sucedió a OA a efectos de la recuperación de la ayuda controvertida abonada a OA, la Comisión se limitó a desarrollar los datos en los que el Tribunal de Justicia se había basado, en la sentencia de 12 de mayo de 2005, para concluir que existía una continuidad económica entre OA y NOA, a efectos de la recuperación de las ayudas contempladas por la Decisión de 11 de diciembre de 2002. Sobre la base de estos datos, la Comisión concluyó explícitamente, en el considerando 183 de la Decisión impugnada, que la obligación de restitución, en particular, de la ayuda controvertida concedida a OA antes de la escisión, se extendía a NOA.

¹²² Por otra parte, al apreciar la compatibilidad de las ayudas otorgadas a NOA, la Comisión recordó, en la Decisión impugnada (considerandos 216 y 217), que, en la medida en que NOA era sucesora de OA a efectos de la recuperación de las ayudas, la ayuda nueva otorgada a NOA no podía declararse compatible con el mercado común, en tanto no se hubieran recuperado las ayudas anteriores a la escisión.

- 123 De este examen de la Decisión impugnada se desprende, que aunque es de lamentar que la Comisión no designara por su nombre, en la parte dispositiva de esta Decisión, a los beneficiarios a los que se debía solicitar la restitución de la ayuda contemplada en el artículo 1, apartado 4, y anterior a la escisión, la motivación de la Decisión permite identificar fácilmente a NOA como sucesora de OA a efectos de la recuperación de esta ayuda.
- 124 En este contexto, del artículo 2 de la Decisión impugnada, en relación con los motivos antes citados de dicha decisión, y, en particular, a la luz de la sentencia de 12 de mayo de 2005, se desprende claramente que la Comisión impuso a la República Helénica la obligación de solicitar la restitución de la ayuda otorgada a OA, antes de la escisión, no sólo a dicha sociedad, sino también, en su caso, a NOA.
- 125 El artículo 2 de la Decisión impugnada, que prevé la recuperación de la ayuda contemplada en el artículo 1 de esta Decisión, debe, por lo tanto interpretarse en el sentido de que contiene una orden de solicitar a OA o a NOA la restitución de la ayuda anterior a la escisión, y que la distribución de la obligación de restitución entre estas dos sociedades debe determinarse al ejecutarse la Decisión.
- 126 En efecto, en cuanto a la distribución de la obligación de restitución entre los beneficiarios de una ayuda, procede recordar que, en una Decisión en la que se declara la incompatibilidad de una ayuda y se impone su recuperación, la Comisión no está obligada a precisar en qué medida cada empresa beneficiaria se ha beneficiado del importe de la ayuda de que se trata. Corresponde al Estado miembro afectado determinar el importe que cada una de esas empresas ha de rembolsar al restituirse la ayuda. En caso de que existan dificultades imprevistas, este Estado puede someter sus problemas a la apreciación de la Comisión, debiendo ésta y el Estado colaborar de buena fe, con arreglo al deber de cooperación leal consagrado, en particular, en el artículo 10 CE, con el fin de superar estas dificultades (véase, en este sentido, la

sentencia del Tribunal de 11 de mayo de 2005, Saxonia Edelmetalle y ZEMAG/Comisión, T-111/01 y T-133/01, Rec. p. II-1579, apartado 124).

127 Esta solución viene confirmada por la sentencia de 12 de mayo de 2005, en la que el Tribunal de Justicia, al tiempo que pone el acento en el criterio puramente económico del restablecimiento de una competencia no falseada en el sector afectado, admite implícitamente la posibilidad de una obligación de reembolso meramente subsidiaria de NOA. En efecto, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia se limitó a declarar el incumplimiento, dejando a las autoridades nacionales competentes y a la Comisión la tarea de determinar, en el marco de su recíproco deber de cooperación leal, la distribución de la obligación de reembolso entre OA y NOA, en cuanto a las ayudas contempladas por la Decisión de 11 de diciembre de 2002.

128 En el caso de autos, vista la interpretación de la Decisión impugnada que se ha expuesto en los apartados 123 a 125 *supra*, procede examinar la motivación y la procedencia de la declaración de una continuidad económica entre OA y NOA a efectos de la recuperación de la ayuda contemplada en el artículo 1, apartado 4, de la Decisión impugnada, anterior a la escisión.

Sobre la apreciación de la motivación y de la procedencia de la declaración, en la Decisión impugnada, de la sucesión de NOA a OA a efectos de la recuperación de la ayuda controvertida

129 Antes de analizar la procedencia de los motivos basados en la insuficiencia de motivación y en error manifiesto de apreciación, expuestos por las demandantes en los asuntos T-415/05 y T-416/05, procede desestimar la alegación de NOA en relación

con la inadmisibilidad de los motivos supuestamente nuevos de la Comisión cuando invoca, por una parte, la supuesta voluntad de la República Helénica de eludir la obligación de recuperación, y por otra, la ilegalidad de la existencia de NOA (véase el apartado 34 *supra*).

¹³⁰ En efecto, del escrito de dúplica se desprende con claridad que la Comisión no invoca ningún motivo nuevo en relación con una supuesta voluntad de la República Helénica de eludir la obligación de recuperación por medio de la reestructuración del grupo Olympic Airways y de la creación de NOA. Al contrario, desarrolla el argumento, ya invocado en la Decisión impugnada y en el escrito de contestación, según el cual la falta de intención de la República Helénica de eludir esta obligación, alegada por la demandante, carece de pertinencia, desde el momento que la reestructuración obstaculiza la recuperación de las ayudas.

¹³¹ El argumento de la Comisión, según el cual la sentencia de 12 de mayo de 2005 afecta a la existencia misma de NOA, al declararla ilegal, se suscita en la controversia entre las partes sobre el alcance jurídico de dicha sentencia en cuanto a la identificación de la beneficiaria efectiva de la ayuda controvertida.

¹³² En cuanto al fondo del asunto, y con carácter preliminar, en la medida en que, al examinar el vínculo existente entre OA y NOA, la Comisión se basa, en particular, en los elementos que el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta en la sentencia de 12 de mayo de 2005 para declarar que «NOA es sucesora de OA, al menos, a efectos de la recuperación de las ayudas de Estado anteriores a la escisión» (considerando 183 de la Decisión impugnada), procede precisar el alcance jurídico de dicha sentencia en el caso de autos.

- 133 Contrariamente a lo alegado por la Comisión ante el Tribunal General, dicha sentencia únicamente puede tener autoridad de cosa juzgada en cuanto a la recuperación de las ayudas a que se refiere la Decisión de 11 de diciembre de 2002, en la medida en que el incumplimiento declarado en la misma se refería precisamente a la falta de ejecución de esta Decisión.
- 134 En particular, en cuanto a la declaración relativa a la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA, a efectos de la recuperación de la ayuda controvertida anterior a la escisión, procede señalar que, aunque, en lo esencial, las circunstancias pertinentes susceptibles de ser tenidas en consideración son las mismas, tanto si se trata de la recuperación de las ayudas impuesta por la Decisión de 11 de diciembre de 2002 como de la recuperación de las ayudas en favor de OA anteriores a la escisión, impuesta en la Decisión impugnada, todos los elementos no son, sin embargo, idénticos. La diferencia radica en que la transmisión de los activos de OA a NOA, en el sector de las actividades de vuelo, según fórmulas que hacían imposible la reclamación a NOA de la restitución de la ayuda otorgada a OA, se produjo después de la adopción de la Decisión de 11 de diciembre de 2002, pero antes de la incoación del procedimiento de investigación formal que condujo a la adopción de la Decisión impugnada, el 14 de septiembre de 2005.
- 135 Ahora bien, el momento de la cesión de los activos a la nueva empresa figura entre los criterios que pueden ser tenidos en cuenta, en diversos grados, dependiendo del caso. En efecto, de la jurisprudencia se desprende que, para apreciar si la obligación de recuperación de la ayuda abonada a una sociedad en dificultades puede extenderse a una nueva empresa a la cual esta antigua sociedad traspasó determinados activos, cuando dicho traspaso permite establecer una continuidad económica entre las dos sociedades, pueden valorarse los siguientes elementos: el objeto de la cesión (activos y pasivos, continuidad de la mano de obra, activos bundled), el precio de la cesión, la identidad de los accionistas o los propietarios de la nueva empresa titular y de la originaria, el momento en que se realizó la cesión (después de que se iniciasen las investigaciones, de la incoación del procedimiento o de la decisión final) o, por último, la lógica económica de la operación (sentencia Italia y SIM2 Multimedia/Comisión, antes citada, apartados 78, 80 y 85).

- 136 En el caso de autos, procede por tanto verificar si, habida cuenta del contexto fáctico del presente litigio, la Comisión pudo, sin exceder los límites de su facultad de apreciación, recoger, en la Decisión impugnada, el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de mayo de 2005 para concluir que existió una continuidad económica entre OA y NOA a efectos de la recuperación de la ayuda controvertida.
- 137 Por lo que atañe concretamente al criterio del momento de la cesión de los activos, cuyo contenido y alcance se desarrollan posteriormente (véase el apartado 146 *infra*), basta por ahora recordar que, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 12 de mayo de 2005, el traspaso de activos de la compañía OA, en dificultades, a la nueva empresa NOA, haciendo imposible obtener de la antigua compañía la recuperación de las ayudas contempladas en la Decisión de 11 de diciembre de 2002, había tenido lugar después de la adopción de esta Decisión (véase el apartado 134 *supra*). En los asuntos que dieron lugar a las sentencias Italia y SIM2 Multimedia/Comisión, antes citada (apartado 77), y Alemania/Comisión, antes citada (apartado 71), en el que se fundamenta de modo implícito el análisis desarrollado en la sentencia de 12 de mayo de 2005 (véanse los apartados 143 y 144 *infra*), las operaciones de «elusión» alegadas por la Comisión se realizaron, bien durante el procedimiento formal de investigación, bien en un momento en el que las autoridades nacionales competentes estaban informadas de la intención de la Comisión de incoar el procedimiento de investigación.
- 138 En el caso de autos, procede señalar que el 8 de septiembre de 2003 se dirigió a la República Helénica un requerimiento instándola a proporcionar información en cuanto al conjunto de medidas vinculadas a la reestructuración y a la privatización de OA, que podían conllevar elementos de ayuda. Por lo tanto ni la República Helénica ni OA podían ignorar, cuando se creó NOA, que las medidas en favor de OA anteriores a la escisión podían ser objeto de investigación por parte de la Comisión y que existía una continuidad entre las mismas y determinadas ayudas anteriores, contempladas en la Decisión de 11 de diciembre de 2002, concedidas a OA en forma de tolerancia de la República Helénica con respecto al impago de impuestos y de cotizaciones a la seguridad social.

- 139 Así las cosas, habida cuenta de la similitud del contexto fáctico, el análisis realizado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de mayo de 2005 según el cual, para restablecer una situación de competencia no falseada en el sector económico en cuestión, la obligación de recuperación de las ayudas abonadas a OA podía extenderse a NOA, a la que se habían cedido las actividades de producción más rentables de OA, también sirve, por las mismas razones, respecto a las ayudas anteriores a la escisión de que se trata en el caso de autos.
- 140 A este respecto, no puede compartirse la interpretación de la sentencia de 12 de mayo de 2005 propuesta por las demandantes, que sostienen que el Tribunal de Justicia no consideró a NOA sucesora de OA a efectos de la recuperación de la ayuda.
- 141 En efecto, en la sentencia de 12 de mayo de 2005 (apartados 33 y 34), el Tribunal de Justicia acogió el argumento de la Comisión según el cual la operación consistente en traspasar a la sociedad NOA los activos del sector de las actividades de vuelo de la compañía OA, libres de toda deuda, estructurada de tal forma que resultara imposible, en virtud del Derecho nacional, obtener de la nueva empresa NOA la recuperación de las deudas de la antigua compañía OA, «generó un obstáculo a la ejecución efectiva de la Decisión [de 11 de diciembre de 2002] y a la recuperación de las ayudas con las que [la República Helénica] había sostenido las actividades comerciales de dicha empresa» y «por lo tanto, el objetivo de la citada Decisión, [consistente] en restablecer una situación de competencia no falseada en el sector de la aviación civil, [había] quedado gravemente comprometido».
- 142 Al subrayar la necesidad de restablecer la situación de competencia en el sector de la aviación civil, el Tribunal de Justicia designó de este modo a NOA, implícitamente, como beneficiaria efectiva de las ayudas otorgadas a OA, a que se refiere la Decisión de 11 de diciembre de 2002, en la medida en que dichas ayudas a la antigua compañía aérea OA habían favorecido al sector de las actividades de vuelo transferido a NOA.

- 143 En efecto, a la luz de las conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto en el que recayó la sentencia de 12 de mayo de 2005 (Rec. p. I-3878, puntos 28 a 36), debe interpretarse que la sentencia de 12 de mayo de 2005 declara la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA, en cuanto al sector de las actividades de vuelo, a efectos de la recuperación de las ayudas impuesta por la Decisión de 11 de diciembre de 2002. En consecuencia, la nueva compañía aérea NOA podía en principio, en su condición de empresa que disfrutó efectivamente de dichas ayudas, ser objeto de un procedimiento nacional de recuperación de las ayudas a que se refiere la Decisión antes citada, para restablecer una competencia no falseada en el sector económico afectado.
- 144 Para fundamentar su análisis, el Abogado General Geelhoed se basó concretamente en la sentencia Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia consideró que el hecho de permitir a una empresa en dificultades crear, durante el procedimiento de investigación formal sobre las ayudas que ha recibido, una filial para transferirle a continuación sus actividades de explotación más rentables, equivaldría a reconocer la posibilidad de que cualquier sociedad sustrajese dichos activos del patrimonio de la empresa matriz en el momento de la recuperación de las ayudas, lo que amenazaría con privar de efectos, en todo o en parte, a la recuperación de la ayuda. Para evitar que la decisión pierda su efecto útil y que continúe el falseamiento del mercado, la Comisión puede verse obligada a exigir que la acción de recuperación no se limite a la empresa originaria sino que se amplíe a aquella que continúe su actividad utilizando los medios de producción cedidos, cuando determinados elementos de la cesión permitan constatar que existe una continuidad económica entre las dos empresas (punto 33 de las conclusiones).
- 145 En el caso de autos, la argumentación de la República Helénica y de NOA, dirigida esencialmente a negar que los principales activos de OA, relacionados con el sector de las actividades de vuelo, se hubieran transferido a NOA, liberados del pasivo en su mayor parte, y según fórmulas que hacían imposible la restitución de las ayudas por parte de esta sociedad, pretende en realidad cuestionar el análisis en el que el Tribunal de Justicia basó su sentencia de 12 de mayo de 2005. En efecto, contrariamente a lo alegado por las demandantes, los principales elementos de hecho y de Derecho pertinentes tenidos en cuenta en la sentencia mencionada no han cambiado en el presente asunto. En particular, si bien es cierto que, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia señaló que los activos del sector de las actividades de vuelo fueron transferidos a

NOA «libres de toda deuda», esta consideración, basada en la información aportada por las partes, se explica por el hecho de que el Tribunal de Justicia, en el recurso por incumplimiento del que conocía, no tenía que examinar en detalle todos los aspectos de la reestructuración del grupo Olympic Airways, en particular, lo relativo a la transmisión de una parte muy reducida de las deudas a NOA y a la conservación por parte de OA de la totalidad de las deudas a largo plazo y del 90 % de las deudas a corto plazo. En este contexto, la circunstancia, invocada en el caso de autos por las demandantes, según la cual OA conservó las actividades de asistencia en tierra, mantenimiento y formación y el 10 % de sus deudas a corto plazo, es decir, de plazo inferior a un mes, fueron asumidas por NOA, como resulta del informe Moore Stephens, no puede modificar el análisis realizado en la sentencia de 12 de mayo de 2005.

¹⁴⁶ Además, procede señalar que, contrariamente a lo alegado por las demandantes, los criterios jurisprudenciales de identificación del beneficiario efectivo de una ayuda presentan un carácter objetivo. En efecto, de la jurisprudencia se desprende que puede considerarse probada la existencia de una continuidad económica, a efectos de la recuperación de la ayuda, sobre la base de distintos elementos objetivos, como la falta de pago, como contrapartida de los activos traspasados, de un precio acorde con las condiciones del mercado, o la circunstancia objetiva de que el traspaso tenga como efecto eludir la obligación de restituir la ayuda controvertida (véase, en este sentido, la sentencia Alemania/Comisión, antes citada, apartado 86; sentencias de 12 de mayo de 2005, apartados 32 a 34, e Italia y SIM2 Multimedia/Comisión antes citada, apartado 78). Sobre este particular, contrariamente a lo alegado por las demandantes, de la sentencia CDA Datenträger Albrechts/Comisión, antes citada, no se deduce la necesidad de un elemento intencional para considerar que la obligación de restitución haya sido soslayada mediante la transmisión de activos. De igual modo, procede señalar que el criterio relativo al momento de transmisión de los activos (véanse los apartados 135 a 138 *supra*) presenta asimismo un carácter objetivo y no implica la existencia de una voluntad de elusión. Ha de entenderse en el sentido de que el momento en que se produce la cesión puede ser indicio del efecto de una elusión.

- 147 En este contexto, no puede prosperar la argumentación de las demandantes, según la cual la reestructuración del grupo Olympic Airways y la cesión de las actividades de vuelo a NOA respondían a la lógica económica de una recuperación más eficaz de la ayuda otorgada a OA gracias a la privatización de NOA.
- 148 A este respecto, procede señalar que la finalidad de la obligación de restituir la ayuda es restablecer la situación de la competencia en el sector económico afectado, y no permitir a la autoridad pública recuperar sus créditos (véase, en este sentido, la sentencia Alemania/Comisión, antes citada, apartado 76). Por lo tanto, la lógica económica de la operación de transmisión del activo debe examinarse bajo el prisma del restablecimiento de la situación de competencia en el sector afectado.
- 149 De ello se infiere que carece, en cualquier caso, de pertinencia el elemento subjetivo invocado por las demandantes, consistente en que la reestructuración del grupo Olympic Airways y la creación de NOA se llevaron a cabo, para permitir la privatización, en particular de NOA, en las mejores condiciones y con el máximo beneficio, con el fin de garantizar la recuperación de las ayudas gracias, en particular, al producto de la privatización.
- 150 Por último, procede señalar que el presente litigio tiene lugar en unas circunstancias particulares, caracterizadas por el hecho de que la reestructuración de OA y la creación de NOA no fueron más que operaciones provisionales, encaminadas a facilitar la privatización. La cesión a NOA del sector de las actividades de vuelo del grupo Olympic Airways se realizó por Ley, con carácter de excepción al Derecho común, y la totalidad del capital de esta nueva empresa se devolvió inmediatamente a la República Helénica. En estas condiciones, faltando el pago de una contrapartida por parte del nuevo comprador, en tanto no concluyera la privatización de la compañía aérea, no procedía verificar si el importe de las ayudas otorgadas a OA antes de la escisión

podía considerarse incluido en un precio de compra ajustado a las condiciones de mercado (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, *Banks*, C-390/98, Rec. p. I-6117, apartado 77, y de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Francia*, C-214/07, Rec. p. I-8357, apartados 57 y 58).

- 151 Por todas estas razones, en su conjunto, la declaración por la Comisión de la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA, a efectos de la recuperación de la ayuda controvertida otorgada a OA antes de la escisión, no puede considerarse viciada de un error manifiesto de apreciación.
- 152 Por otra parte, la Decisión impugnada está suficientemente motivada. En efecto, la Comisión expuso con claridad, al examinar la relación entre OA y NOA, en los considerandos 178 a 183 de la citada Decisión, las razones por las cuales consideraba que había, en particular, a la luz de la sentencia de 12 de mayo de 2005, una continuidad económica entre OA y NOA, a efectos de la recuperación de las ayudas controvertidas anteriores a la escisión. Sobre este particular, procede recordar que, contrariamente a lo alegado por las demandantes, la valoración de la lógica económica de la creación de NOA, realizada en este caso por la Comisión para determinar los beneficiarios efectivos de la ayuda anterior a la escisión, debe distinguirse del examen de la compatibilidad con el mercado común de la reestructuración, en sí misma (véase el apartado 99 *supra*). Por lo tanto, la falta de dicho examen por parte de la Comisión no demuestra que la motivación de la Decisión impugnada sea insuficiente.
- 153 De ello se deduce que los motivos relativos al error manifiesto de apreciación y a la motivación insuficiente deben desestimarse por infundados.

2. *Sobre la ayuda otorgada a NOA (artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada) (asuntos T-415/05 y T-416/05)*

- 154 La República Helénica y NOA solicitan la anulación de la Decisión impugnada en la medida en que la Comisión declara, en su artículo 1, apartado 1, que se concedió a NOA una ayuda ilegal en forma de rentas, por el subarriendo de aeronaves, cuyos importes eran inferiores a los pagados por OA y la República Helénica con arreglo a los contratos de arrendamientos principales. Las demandantes se basan, a este respecto, en dos motivos que se refieren, respectivamente, a la infracción del artículo 87 CE, apartado 1, y a la insuficiencia o falta de motivación del examen de los requisitos de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, por una parte, en cuanto a la concesión de una ventaja a la luz del criterio del inversor privado y, por otra parte, en cuanto a la imputabilidad a la República Helénica del comportamiento controvertido de OA.
- 155 Con carácter previo, las demandantes impugnan que la Comisión haya tomado en consideración una supuesta continuidad económica entre OA y NOA a efectos de la calificación de las medidas controvertidas.

a) Sobre la ponderación de la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA a efectos de la calificación de las medidas controvertidas

Alegaciones de las partes

- 156 La República Helénica y NOA sostienen con carácter preliminar que, en la Decisión impugnada, la Comisión examinó por separado las medidas en favor de OA y de

NOA. Al basarse, en los escritos de contestación a la demanda, en una supuesta continuidad económica entre OA y NOA, continuidad que, según la Comisión, supone que las medidas tomadas respecto a NOA no pueden valorarse de forma autónoma a efectos de su calificación como ayudas de Estado, la Comisión intenta, según las demandantes, sustituir con una motivación nueva la motivación insuficiente y errónea de la Decisión impugnada. Esta nueva motivación sería, por tanto, inadmisibles.

- ¹⁵⁷ Además, las contradicciones entre la Decisión impugnada y la argumentación de la Comisión ante el Tribunal General impiden, según las demandantes, entender la motivación de esta Decisión, lesionando, de este modo, los derechos de defensa de las demandantes, que se ven obligadas a refutar líneas argumentales ambiguas y contradictorias.
- ¹⁵⁸ En cualquier caso, la nueva argumentación de la Comisión no está respaldada por ningún elemento de prueba que permita declarar la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA.
- ¹⁵⁹ En este contexto, la República Helénica y NOA estiman que las medidas controvertidas han de examinarse por separado, en función de sus respectivos destinatarios, y no sobre la base de una supuesta continuidad económica entre OA y NOA.
- ¹⁶⁰ La Comisión, apoyada en el asunto T-416/05 por Aeroporia Aigaiou, que comparte su argumentación, precisa que, en la Decisión impugnada, examinó individualmente las medidas de que se trata, situándolas en el contexto general de la reestructuración de OA en el que se insertan.

- 161 Alega que el Tribunal de Justicia declaró la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA en la sentencia de 12 de mayo de 2005 y que la escisión del sector de las actividades de vuelo liberó a dicho sector de las elevadas rentas que lo gravaban. Las actividades de vuelo de NOA fueron subvencionadas de esta forma por OA, cuyos déficits financiaría, en definitiva, la República Helénica, con su tolerancia con respecto a las deudas de OA frente al Estado y con el provisionamiento de la cuenta especial. Considera, por lo tanto, que las medidas en cuestión deben valorarse en este contexto económico.
- 162 Concretamente, la Comisión alega que tanto las dificultades económicas persistentes tanto de OA como de NOA, pese a la transformación formal del grupo, como la proximidad cronológica de la Decisión de 11 de diciembre de 2002, permiten considerar que las medidas controvertidas garantizaban que sus beneficiarias mantuvieran su actividad y perseguían el mismo objetivo que las ayudas anteriores.
- 163 La parte coadyuvante subraya que la conformidad de las medidas controvertidas con el criterio del inversor privado debe valorarse teniendo en cuenta el plazo de rentabilidad de la inversión. Por lo tanto, resulta indispensable tener en cuenta todo el historial de las ayudas de Estado concedidas al grupo Olympic Airways.

Apreciación del Tribunal General

- 164 Procede recordar, con carácter preliminar, que, en la Decisión impugnada, la Comisión declara, por una parte, la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA a efectos de la recuperación de las ayudas anteriores a la escisión (véanse los apartados 68 a 153 *supra*) y, por otra, califica de ayudas de Estado un determinado

número de medidas en favor de NOA o de OA, que jalonaron el proceso de transformación del grupo Olympic Airways realizado en virtud de la Ley n° 3185/2003 con vistas a su privatización.

- 165 Estas dos cuestiones son totalmente diferentes, como resulta de los argumentos que anteceden (véanse, en particular, los apartados 99 a 101 *supra*). Las conclusiones relativas a la cuestión de si, en razón de la continuidad económica entre OA y NOA, esta última también se había beneficiado de las ayudas abonadas a OA antes de la escisión y de si, por esa razón, puede ser obligada a reembolsarlas carecen, por lo tanto, de pertinencia a efectos de la calificación, a la luz del artículo 87 CE, apartado 1, de la ayuda otorgada directamente a NOA, después de su creación.
- 166 La cuestión de la calificación de las nuevas medidas en favor de NOA debe, por lo tanto, distinguirse de la cuestión relativa a la recuperación de las ayudas, que se examina, por ejemplo en la sentencia Alemania/Comisión, antes citada (apartados 71, 87 y 88), en la cual el Tribunal de Justicia consideró que el mero hecho de que una filial nuevamente creada hubiera continuado las actividades de la sociedad madre que se encontraba inmersa en un procedimiento de liquidación, gracias al alquiler de las instalaciones de esta última, cuando la Comisión alegaba que no había conseguido información que le permitiera apreciar si las rentas estaban en consonancia con las condiciones del mercado, no permitía dar por probado que el arrendatario se hubiese beneficiado de la ventaja competitiva en razón de las ayudas concedidas al arrendador antes de la creación del arrendatario.
- 167 En el caso de autos, las medidas controvertidas en favor de NOA consisten en que las rentas abonadas por esta sociedad a OA y a la República Helénica, por el subarriendo de aeronaves era de un nivel poco elevado. La Comisión sostiene, esencialmente, que es posible tener en cuenta el contexto de dichas medidas, caracterizado por la continuidad económica entre OA y NOA y por el apoyo financiero de la República Helénica a OA para garantizar la continuación de las actividades de vuelo, para luego presumir que estas nuevas medidas en favor de NOA también constituyen una ayuda de Estado.

168 Sobre este particular, el examen de la Decisión impugnada muestra que la Comisión procede a un examen individualizado, a la luz de los requisitos de aplicación del artículo 87 CE, de determinadas medidas específicas en favor de OA o de NOA, entre las cuales figura el nivel de las rentas abonadas por NOA por el subarriendo de aeronaves (considerandos 56, 57, 155 a 161, 186, 188, 191 y 193 de la Decisión impugnada). No obstante, de la mencionada Decisión se infiere que dicho examen separado de cada una de las medidas, a efectos de su calificación, necesariamente ha de insertarse en el contexto general de la transformación del grupo Olympic Airways, que consistió en la escisión de las actividades de vuelo y su asunción por la nueva empresa NOA, del modo establecido, en particular, en la Ley n° 3185/2003. En efecto, a la vista, en particular, de las conclusiones de los expertos de la Comisión en relación con la reestructuración del grupo Olympic Airways realizada en diciembre de 2003 (considerandos 110 a 126 de la Decisión impugnada), la Comisión analiza la naturaleza de esta reestructuración, aunque no la califica de ayuda de Estado en cuanto tal (considerandos 178 a 183 de la Decisión impugnada), como ya se ha señalado con anterioridad (véase el apartado 101 *supra*).

169 La Comisión sostiene, por lo tanto, con razón, que de la Decisión impugnada se desprende que examinó individualmente las medidas controvertidas en favor de NOA (véanse, en particular, los considerandos 186 y 188), situándolas en el contexto general de la reestructuración del grupo Olympic Airways en el que se insertan.

170 Así las cosas, contrariamente a lo alegado por las demandantes, la argumentación de la Comisión, según la cual debe ponderarse la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA, a efectos de la calificación de las medidas controvertidas a efectos del artículo 87 CE, apartado 1, no constituye una nueva motivación destinada a sustituir la motivación de la Decisión impugnada, por lo que no puede declararse inadmisibles esta argumentación.

- 171 Por otra parte, procede señalar que, contrariamente a lo alegado por las demandantes, el hecho de que la Comisión tuviera en cuenta la continuidad económica entre OA y NOA no resulta, por sí mismo, contradictorio con el examen individual de las medidas controvertidas ni hace incomprensible la motivación de la Decisión impugnada.
- 172 Además, por lo que respecta a ponderación de la continuidad económica entre OA y NOA en el marco de la calificación de las medidas controvertidas a tenor de lo dispuesto del artículo 87 CE, ha de recordarse, de entrada que, según reiterada jurisprudencia, la Comisión siempre debe examinar todos los datos pertinentes de la operación controvertida y su contexto, especialmente al aplicar el criterio del inversor privado (sentencia del Tribunal 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 270; véase, también, la sentencia del Tribunal de 17 de diciembre de 2008, *Ryanair/Comisión*, T-196/04, Rec. p. II-3643, apartado 59).
- 173 Aplicando todo ello al caso de autos, el hecho de tener en cuenta la continuidad económica entre OA y NOA no liberaba a la Comisión de su obligación de comprobar, a la vista del conjunto de elementos pertinentes, si se cumplían los requisitos de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1.
- 174 En este caso, la Comisión podía tener en cuenta el contexto de las medidas controvertidas, caracterizado, por una parte, por la concesión a la antigua compañía aérea OA de ayudas a la reestructuración y de ayudas ilegales destinadas a hacer posible la continuación de sus actividades de vuelo y, por otra parte, por la reestructuración del grupo Olympic Airways en 2003 con vistas a su privatización así como por la naturaleza del vínculo entre OA y NOA. Sin embargo, la Comisión seguía estando obligada a examinar si, a la luz del criterio del inversor privado, las medidas controvertidas

correspondían a transacciones comerciales normales en una economía de mercado, distinguiéndose así de las ayudas ilegales antes citadas (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 17 de octubre de 2002, Linde/Comisión, T-98/00, Rec. p. II-3961, apartados 43 a 54).

¹⁷⁵ En estas circunstancias, la declaración relativa a la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA no permite presumir, a la vista de la persistencia de las dificultades económicas de estas dos sociedades después de la escisión, que las nuevas medidas en favor de NOA, examinadas en la Decisión impugnada, sean la lógica continuación de las ayudas anteriores antes citadas ni, en consecuencia, que pertenezcan también a la categoría de ayudas de Estado.

¹⁷⁶ No puede acogerse a este respecto la alegación de la Comisión basada en la sentencia del Tribunal de 15 de septiembre de 1998, BP Chemicals/Comisión (T-11/95, Rec. p. II-3235, apartados 171 y 176). En efecto, hay que señalar que, contrariamente a las circunstancias que dieron lugar a esta sentencia, en la que las medidas de que se trataba consistían en una serie de sucesivas aportaciones de capital efectuadas por una empresa pública a su filial, en el caso de autos las ayudas supuestamente otorgadas por OA y la República Helénica a NOA en forma de rentas por el subarriendo de aeronaves, muy inferiores a las abonadas por OA y la República Helénica por los contratos principales, son, por su objeto y naturaleza, completamente diferentes de las ayudas de Estado en favor de OA de las que se trata en la Decisión de 11 de diciembre de 2002 y no tienen ninguna relación con éstas.

¹⁷⁷ Además, debe señalarse que, según la sentencia BP Chemicals/Comisión, antes citada (apartado 170), incluso cuando la medida de que se trate sea continuación de medidas

de la misma índole calificadas de ayudas de Estado, esta circunstancia no excluye, *a priori*, que dicha medida se ajuste al criterio del inversor privado en una economía de mercado. Corresponde, en cualquier caso, al juez de la Unión comprobar si, a la vista de los elementos pertinentes, esta medida puede razonablemente disociarse de las medidas de ayuda anteriores y considerarse, a efectos de la aplicación del criterio del inversor privado, una medida autónoma.

- ¹⁷⁸ En el caso de autos, incumbía, por lo tanto, a la Comisión examinar si las supuestas ayudas en favor de NOA reunían los requisitos de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, basándose no sólo en su contexto, y, en particular, en la sucesión cronológica de estas medidas en relación con las ayudas anteriores otorgadas a OA, así como en las dificultades económicas persistentes de las empresas implicadas, sino también en el conjunto de elementos de hecho y de Derecho pertinentes.

b) Sobre el criterio del inversor privado

Alegaciones de las partes

- ¹⁷⁹ La República Helénica y NOA invocan, en primer lugar, un error manifiesto de apreciación en cuanto a la aplicación del criterio del inversor privado y, en segundo lugar, la falta de motivación de la Decisión impugnada en cuanto a este aspecto concreto.

- 180 Por lo que respecta al error manifiesto de apreciación, la República Helénica y NOA argumentan que el subarriendo de aeronaves, por rentas inferiores a las abonadas por el arrendamiento principal, no confirió a NOA ninguna ventaja que esta sociedad no hubiera podido obtener en condiciones normales de mercado.
- 181 En este caso, el comportamiento de OA fue conforme al de un operador privado que, ante una súbita caída de las rentas como consecuencia de la crisis en el mercado internacional del transporte aéreo después de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, y obligado a pagar las rentas estipuladas en los contratos de arrendamiento principales, incluso en el supuesto de rescisión unilateral de dichos contratos, hubiese reducido en una proporción de, aproximadamente, el 50 % las pérdidas sufridas aceptando subarrendar sus aeronaves por rentas inferiores a las que él mismo pagaba con arreglo a los contratos de arrendamiento principales celebrados antes de la crisis, en una coyuntura económica diferente.
- 182 Las demandantes alegan también que, para apreciar si los contratos de subarriendo confirieron una ventaja a NOA, la Comisión debió haber tenido en cuenta el conjunto de las transacciones celebradas entre OA y NOA, lo cual no hizo en la Decisión impugnada. Ahora bien, señalan las demandantes, gracias a los subarriendos en cuestión, OA se liberó de gastos relativos a la custodia, al mantenimiento y a la reparación de las aeronaves. Además, proporcionó servicios de mantenimiento y de reparación de aeronaves a NOA a precios de mercado (véanse los considerandos 163 y 164 de la Decisión). Del importe total de 99 millones de euros pagados por NOA a OA en 2004 en concepto de servicios de mantenimiento, un importe de 44.441.850 euros correspondería a las 18 aeronaves subarrendadas por OA a NOA.
- 183 Por otra parte, las demandantes reprochan a la Comisión no haber comparado las rentas abonadas por NOA con las rentas de mercado. Además, ponen en entredicho la afirmación de la Comisión según la cual es muy probable que NOA no hubiera encontrado arrendadores en las condiciones de mercado. Afirman que ninguna prueba

confirma esta afirmación desmentida por los hechos. En particular, después de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, la oferta de aeronaves superó ampliamente a la demanda y las rentas fueron excepcionalmente ventajosas. A finales de 2003, la demanda fue nula. A partir de mediados de 2004, empezó a crecer, lo que generó un incremento de las rentas de hasta el 30 % a finales de 2004, sin que dichas rentas alcanzaran los niveles de precios de septiembre de 2001. Concretamente, en junio de 2004, NOA celebró, un contrato de alquiler de un avión del tipo B 737-300 por una renta de 130.000 USD por tres años, precio que se correspondía con el de mercado.

¹⁸⁴ Por lo que atañe a los contratos de arrendamiento financiero sobre cuatro aeronaves Airbus A 340-300, la República Helénica y NOA subrayan la distinción entre, por una parte, los contratos de subarriendo de dichas aeronaves a NOA y, por otra parte, la decisión de la República Helénica de hacer uso de su derecho a subrogarse en dichos contratos en el lugar de OA, al amenazar los acreedores con exigir la inmediata realización del conjunto de garantías concedidas por el Estado, de un importe de 200 millones de euros y existir el riesgo de que los arrendadores financieros recuperaran las aeronaves frente a OA. Según las demandantes, NOA no obtuvo ventaja alguna de la subrogación por parte de la República Helénica en el lugar de OA en los contratos de arrendamiento financiero.

¹⁸⁵ La Comisión, apoyada en el asunto T-416/05 por Aeroporia Aigaiou, estima que, a raíz de la creación de NOA a partir de OA, el subarriendo de aeronaves a NOA por parte de OA, por rentas sustancialmente inferiores a las abonadas con arreglo a los contratos principales, libera parcialmente a NOA de una parte de sus gastos de funcionamiento que, de este modo, son financiados por OA y, en definitiva, en razón del déficit de esta última, por la República Helénica. Sostiene que la Decisión impugnada menciona las pérdidas de este modo sufridas directamente por OA y por la República Helénica (considerando 186) e indirectamente por la República Helénica (considerando 189 y 191). En estas condiciones, la medida controvertida no resulta conforme, según la demandada, con el criterio del inversor privado.

- 186 La Comisión aclara, en primer lugar, que el criterio del inversor privado tiene en cuenta el efecto de las medidas en cuestión en el beneficiario, obligando a comprobar si éstas le confieren una ventaja que no habría obtenido en condiciones normales de mercado.
- 187 Ahora bien, señala la Comisión, en el caso de autos, las autoridades griegas no le comunicaron los elementos de prueba necesarios a lo largo del procedimiento de investigación formal, a pesar del requerimiento que les fue dirigido instándolas a proporcionar cualquier información útil para examinar el procedimiento de transformación del grupo Olympic Airways. La remisión de dicho requerimiento a las autoridades griegas trasladó a éstas la carga de la prueba, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13, apartado 1, del Reglamento n° 659/1999. A la vista de las importantes lagunas en la información proporcionada por las autoridades griegas, la Comisión encomendó a unos expertos hacer determinadas comprobaciones *in situ*. Así las cosas, la Comisión sostiene que la legalidad de la Decisión impugnada sólo puede valorarse sobre la base de los elementos de los que disponía en el momento de su adopción.
- 188 En segundo lugar, la Comisión sostiene que, en cualquier caso, aunque las informaciones relativas a las rentas vigentes en el mercado le hubiesen sido comunicadas a tiempo, la comparación del importe de las rentas abonadas por NOA con las rentas de mercado no habría tenido utilidad. En efecto, no habría sido realista proceder a tal comparación, al ser improbable que NOA hubiese encontrado en el mercado otros arrendadores dispuestos a alquilarle aeronaves sin la intervención de la República Helénica.
- 189 Este análisis se vería corroborado por el hecho de que los arrendadores principales, inquietos por la suerte de sus créditos frente a OA, amenazaron con rescindir los contratos celebrados con esta sociedad, con vender las aeronaves y proceder a una inmediata realización de las garantías y que impusieron condiciones más gravosas a este respecto. La circunstancia de que NOA celebrara un contrato de arrendamiento

operativo en junio de 2004, no invalida este análisis puesto que esta compañía siguió, según la Comisión, bajo la «protección» de la República Helénica.

- 190 Según la Comisión, al subrogarse a OA en los cuatro contratos de arrendamiento financiero y al aligerarse los costes del arrendamiento, la República Helénica hizo posible el mantenimiento de los arrendamientos y, consiguientemente, la continuación de las actividades de vuelo. Por todo ello considera que no es necesario calcular la diferencia entre las rentas hipotéticas y las rentas abonadas por NOA a OA y a la República Helénica.
- 191 Además, la Comisión destaca que, en la Decisión impugnada, se limitó a calificar de ayuda concedida a NOA el aligeramiento de los costes del alquiler de las aeronaves por parte de OA y de la República Helénica, sin cuantificar expresamente esta ayuda.
- 192 Así las cosas, y en lo que atañe, concretamente, a las cuatro aeronaves subarrendadas a NOA por la República Helénica, la Comisión, afirma que, contrariamente a lo alegado por las demandantes, no pasó por alto, en la Decisión impugnada, la diferencia entre las contrapartidas previstas en los contratos de arrendamiento financiero y las previstas en los contratos de subarriendo, respectivamente. Sin embargo, esta distinción sólo era pertinente para calcular el importe de las ayudas y no fue necesario referirse a la misma para determinar que una parte de las rentas era soportada por el Estado.
- 193 La Comisión precisa que aunque los importes de 37 millones y 2,75 millones de euros mencionados en el artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada no corresponden necesariamente a la ayuda, sí indican el importe de las pérdidas sufridas por OA y por la República Helénica, respectivamente. El importe de la ayuda deberá fijarse, según

la Comisión, en el marco de discusiones entre esta institución y las autoridades griegas, de acuerdo con el principio de cooperación leal establecido en el artículo 10 CE. No ha de excluirse que dicho importe sea superior al de las pérdidas mencionadas.

- ¹⁹⁴ A la luz del conjunto de elementos mencionados, la Comisión concluye que la Decisión impugnada está suficientemente motivada, en el punto que se refiere a la concesión a NOA de una ventaja que resulta del nivel de las rentas (considerandos 186 y 188). Señala que no fue necesario cuantificar la ayuda comparándola con las rentas pagadas por NOA a precio de mercado y que, en cualquier caso, las autoridades griegas no le proporcionaron los elementos de información necesarios a este fin.
- ¹⁹⁵ En el asunto T-416/05, *Aeroporia Aigaiou*, que interviene en apoyo de la Comisión, cuestiona la adecuación del comportamiento de OA y de la República Helénica al criterio del operador privado, por dos razones. En primer lugar, argumenta que un inversor privado habría previsto subarrendar las aeronaves en cuestión, preferentemente a una compañía aérea sana, imponiéndole las condiciones en vigor en el mercado para garantizar el pago de las rentas en tiempo útil, mejor que arrendarlas a NOA, frente a la cual no había ninguna posibilidad de ejecución forzosa. Por último, señala que ningún inversor privado aceptaría deshacerse del único sector de su actividad potencialmente rentable.
- ¹⁹⁶ En segundo lugar, la parte coadyuvante sostiene que las consecuencias de mantener un contrato de alquiler de aeronaves, celebrado por un precio elevado y por un largo período cuando la coyuntura es favorable constituye un elemento de riesgo comercial habitualmente asumido por las compañías aéreas. En consecuencia, en la medida en que, según la parte coadyuvante, NOA sucedió a OA y pertenece al mismo grupo, el mero hecho de que no tuviera que soportar rentas elevadas constituiría una ayuda de Estado cuyo importe es igual a la diferencia entre las rentas pagadas con arreglo a los

contratos principales y las abonadas en el marco de los subarriendos, sin que proceda comparar las rentas abonadas por NOA con los precios de mercado.

- ¹⁹⁷ Además, Aeroporia Aigaiou expresa dudas en cuanto a la adecuación de las rentas abonadas por NOA a los precios de mercado. Indica que, en el marco de un contrato fechado el 14 de diciembre de 2006, paga una renta de 700.000 euros a una sociedad de alquiler de aeronaves, por el alquiler de un avión cuyo valor de mercado es inferior, aproximadamente en un 50 % al de un avión del mismo tipo que los que arrendaba NOA.

Apreciación del Tribunal General

- ¹⁹⁸ Después de determinar la ayuda controvertida y de identificar las cuestiones planteadas por las partes en su argumentación, se procederá a examinar los elementos pertinentes en el caso de autos a efectos de la aplicación del criterio del inversor privado, antes de abordar la cuestión del reparto de la carga de la prueba en relación con el cumplimiento por las partes de sus obligaciones procedimentales a lo largo del procedimiento administrativo.

— Sobre la determinación de la ayuda controvertida

- ¹⁹⁹ Del artículo 1, apartado 1, y de los motivos de la Decisión impugnada se desprende expresamente que la Comisión únicamente llegó a la conclusión de que constituían una ayuda de Estado, por una parte, la aceptación por OA, a lo largo del año 2004, de rentas por el subarriendo de aeronaves a NOA, inferiores a las que OA abonaba con arreglo a los contratos de arrendamiento operativo principales (véanse, en particular,

los considerandos 158 y 186) y, por otra, la aceptación por la República Helénica de rentas inferiores a las que abonaba con arreglo a los contratos de arrendamiento financiero, desde la fecha en que se subrogó en el lugar de OA en dichos contratos hasta el mes de mayo de 2005, fecha en que los expertos de la Comisión hicieron las indagaciones *in situ* (véanse, en particular, los considerandos 160 y 186). Por lo tanto, la Decisión impugnada no se refiere explícitamente a las pérdidas soportadas por OA por causa de los contratos de arrendamiento financiero antes de la subrogación de la República Helénica y con causa en los contratos de arrendamiento operativo principales desde el 12 hasta el 31 de diciembre de 2003 y desde el 1 de enero hasta el 14 de septiembre de 2005, fecha en que se adoptó la Decisión impugnada. Tampoco trata explícitamente de las pérdidas sufridas por la República Helénica desde el mes de mayo hasta el 14 de septiembre de 2005. Esta lectura de la Decisión impugnada se ve confirmada por la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/Grecia, antes citada (apartado 42), en la cual el Tribunal de Justicia deja sentado que los importes «relativos a los pagos realizados por el subarriendo de aeronaves [...] se establecieron» en el artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada, el cual se refiere, precisamente, a las pérdidas sufridas por OA en 2004 y por la República Helénica hasta el mes de mayo de 2005.

200 En la Decisión impugnada (véanse, en particular, los considerandos 186 y 188 y el artículo 1, apartado 1, de la parte dispositiva, la Comisión, basándose en el informe Moore Stephens, se refiere exclusivamente a las pérdidas comprobadas de OA y de la República Helénica, como consecuencia de haber subarrendado aeronaves a NOA por rentas considerablemente inferiores a las abonadas con arreglo a los contratos principales. Sobre este particular, las demandantes no cuestionan que dichas pérdidas, que resultan de la diferencia entre las rentas principales y las rentas abonadas por NOA alcanzaron, para OA y por el subarriendo, en 2004, de aeronaves a NOA, el importe total de 37,6 millones de euros, es decir el 55% del importe de las rentas abonadas con arreglo a los contratos de arrendamiento financiero principales. En cuanto a las pérdidas soportadas por la República Helénica, llegaron, según las comprobaciones realizadas por los expertos de la Comisión, a un importe comprendido entre 250.000 y 350.000 euros al mes por cada una de las cuatro aeronaves que subarrendó a NOA, después de haberse subrogado en el lugar de OA en los contratos de arrendamiento financiero. La diferencia entre las rentas pagadas por NOA por esas cuatro aeronaves y las pagadas por la República Helénica con arreglo a los contratos de arrendamiento

financiero alcanzó así, según la Comisión, hasta mayo de 2005, el importe total de 2,75 millones de euros, no discutido por las demandantes.

- 201 Por lo que atañe a los subarriendos de aeronaves por OA a NOA, del informe Moore Stephens y de la Decisión impugnada (véase, en particular, el considerando 155) se desprende, y así lo ha confirmado NOA durante la vista, que esta sociedad subarrendó, al principio, cuando fue creada, 23 aeronaves a OA. Este número descendió después a 22, a raíz de la no renovación de un contrato de arrendamiento operativo en el que eran partes OA y el arrendador principal, al expirar dicho contrato en marzo de 2005.
- 202 En cuanto a las 22 aeronaves mencionadas, subarrendadas por OA a NOA, se desprende de la Decisión impugnada y del informe Moore Stephens, y así consta, que 18 de estas aeronaves estaban en posesión de OA en virtud de un contrato de arrendamiento operativo, y 4 de ellas en concepto de varios contratos de arrendamiento financiero. Del informe antes mencionado resulta, como las partes han confirmado en la vista, que el 17 de diciembre de 2004, la República Helénica se subrogó en el lugar de OA en dos de estos contratos de arrendamiento financiero, y en el mes de abril de 2005 en los otros dos.

— Sobre la identificación de las cuestiones controvertidas a la vista del contenido de la Decisión impugnada y de la argumentación de las partes

- 203 En este contexto fáctico, la Comisión se limitó a comparar, en la Decisión impugnada, las rentas abonadas por NOA por el subarriendo de las aeronaves con las abonadas con arreglo a los contratos principales. La falta de comparación entre las rentas controvertidas abonadas por NOA y las rentas usuales en el mercado se ve confirmada por el informe Moore Stephens. En efecto, en el citado informe, en el que la Comisión fundamenta la Decisión impugnada, los expertos indican que, durante el tiempo de que dispusieron para llevar a cabo su trabajo, no pudieron proceder a una

valoración independiente sobre cuál era el nivel de las rentas en el mercado de alquiler de aeronaves.

204 Sin embargo, ante el Tribunal General, la Comisión reconoce que los importes de la ayuda no se corresponden con los importes de las pérdidas soportadas por OA y por la República Helénica, mencionados en el artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada, sino con la diferencia entre las rentas abonadas por NOA y los precios de mercado.

205 Las demandantes reprochan a la Comisión haber cometido un error manifiesto de apreciación y haber incumplido la obligación de motivación al abstenerse, en particular, de comparar las rentas pagadas por NOA con los precios de mercado, en el marco de la aplicación del criterio del inversor privado.

206 La Comisión no pone en duda que las condiciones del mercado de alquiler de aeronaves cambiaron considerablemente entre la fecha de celebración de los contratos principales, que es anterior a los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, y el período contemplado en este caso. Sobre este particular, no se pronuncia sobre el informe titulado «Estudio relativo al nivel de los alquileres en el mercado, en relación con NOA», fechado el 15 de noviembre de 2005 y elaborado por el empresa de asesoramiento «Aviation Economics» a petición de NOA. Tampoco cuestiona las alegaciones de las demandantes según las cuales OA estaba obligada, en virtud de los contratos principales, a pagar el importe de las rentas estipuladas, en concepto de indemnización, en caso de rescisión unilateral de estos contratos.

207 Sin embargo, la Comisión sugiere que, en el caso de autos, las diferencias establecidas en la Decisión impugnada entre las rentas abonadas con arreglo a los contratos

principales y las abonadas por NOA ponen en evidencia que OA y la República Helénica aligeraron los costes de alquiler de aeronaves soportados por NOA. Lo decisivo, según la Comisión, radica en la «absorción de estas diferencias de rentas por parte de una sociedad en dificultades obligada a restituir ayudas».

208 Sobre este particular, contrariamente a lo alegado por la demandante (véase el apartado 34 *supra*), el argumento de la Comisión, según el cual las actividades de vuelo de NOA estaban subvencionadas por OA cuyos déficits financiaba, en último término, la República Helénica, que de este modo sufría un perjuicio indirecto, se limita a desarrollar la argumentación expuesta en el escrito de contestación y no puede considerarse un motivo nuevo.

209 Por otra parte, la Comisión se limita a poner de relieve que no le correspondía comparar las rentas controvertidas pagadas por NOA y los precios de mercado, al no haber comunicado las autoridades griegas los elementos probatorios necesarios, pese a los requerimientos que les dirigió instándolas a aportar estas informaciones. Además, y en cualquier caso, esta comparación sería ineficaz, según la Comisión, dado que es muy improbable que NOA hubiese encontrado otros arrendadores sin la intervención de la República Helénica.

210 A la vista de los argumentos de las partes que se han expuesto, procede determinar los factores relevantes a efectos de la aplicación del criterio del inversor privado en cuanto a las medidas controvertidas, antes de examinar las obligaciones procedimentales respectivas de las partes durante el procedimiento administrativo y la distribución, en este caso, de la carga de la prueba.

— Sobre los factores relevantes en el caso de autos a efectos de la aplicación del criterio del inversor privado

- 211 Del artículo 87 CE, apartado 1, se desprende que el concepto de ayuda es un concepto objetivo que sólo está en función de si una medida estatal confiere o no una ventaja a una o a varias empresas (sentencia del Tribunal de 27 de enero de 1998, *Ladbroke Racing/Comisión*, T-67/94, Rec. p. II-1, apartado 52).
- 212 En particular, para determinar si las medidas de que se trata pueden constituir ayudas de Estado, deben tenerse en cuenta principalmente los efectos de esta medida en las empresas beneficiarias y no la situación de los organismos públicos o privados que otorgan la ayuda (sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1977, *Steinike & Weinlig*, 78/76, Rec. p. 595, apartado 21).
- 213 Por consiguiente, procede determinar si las medidas en cuestión confieren a la empresa beneficiaria una ventaja económica que no habría obtenido en condiciones normales de mercado (véanse las sentencias *Linde/Comisión*, antes citada, apartado 39, y *Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión*, antes citada, apartado 207, y la jurisprudencia citada). El hecho que la operación sea razonable para los poderes públicos o la empresa pública que otorga la ayuda no exime de realizar esta comprobación (véase, en este sentido, la sentencia *Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión*, antes citada, apartado 315; véase también, en este sentido, la sentencia *Linde/Comisión*, antes citada, apartados 48 a 54).
- 214 De ello se infiere, como alega la Comisión, que, aunque se admitiera que la «absorción de las diferencias de rentas» era más razonable que la rescisión de los contratos principales, y por muy razonable que haya sido la gestión financiera de las aeronaves por parte de OA y de la República Helénica, al reducir las pérdidas gracias al subarriendo de estas aeronaves a NOA y proporcionar el correlativo suministro de servicios a esta

compañía en condiciones de mercado, ello no basta para poder considerar que dicho comportamiento se ajusta al criterio del inversor privado. Por tanto, en el contexto del presente litigio, contrariamente a lo alegado por las demandantes, la circunstancia de que la Comisión no examinara, en la Decisión impugnada, el conjunto de las ventajas que supuestamente resultaron para OA del subarriendo de sus aeronaves a NOA, no permite concluir que esta institución haya infringido el criterio del inversor privado.

215 En cambio, la República Helénica y NOA subrayan, con razón, la necesidad de comparar las rentas controvertidas abonadas por NOA a OA y a la República Helénica con las de mercado, a efectos de la aplicación del criterio del operador privado, de conformidad con la jurisprudencia antes citada.

216 A este respecto, procede desestimar los argumentos de la Comisión y de Aeroporia Aigaiou según los cuales tal comparación no es eficaz. En efecto, en primer lugar, se desprende con claridad tanto de la motivación, como del artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada que la ayuda contemplada en esta Decisión no consiste propiamente en el subarriendo de aeronaves a NOA por OA y por la República Helénica, sino en el pago por NOA de rentas inferiores a las abonadas a su vez por dichos arrendadores con arreglo a los contratos de arrendamiento principales o por los contratos de arrendamiento financiero. Las alegaciones de la Comisión, según las cuales NOA no hubiera podido arrendar aeronaves en el mercado sin el apoyo de la República Helénica, carecen por lo tanto de pertinencia en el caso de autos.

217 Desde este punto de vista, se suscitan en el presente litigio cuestiones diferentes de las que se examinaron, por ejemplo, en la sentencia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Comisión (C-288/96, Rec. p. I-8237, apartados 30 a 32 y 41), en la que el Tribunal de Justicia optó por el criterio basado en las posibilidades que habría tenido el beneficiario de una garantía de Estado, de conseguir el préstamo en el mercado de capitales en el caso de no existir la citada garantía. En efecto, en el asunto que dio lugar a la sentencia mencionada, lo que se discutía era la concesión de la garantía, mientras que, en

la Decisión impugnada, las medidas calificadas de ayudas únicamente tienen que ver con el nivel de las rentas exigidas a NOA.

- 218 En el caso de autos, en el marco de la apreciación de las medidas controvertidas (considerandos 186 y 188 de la Decisión impugnada), la Comisión no cuestiona una hipotética falta de exigencia a NOA por parte de OA y de la República Helénica de garantías de pago suficientes para acceder a subarrendarle las aeronaves. Tampoco acusa a OA de no haber rescindido los contratos de arrendamiento principales, en lugar de subarrendar aeronaves a NOA.
- 219 En segundo lugar, la Comisión, que no examina en cuanto tal la reestructuración del grupo Olympic Airways (véase el apartado 101 *supra*), tampoco reprocha a la República Helénica no haber previsto, cuando se creó NOA, ceder a esa sociedad los contratos de arrendamiento principales y los contratos de arrendamiento financiero. En consecuencia, carece de pertinencia el argumento de Aeroporia Aigaiou, según el cual la existencia de una ayuda de Estado en favor de NOA resulta del mero hecho de que la citada sociedad se libró del riesgo comercial habitual que suponía el mantenimiento de los contratos de arrendamiento principales.
- 220 Por último, al valorar las medidas controvertidas, la Comisión no pone en tela de juicio, a la luz del criterio del inversor privado, la decisión de la República Helénica de subrogar a OA en los cuatro contratos de arrendamiento financiero. Indica que, como se desprende del informe Moore Stephens, la República Helénica tomó esta decisión para evitar, tanto para OA como para ella misma, como avalista, las condiciones más onerosas que las instituciones financieras implicadas (arrendadores principales) impusieron en la escisión, en razón de la incertidumbre sobre el futuro de OA y de NOA. La Comisión únicamente hace hincapié en el carácter derogatorio de esta decisión, señalando que, según los expertos, era necesario adoptar una nueva

disposición legislativa para permitir esta operación (véase el considerando 159 de la Decisión impugnada).

- 221 Del conjunto de estas consideraciones resulta que, incluso suponiendo que las alegaciones de la Comisión –según las cuales, en síntesis, el subarriendo de aeronaves a NOA, por rentas inferiores a las abonadas con arreglo a los contratos principales, sólo fue posible gracias al apoyo de la República Helénica– fueran acertadas, no por ello la Comisión habría quedado dispensada de la obligación de comprobar, de acuerdo con criterio del operador privado, si las rentas abonadas por NOA eran efectivamente inferiores a las que hubiera pagado en condiciones normales de mercado durante el período considerado.
- 222 En efecto, los aspectos de la reestructuración y las diferentes medidas de apoyo mencionados por la Comisión y que no se califican de ayuda de Estado en la Decisión impugnada (véase el apartado 101 *supra*), representan únicamente el contexto en que se inserta la supuesta ayuda, otorgada en forma de rentas por el subarriendo de aeronaves, inferiores a las rentas pagadas con arreglo a los contratos principales. Este contexto no permite por sí mismo presumir, en ausencia de cualquier otro elemento serio de prueba y que las rentas abonadas por NOA por el subarriendo de las aeronaves fueran inferiores a las rentas usuales en el mercado.
- 223 De ello se deduce que, en el caso de autos, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, el criterio del operador privado obligaba a comprobar si las rentas controvertidas abonadas por NOA estaban en consonancia con las rentas pagadas en condiciones normales de mercado durante el período considerado.

— Sobre el reparto de la carga de la prueba y las obligaciones procedimentales respectivas de la Comisión y del Estado miembro interesado

- ²²⁴ Según la jurisprudencia, correspondía a la Comisión, en la Decisión impugnada, aportar la prueba en relación con la concesión de ayudas nuevas, comparando, en este caso, las rentas controvertidas abonadas por NOA con las de mercado. En efecto, de lo dispuesto en el artículo 88 CE, apartados 2 y 3, resulta que, en defecto de tal demostración, las medidas nuevas de que se trata no pueden considerarse ayudas de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1 (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de abril de 1994, Alemania y Pleuger Worthington/Comisión, C-324/90 y C-342/90, Rec. p. I-1173, apartado 23).
- ²²⁵ No obstante, la aplicación de esta norma relativa a la carga de la prueba está supe-
ditada a que la Comisión y el Estado miembro en cuestión cumplan sus obligaciones procedimentales respectivas, en el marco del uso que hace esta institución de las facultades de que dispone para obligar al Estado miembro a presentarle todas las informaciones necesarias (sentencia Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comisión, antes citada, apartado 35).
- ²²⁶ En particular, como se desprende de la jurisprudencia, la Comisión está facultada para adoptar una decisión basándose en la información disponible cuando un Estado miembro no cumple su deber de colaborar y se abstiene de proporcionarle la información que aquélla le solicitó a fin de examinar tanto la compatibilidad con el mercado común de una ayuda nueva o modificada, como para verificar la regularidad de la aplicación de una ayuda aprobada con anterioridad. Sin embargo, antes de adoptar una decisión en este sentido, la Comisión debe requerir al Estado miembro para que le suministre, en el plazo fijado por ella, todos los documentos e informaciones necesarios para ejercer su control. Únicamente en el caso de que el Estado miembro no proporcione la información solicitada, pese al requerimiento de la Comisión, tendrá esta última la facultad de dar por terminado el procedimiento y adoptar una decisión en la que declare la ayuda compatible o incompatible con el mercado común basándose en los datos de que disponga o una decisión en la que se declare la regularidad de

la aplicación de una ayuda aprobada con anterioridad (véase la sentencia *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comisión*, antes citada, apartado 36, y la jurisprudencia citada).

²²⁷ El artículo 2, apartado 2, el artículo 5, apartados 1 y 2, el artículo 10 y el artículo 13, apartado 1, del Reglamento n° 659/1999 recogen detalladamente las obligaciones procedimentales antes citadas.

²²⁸ Asimismo, procede recordar que, según el artículo 6, apartado 1, del Reglamento n° 659/1999, «la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal deberá resumir las principales cuestiones de hecho y de derecho, incluir una valoración inicial de la Comisión en cuanto al carácter de ayuda de la medida propuesta y exponer las dudas sobre su compatibilidad con el mercado común».

²²⁹ Estas obligaciones procedimentales recaen sobre el Estado miembro de que se trate y sobre la Comisión con objeto de permitir a ésta ejercer su control sobre la base de informaciones suficientemente claras y precisas, y, al mismo tiempo, garantizar el derecho a ser oído del Estado miembro en cuestión. En efecto, procede recordar que, según una reiterada jurisprudencia, el respeto del derecho de defensa en cualquier procedimiento incoado contra una persona que pueda terminar en un acto que le sea lesivo constituye un principio fundamental de Derecho de la Unión y debe garantizarse aun cuando no exista una normativa específica (véase la sentencia *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comisión*, antes citada, apartado 37, y la jurisprudencia citada).

- 230 Procede, pues, examinar a la luz de los principios procedimentales antes mencionados si, en el caso de autos, la Comisión podía legítimamente, como sostiene, presumir la existencia de una ayuda de Estado sobre la única base de las informaciones de que disponía, o si la aplicación del criterio del inversor privado le obligaba a proseguir sus investigaciones para poder comparar las rentas controvertidas pagadas por NOA con las que hubiera tenido que abonar en condiciones normales de mercado.
- 231 A tal fin, debe examinarse el contenido del requerimiento de información y de la Decisión de incoar el procedimiento de investigación formal así como de las observaciones formuladas por la República Helénica ante el Tribunal General.
- 232 En primer lugar, en el requerimiento de información, fechado el 8 de septiembre de 2003, la Comisión solicitó, al amparo de los artículos 5 y 10 del Reglamento n° 659/1999, que se le aportaran todas las informaciones necesarias para proceder al examen de las medidas vinculadas al procedimiento de reestructuración y de privatización de la compañía aérea OA. Hizo constar, a este respecto, que cuando examina la compatibilidad de una ayuda de Estado con el mercado común, debe tener en cuenta todos los factores relevantes, incluido, en su caso, el contexto ya examinado en una decisión anterior.
- 233 Así, de esta Decisión se desprende que el requerimiento se refería, al no haberse notificado el procedimiento de privatización ni las nuevas medidas de reestructuración de OA destinadas a facilitar su privatización, a todos aquellos datos relacionados con dicha reestructuración y con la privatización que pudieran implicar la existencia de elementos de ayuda de Estado. La Comisión solicitaba, concretamente, que se le comunicara el plan de empresa de NOA, la estructura de su accionariado, el detalle de sus activos y de su financiación, incluidas las deudas, su estatuto jurídico y fiscal, así como una información detallada en relación con la posible liquidación de OA y de sus filiales.

- 234 En segundo lugar, en su decisión de incoar el procedimiento de investigación formal, fechada el 16 de marzo de 2004, la Comisión examinó, con carácter previo, la situación financiera de OA en 2001 y en 2002, a la luz de las cuentas auditadas de esos dos ejercicios, que no obtuvo hasta septiembre y diciembre de 2003. La importancia de las pérdidas sufridas por OA confirmaría la apreciación de la Comisión, en la Decisión de 11 de diciembre de 2002, según la cual la República Helénica se convirtió, de hecho, en la primera fuente de financiación de esta sociedad, sin cuyo apoyo es muy probable que la compañía hubiera tenido que cesar sus actividades (apartados 17, 26 y 29).
- 235 Por lo que atañe a posibles ayudas nuevas posteriores a la Decisión de 11 de diciembre de 2002, que son el único objeto de estos autos, la Comisión consideró en su Decisión de 16 de marzo de 2004, que OA y NOA eran «una misma empresa desde el punto de vista de las normas comunitarias [en materia] de ayudas de Estado» (apartados 106 y 108).
- 236 Más concretamente, en cuanto a las aeronaves explotadas por NOA, la Comisión se limitó a señalar, en su detallada descripción de la situación, que el balance de transformación de NOA elaborado, con arreglo a la Ley n° 3185/2003 y a petición de las autoridades griegas, por la empresa de auditoría Deloitte & Touche, mostró que se había transferido a NOA la propiedad de 18 aeronaves pertenecientes a OA o a Olympic Aviation. Por otra parte, en lo relativo al subarriendo de aeronaves por OA a NOA, la Comisión indicó que de acuerdo con las explicaciones de Deloitte & Touche este subarriendo significaba que OA seguía siendo la única responsable frente al fletador y que permitía a NOA beneficiarse, como al parecer subrayaron las mismas autoridades griegas, de las garantías proporcionadas por el Estado para el alquiler de aeronaves y otras obligaciones contractuales, en particular, de las garantías crediticias para la compra de nuevas aeronaves y para el traslado al nuevo Aeropuerto de Spata, aprobadas por la Comisión en 1998 y en 2000 como ayudas a la reestructuración y declaradas incompatibles con el mercado común en la Decisión de 11 de diciembre de 2002 (apartado 54 de la Decisión de 16 de marzo de 2004; véase también el apartado 6 *supra*). La Comisión subrayó que, según la sociedad Kantor, que asesoró al Gobierno, era importante que NOA iniciara su actividad a finales de 2003, en particular,

«para aprovecharse de las bajas tarifas para la compra y el flete de aeronaves, que permitiría mejorar y renovar su flota», y porque OA «iba a encontrarse con importantes dificultades para sobrevivir a la temporada de invierno 2003/2004» (apartado 57).

²³⁷ Además, la Comisión mencionó en la citada Decisión de 16 de marzo de 2004 que, en su denuncia, Aeroporia Aigaiou había manifestado que el traspaso de activos de OA a NOA, dejando a OA todo el pasivo, constituía una ayuda de Estado. La Comisión también indicó que, según la sociedad autora de la denuncia, si los fletadores y los organismos financieros aceptaron el traspaso de aeronaves de OA a NOA, es muy probable que sólo lo hicieran a cambio de una garantía del Estado, la cual constituiría una ayuda de Estado (apartado 76).

²³⁸ El examen del requerimiento de información y de la Decisión de 16 de marzo de 2004 permite comprobar que la Comisión no se refirió en ningún momento, ni tan siquiera implícitamente, en las Decisiones mencionadas, al nivel de las rentas pagadas por NOA a OA, por el subarriendo de aeronaves. En efecto, el requerimiento de información se refiere, de modo muy general, a las medidas vinculadas al procedimiento de reestructuración y de privatización de OA, susceptibles de constituir ayudas de Estado. Por lo que respecta a la Decisión de incoar el procedimiento de investigación formal, se refiere exclusivamente, en la parte dedicada a la apreciación de las medidas en cuestión, a las medidas en favor de OA así como al procedimiento de privatización, que no había sido examinado en la Decisión impugnada, sino que dio lugar a un procedimiento distinto al término del cual la Comisión adoptó la Decisión de 17 de septiembre de 2008, por la que se aprobaba el plan de privatización.

²³⁹ En particular, los subarriendos de aeronaves por OA a NOA únicamente se mencionan en la parte descriptiva de la Decisión de 16 de marzo de 2004, bien es cierto que desde la perspectiva de la ventaja resultante para NOA de las garantías concedidas por el Estado a OA en relación con el alquiler de las aeronaves, declaradas incompatibles

por la Decisión de 11 de diciembre de 2002. No obstante, procede recordar que la Decisión impugnada no califica de ayuda el propio subarriendo de las aeronaves a NOA, en ese contexto, pues se refiere únicamente al nivel de las rentas.

240 Así las cosas, se impone constatar que la Decisión de incoar el procedimiento de investigación formal no contiene una valoración preliminar de las rentas abonadas por esta sociedad, para determinar si suponen un elemento de ayuda, como exige el artículo 6, apartado 1, del Reglamento n° 659/1999.

241 No obstante, en sus observaciones de 11 de junio de 2004 sobre la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal, la República Helénica precisó, entre otros extremos, que las aeronaves tomadas en arriendo por OA eran subarrendadas a NOA a precio de mercado, para evitar las indemnizaciones que OA hubiera debido pagar a los arrendadores de haber rescindido los contratos de arrendamiento principales antes de su vencimiento. Según estas observaciones, los subarriendos sólo supusieron una solución a corto plazo, dado que en el futuro NOA iba a asumir el conjunto de los contratos de arrendamiento principales (a excepción de un pequeño número que iban a vencer próximamente). En cambio, las cuatro aeronaves en arrendamiento financiero se seguirían subarrendando a NOA a precio de mercado.

242 Además, como se desprende del informe Moore Stephens, cuando se hicieron las investigaciones *in situ*, la dirección de NOA justificó, ante los expertos de la Comisión, las diferencias entre, por una parte, las rentas abonadas por esta sociedad por el subarriendo de las aeronaves y, por otra parte, las rentas abonadas por OA con arreglo a los contratos de arrendamiento principales y por la República Helénica con arreglo a los contratos de arrendamiento financiero, argumentando que las rentas por el subarriendo correspondían a precios de mercado y que NOA podría tomar en arriendo aeronaves de otros arrendadores si los citados subarriendos no le fueran ofrecidos a precio de mercado.

- ²⁴³ Por otra parte, consta que la República Helénica transmitió toda la información necesaria en relación con los contratos principales y los contratos de subarriendo en cuestión, en particular, en relación con las rentas estipuladas. Únicamente dejó de presentar elementos de prueba en relación con los niveles de las rentas en condiciones normales de mercado durante el período considerado.
- ²⁴⁴ Ahora bien, ni del requerimiento de información, ni de la Decisión de 16 de marzo de 2004, ni de los demás elementos del expediente administrativo se desprende, ni la Comisión ha sostenido, que ésta haya puesto en tela de juicio, en modo alguno, a lo largo del procedimiento administrativo, el nivel de las rentas abonadas por NOA, en relación con las condiciones de mercado, ni tampoco que solicitara a la República Helénica más información a este respecto.
- ²⁴⁵ Ha de ponerse de relieve que, en sus observaciones de 26 de octubre de 2004 en respuesta al requerimiento de suspender cualquier medida de ayuda, la República Helénica subrayó que, desde sus observaciones de 11 de junio de 2004, no había sido informada de ninguna nueva medida de investigación por parte de la Comisión y que no había recibido solicitud alguna de información adicional en relación con sus observaciones.
- ²⁴⁶ En estas circunstancias, no habiéndose puesto explícitamente en cuestión, a lo largo del procedimiento administrativo, en modo alguno, el nivel de las rentas abonadas por NOA, por una parte, y no habiéndose hecho la menor solicitud de información en relación con la conformidad de dichas rentas a los precios de mercado, no puede reprocharse a la República Helénica no haber proporcionado a la Comisión la información suficiente para permitirle apreciar las medidas controvertidas con conocimiento de causa.

- 247 Además, y en cualquier caso, procede señalar que la Comisión no ha sostenido ante el Tribunal que los elementos de información que faltan estuvieran principalmente en poder de la República Helénica. Se refiere únicamente a la información relativa a los precios de mercado, que hubiera podido conseguir sin dificultad, encargando un simple estudio de mercado en relación con el período considerado.
- 248 En este contexto, la Comisión no podía liberarse de su obligación de probar que las rentas en cuestión, abonadas por NOA por el subarriendo de las aeronaves, no correspondían con los precios de mercado. Le incumbía, al menos, aportar un principio de prueba basado en elementos fácticos de tal índole que obligaran a la República Helénica a dar nuevas explicaciones (véase, por analogía, en cuanto a la prueba de la participación de una empresa en una práctica colusoria, la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 78 y 79).
- 249 En consecuencia, correspondía a la Comisión, en virtud de su obligación de examen diligente e imparcial, y en aras de una buena administración de las normas fundamentales del Tratado relativas a las ayudas de Estado, proseguir sus pesquisas y profundizar en su investigación, a raíz del informe Moore Stephens, para determinar si las rentas abonadas por NOA eran conformes con el criterio del operador privado. A estos efectos, le correspondía, o bien dirigir a la República Helénica un requerimiento instándola a aportar información adicional en relación con el nivel de las rentas abonadas por NOA, precisando, con arreglo al artículo 10, apartado 3, del Reglamento n° 659/1999, la naturaleza de las informaciones requeridas, o bien, encargar un dictamen pericial complementario que permitiera comparar los niveles de rentas controvertidos con los precios de mercado.
- 250 Sobre este particular, procede recordar que, en virtud de las exigencias derivadas del respeto del derecho de defensa, los datos no procedentes de las autoridades griegas, que la Comisión hubiese obtenido de terceros, sólo podrían sustentar la declaración

de la existencia de una ayuda de Estado por parte de la Comisión, después de haber dado a dichas autoridades la oportunidad de formular válidamente sus observaciones sobre dichos datos (véanse, en este sentido, sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión, 234/84, Rec. p. 2263, apartados 27 a 29, y de 14 de febrero de 1990, Francia/Comisión, C-301/87, Rec. p. I-307, apartados 29 y 30).

- ²⁵¹ En el caso de autos, a la luz de las consideraciones anteriores, basta, por lo tanto, señalar que la Comisión no comprobó en la Decisión impugnada, como exigía el criterio del operador privado, si las rentas controvertidas eran inferiores a los precios de mercado. En efecto, la Decisión impugnada no contiene ninguna consideración dirigida a rebatir la posición defendida por la demandante sobre esta cuestión durante el procedimiento administrativo (véase el apartado 241 *supra*). Por otra parte, el plan de trabajo detallado de los expertos, expuesto en el informe Moore Stephens en el que se basa la Decisión impugnada, aclara que las investigaciones únicamente se referían al riesgo de un subarriendo de las aeronaves a NOA «por rentas artificialmente bajas» (aunque dichas rentas pudieran ser equivalentes a los precios de mercado). Pues bien, procede recordar a este respecto que, aunque recurrir a la ayuda de peritos externos sea una mera facultad y no una obligación de la Comisión, no por ello está exenta de valorar su trabajo (sentencia del Tribunal de 16 de septiembre de 2004, Valmont/Comisión, T-274/01, Rec. p. II-3145, apartado 72).

- ²⁵² De todo ello resulta que, al basarse únicamente en las diferencias entre, por una parte, las rentas abonadas por OA y por la República Helénica por el alquiler de las aeronaves y, por otra, las rentas abonadas por NOA por el subarriendo de dichas aeronaves, para declarar que se concedió a esta sociedad una ventaja que no habría conseguido en condiciones normales de mercado, la Comisión incurrió en error manifiesto de apreciación en la aplicación del criterio del inversor privado.

253 De ello se deduce que procede estimar el motivo basado en la infracción del artículo 87 CE, apartado 1. En consecuencia, debe anularse el artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada, sin necesidad de examinar los motivos basados en la falta de motivación y en la imputabilidad al Estado de las medidas en cuestión. En consecuencia, el artículo 2 de esta Decisión también debe anularse, en la medida en que impone la recuperación de las ayudas a que se refiere el artículo 1, apartado 1.

3. *Sobre las ayudas otorgadas a OA*

a) Sobre el pago anticipado del importe sobrestimado del valor de los elementos de activo de OA traspasados a NOA (artículo 1, apartado 2, de la Decisión impugnada) (asuntos T-415/05 y T-423/05)

254 La República Helénica y OA impugnan la Decisión impugnada en lo relativo a la declaración realizada por la Comisión, en su artículo 1, apartado 2, de que se ha concedido a esta sociedad una ayuda ilegal incompatible con el mercado común, cuyo importe corresponde a la sobrevaloración de los elementos del activo de OA traspasados a NOA, al crearse esta nueva compañía aérea.

255 Las demandantes invocan la infracción del artículo 87 CE, apartado 1, así como una falta de motivación. Con carácter subsidiario, la República Helénica sostiene que, incluso suponiendo que la medida de que se trata pudiera calificarse de ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, cosa que niega, dicha medida debió haber sido declarada compatible con el mercado común, con arreglo al artículo 87 CE, apartado 3, letra c). Consideran que la Decisión impugnada también adolece, en este punto, de falta de motivación.

Sobre la infracción del artículo 87 CE, apartado 1 y la falta de motivación (asuntos T-415/05 y T-423/05)

— Alegaciones de las partes

²⁵⁶ La República Helénica y OA sostienen que la Comisión y sus expertos ignoraron la lógica económica que subyace en la transformación del grupo Olympic Airways, que trataron como una mera reestructuración interna. Explican que el procedimiento de privatización por el que optó la República Helénica, a partir de 2003, se basaba en la separación de las actividades de vuelo del grupo Olympic Airways y en la creación de una nueva empresa autónoma, NOA, ajena al grupo Olympic Airways, con la finalidad de maximizar su valor y venderla inmediatamente. Alegan que esta transformación pretendía que la República Helénica pudiera recuperar la mayor parte posible de su inversión en OA en forma de ayudas a la reestructuración abonadas a lo largo de la última década.

²⁵⁷ Consideran, en este contexto, que la Comisión confundió el criterio del inversor privado con el del acreedor privado. En efecto, un inversor privado valoraría las posibilidades de que la empresa pudiera recuperarse y no exigiría que se la declarara en quiebra ante el primer impago, sin tener cuenta de su potencial a más largo plazo.

²⁵⁸ Añaden que el capital social de NOA fue fijado en aproximadamente 130 millones de euros sobre la base de los balances de transformación. Consecuentemente, la República Helénica realizó pagos en favor de OA de un importe total equivalente a dicha suma, más de la mitad de la cual fue utilizada por OA para abonar indemnizaciones y cubrir otros gastos relacionados con los despidos de trabajadores motivados por la transformación.

- 259 Según las demandantes y contrariamente a lo alegado por la Comisión, este pago anticipado no confirió ventaja alguna a OA, dado que su importe no superaba el valor de los elementos patrimoniales de los que se privó a dicha sociedad. Es más, presentaba un carácter provisional, a la espera de percibir el importe de la venta de NOA y de las demás sociedades resultantes del grupo Olympic Airways.
- 260 Así las cosas, consideran que la Decisión impugnada está viciada de un error manifiesto de apreciación y de falta de motivación en lo que se refiere a la concesión de una ventaja a OA y la aplicación del criterio del inversor privado.
- 261 Las demandantes arguyen que, en el contexto de la transformación del grupo Olympic Airways, los elementos del activo traspasados a NOA debían evaluarse con arreglo a su valor de mercado. Señalan, sobre este punto, que mientras que los activos traspasados a NOA fueron valorados por los expertos de la Comisión en 38,5 millones de euros, sólo las aeronaves de las que fue privada OA fueron valoradas en más de 120 millones de euros de acuerdo con un informe emitido por Airclaims.
- 262 Además, las demandantes están en desacuerdo con que OA no tenga derecho a ninguna indemnización por el conjunto de sus derechos en las franjas horarias en diversos aeropuertos, concretamente, en Heathrow (Londres), donde obtuvieron por las ventas de derechos por compañías aéreas unos 7 u 8 millones de euros por franja, como tampoco por los contratos bilaterales que tenía suscritos, ni por su marca comercial y su logotipo, universalmente conocidos.
- 263 Sobre este particular, OA pone de relieve que el fondo de comercio de 30 millones de euros, llevado al balance de transformación de OA, se había contabilizado en el marco de la fusión por absorción de las actividades de vuelo de OA y de su filial Olympic

Aviation por Macedonian Airways, convertida en NOA, con arreglo, en particular, a las disposiciones de la Ley griega nº 2190/1920 de sociedades anónimas, codificada por el Real Decreto 174/1963 (FEK A 37; en lo sucesivo, «Ley nº 2190/1920») y de la Ley nº 3185/2003, así como a la norma internacional de contabilidad nº 3 «Combinaciones de negocios» (en lo sucesivo, «norma NIIF 3»). En particular, de acuerdo con el artículo 43, apartado 4, letra b), de la Ley nº 2190/1920, «el fondo de comercio de la empresa (goodwill), que se crea con ocasión de su compra o de la fusión de cualquier entidad económica, y que es igual a la diferencia entre el precio total de compra y el valor real de los elementos del activo, se lleva a la cuenta “fondo de comercio de la empresa” del inmovilizado inmaterial y se amortiza bien a tanto alzado, bien de forma escalonada, y en una proporción constante a lo largo de varios ejercicios, sin que la duración de la amortización pueda exceder de cinco años». Por otra parte, OA señala asimismo que de acuerdo con la legislación griega las aportaciones en especie a una sociedad anónima deben valorarse por su valor real y no por su coste histórico de adquisición.

- 264 Añade OA que si la valoración del valor de los activos traspasados a NOA no se hubiera hecho con arreglo al valor de mercado de estos activos, la venta de NOA por un precio inferior al precio de mercado habría supuesto una ayuda de Estado para los compradores potenciales de NOA y hubiese perjudicado los derechos de los acreedores de OA.
- 265 Con ocasión de un intento de privatización de NOA que llevó a la firma de un protocolo de acuerdo, el día 5 de agosto de 2005, el valor de NOA a 31 de diciembre de 2004 fue estimado por un inversor privado en un importe superior a 100 millones de euros, lo cual, sostiene OA, estaba en consonancia con la evaluación contable realizada el 12 de diciembre de 2003, tras la deducción de las pérdidas sufridas por NOA.
- 266 OA rebate las alegaciones de la Comisión relativas a la falta de una auditoria independiente de los balances de transformación contestando que estos balances fueron íntegramente elaborados por un censor de cuentas oficial, de conformidad con la Ley nº 3185/2003.
- 267 Por lo que respecta a la evaluación de los créditos de NOA, OA señala que el informe que se acompañaba al balance de apertura de NOA indica que cualquier diferencia

entre los créditos que figuran en el balance de apertura de esta nueva compañía aérea y los importes finalmente recobrados se llevará al debe o al haber de las cuentas de OA y de Olympic Aviation, de forma que el activo neto de NOA no quede afectado. Por otra parte, las demandantes reprochan a la Comisión no haber tenido en cuenta los ingresos esperados de la futura venta de dos aeronaves que todavía figuran incluidas en el balance de OA.

268 Por último, en lo relativo a la afirmación de la Comisión según la cual la Decisión impugnada deja abierta la discusión sobre el importe de la sobrestimación de los elementos del activo traspasados a OA, en el marco de la cooperación leal en virtud del artículo 10 CE, la República Helénica y OA ponen de relieve las dificultades que supone la cuantificación de la supuesta ayuda, con vistas a su recuperación. Recuerdan que, conforme al Derecho griego, cuando un crédito no es líquido, no es exigible. Reprochan a la Comisión no haber dado respuesta a los datos y documentos que las autoridades griegas le comunicaron mediante escrito de 16 de noviembre de 2005, entre los cuales figuraba el informe de Deloitte & Touche, fechado el 27 de octubre de 2005, en el que se ponían de manifiesto numerosos errores en las estimaciones realizadas por los expertos de la Comisión en relación con la cuantificación de los elementos del activo traspasados a NOA. Según el informe de Deloitte & Touche, los ajustes realizados por la Comisión no reflejan la realidad de la estructura patrimonial y de la situación financiera de NOA después de la transformación, lo cual sería contrario a la Ley n° 2190/1920 cuyo texto prevé que sus disposiciones puedan dejarse de aplicar con objeto de reflejar una imagen fiel de la situación de una empresa. Señalan cómo los propios expertos de la Comisión afirmaron que dichos ajustes «no necesariamente incluyen todo lo que se habría exigido si se hubiera realizado una auditoría» (nota 10 de la Decisión impugnada).

269 Por otra parte, OA reprocha a la Comisión no haber definido los mercados pertinentes y no haber analizado las condiciones competitivas en esos mercados. La conclusión según la cual la medida controvertida falsea la competencia no solamente carece de motivación sino que, además, es errónea. En efecto, OA recuerda que daba servicio a 33 de los 38 aeropuertos griegos sobre la base de obligaciones de servicio

público, y ello, sin ninguna competencia, y que, de dichos aeropuertos, una treintena no presenta ningún interés comercial.

- 270 La Comisión sostiene que el pago anticipado controvertido constituyó, por sí mismo, una ayuda de Estado. Las demandantes, según la Comisión, no han expuesto ninguna razón seria en la que un inversor privado pudiera basar una esperanza sólida y realista de sacar un rendimiento satisfactorio de dicho pago anticipado, a la vista de la situación particularmente difícil de OA, caracterizada por la concesión de ayudas a esta sociedad durante años, el fracaso de los intentos de reestructuración y de los intentos de venta, la persistencia de los resultados negativos y la acumulación de deudas y pérdidas. Recuerda, por otra parte, que los acreedores privados de OA, como los arrendadores de aeronaves y las entidades bancarias ABN Amro y Crédit Lyonnais, se apresuraron, en obtener garantías de la República Helénica. Añade que del informe Moore Stephens se desprende que el pago anticipado controvertido se utilizó para financiar gastos de funcionamiento, como el alquiler por OA de las aeronaves subarrendadas a NOA.
- 271 La Comisión examinó, en la Decisión impugnada, con carácter meramente subsidiario, si el pago controvertido podía considerarse como una forma de indemnización concedida por el Estado a OA por los activos traspasados a NOA.
- 272 Sobre este particular, los expertos de la Comisión comprobaron, según ésta afirma, que el importe controvertido de 130 millones de euros se determinó sobre la base de los datos proporcionados a Deloitte & Touche por la dirección de OA, sin haber sido evaluados por profesionales independientes. En su informe sobre los estados financieros de NOA correspondientes al ejercicio que expiró el 31 de diciembre de 2003, los auditores, nombrados por las autoridades griegas, expresaron, según la Comisión, sus reservas sobre los balances de apertura de la sociedad.
- 273 La Comisión afirma que sus expertos estimaron el valor de los activos netos traspasados a NOA en 38,5 millones de euros, después de un ajuste, con reservas, del

balance del sector de actividades de vuelo. Se habrían basado en los datos contables proporcionados por las autoridades griegas y habrían utilizado prácticas contables reconocidas, tales como deducir los créditos dudosos, el producto de las futuras ventas de aeronaves, así como el fondo de comercio, y tener en cuenta el importe total de las deudas, la amortización del coste de las aeronaves así como las provisiones en relación con determinados ingresos y gastos, en particular, en materia de impuestos.

274 La Comisión, apoyada por la parte coadyuvante, pone en duda que la transformación del grupo Olympic Airways tenga un valor contable propio. Considera que las demandantes no se atienen a la definición del concepto de fondo de comercio contenida en las normas contables. Según la norma NIIF 3, apartado 51, el fondo de comercio correspondería al exceso en el coste de adquisición sobre el valor de la participación del comprador en el valor neto razonable de los activos y pasivos identificables adquiridos. No puede, por lo tanto, hablarse objetivamente de fondo de comercio si falta una transacción libre, como ocurre en el caso de autos, al tratarse según la Comisión, de una simple reestructuración interna del grupo Olympic Airways por la República Helénica. En particular, contrariamente a lo alegado por OA, no habría existido ni fusión real ni compra, dado que no hubo un precio de mercado, condición necesaria para que se genere el fondo de comercio.

275 Por otra parte, las normas contables no permiten, según la Comisión, contabilizar los activos inmateriales cuyo valor real no pueda estimarse de modo fiable. En particular, no sería posible determinar la «imagen real de la transformación», en presencia de un balance artificial de transformación basado en simples estimaciones de la dirección de OA.

276 En su réplica en el asunto T-423/05, la Comisión alega que OA explicó en su réplica, por primera vez, que el fondo de comercio está constituido por el conjunto de bienes inmateriales (nombre comercial, franjas horarias), lo cual difiere totalmente de la

definición que da la norma NIIF 3, apartado 51, antes citada, así como la legislación griega invocada por OA. Por ello, esta alegación resulta extemporánea.

- ²⁷⁷ En lo relativo al precio de venta de NOA, alegado por OA, la Comisión señala que sería más equitativo que estuviera en función de una venta efectiva, y no de valoraciones arbitrarias, basadas en estimaciones no certificadas, y ello con independencia del valor de las aeronaves, que sólo constituirían un elemento del balance.
- ²⁷⁸ Por último, la Comisión considera que la Decisión impugnada está suficientemente motivada. El conjunto de los elementos tenidos en cuenta por los expertos de la Comisión, de acuerdo con las normas de una gestión razonable y responsable, aparece recogido en el cuadro que figura en el considerando 120 de la reiterada Decisión. Estos elementos son objeto de comentarios (considerandos 110 a 126), así como de una valoración jurídica por parte de la Comisión (considerandos 197 a 201).

— Apreciación del Tribunal

- ²⁷⁹ Consta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley nº 3185/2003, la República Helénica realizó un pago anticipado en favor de OA en varios plazos desde el mes de diciembre de 2003 hasta el mes de mayo de 2004 y con cargo a una cuenta especial, de un importe total de aproximadamente 130 millones de euros que, según las autoridades griegas, corresponde al valor de los activos transferidos a NOA, al crearse esta nueva empresa.

- 280 En efecto, el artículo 27, apartados 1 y 5, de la Ley nº 3185/2003 preveía que la totalidad de las acciones de las sociedades resultantes de la transformación del grupo Olympic Airways se adjudicarían sin contrapartida a la República Helénica, con el fin de privatizar esas sociedades, y que se provisionaría una cuenta especial de la República Helénica, titulada «Estado griego – Cuenta de privatización del grupo Olympic Airways» con el producto de la venta de las sociedades privatizadas del grupo. Según este artículo, para poder hacer frente a los gastos ocasionados por los despidos de trabajadores y la cobertura de los compromisos financieros de OA y de Olympic Aviation a lo largo del período de transformación y de liquidación, se cargarían en la cuenta especial los anticipos del Estado, hasta alcanzar el importe correspondiente al valor nominal de las acciones de la nueva compañía aérea resultante de la transformación, adjudicadas a la República Helénica.
- 281 En este caso, se desprende expresamente del artículo 1, apartado 2, de la Decisión impugnada que la ayuda controvertida consiste únicamente en la sobrevaloración, según la Comisión, del importe de los activos traspasados a NOA al crearse ésta. La Comisión estima provisionalmente el importe de esta ayuda en 91,5 millones de euros. Por lo tanto, en la parte dispositiva de la Decisión impugnada, no se cuestiona que pueda existir un anticipo a OA del importe del valor del conjunto de los activos traspasados a NOA.
- 282 Es cierto que la Comisión subraya, en el considerando 196 de la Decisión impugnada, que era contrario al criterio del inversor privado pagar un anticipo de aproximadamente 130 millones de euros a una empresa, como OA, que se encontraba en una situación económica particularmente difícil, a la que, además, se acababa de privar de su sector de actividades de vuelo y cuyas deudas fiscales y de seguridad social con la República Helénica alcanzaban, a finales de 2003, el importe de 522 millones de euros, mientras dichas deudas seguían aumentando y desaparecerían los activos susceptibles de ser realizados para devolver estas deudas. Sobre este particular, la Comisión, basándose en las conclusiones del Abogado General Mischo presentadas en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de octubre de 2000, España/Comisión (C-480/98, Rec. pp. I-8717 a I-8720, puntos 32 a 43), pone de relieve que en un contexto como éste, un acreedor privado, que además resulta ser el principal acreedor de OA y que, siendo realistas, tuviera pocas posibilidades de obtener el pago de sus créditos frente a OA, hubiera adoptado todas las medidas legales para obtener el pago de los créditos vencidos o la realización de sus garantías.

- 283 Sin embargo, procede recordar que la Comisión no cuestiona en la Decisión impugnada la Decisión de la República Helénica de transformar el grupo Olympic Airways para facilitar su privatización, transfiriendo los activos de su sector de actividades de vuelo a NOA, y previendo, en particular, el pago anticipado controvertido en favor de OA, en lugar de exigir la liquidación inmediata de OA para recuperar al menos una parte de sus créditos frente a la mencionada sociedad (véanse los apartados 101 y 281 *supra*). La Comisión se limita a declarar que, ante la falta de una perspectiva de rentabilidad a largo plazo para OA, un inversor privado no habría concedido un adelanto financiero análogo al abonado a esta sociedad. No obstante, la Comisión no califica el pago anticipado de una compensación, en cuanto tal, de ayuda de Estado, ni en la motivación ni en la parte dispositiva de la Decisión impugnada.
- 284 En cambio, del considerando 197 de la Decisión impugnada sí se desprende explícitamente que la Comisión califica de ayuda de Estado el pago del importe del anticipo controvertido, por cuanto dicho importe supera, según la Comisión, el valor de los activos transferidos a NOA y no puede, por tanto, considerarse como una compensación abonada por la República Helénica a OA por este traspaso.
- 285 En particular, la Comisión reconoce expresamente, en el considerando 197 de la Decisión impugnada, que si el importe de 130.312.459 euros abonado por la República Helénica a OA en la cuenta especial correspondiera al valor de los elementos del activo de OA transferidos a NOA, la cesión no constituiría una ayuda de Estado.
- 286 A la vista del contenido claro del artículo 1, apartado 2, de la parte dispositiva de la Decisión impugnada, desarrollado en la motivación de la citada Decisión, corresponde al Tribunal dirimir la controversia que se ha suscitado en relación con la valoración de los activos traspasados a NOA, a efectos del cálculo del importe de la compensación.

- 287 A este respecto, procede examinar si la conclusión de la Comisión contenida en la Decisión impugnada, según la cual el valor de los activos transferidos a NOA fue sobrevalorado está suficientemente motivada y no adolece de error manifiesto de apreciación.
- 288 Los informes Deloitte & Touche, de 29 de noviembre de 2003, anexos al balance de apertura de NOA y a los balances de transformación de OA y de Olympic Aviation, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley nº 3185/2003, indican que dichos balances –elaborados por esta sociedad de consultores en condición de auditores de cuentas autorizados, nombrada con arreglo al citado artículo 27– se elaboraron con arreglo a las normas contables griegas, incluido el principio del coste histórico, salvo en lo relativo, por una parte, a la valoración de las aeronaves y de los motores propiedad de las ramas escindidas de OA y de Olympic Aviation, que fueron valorados por la sociedad especializada Airclaims por su valor de mercado a 1 de octubre de 2003 y, por otra parte, a la valoración del fondo de comercio. A tenor de los informes Deloitte & Touche, la dirección de OA valoró el fondo de comercio de acuerdo con las prácticas internacionales, sobre la base de los ingresos brutos de esta sociedad, de sus resultados recientes y del interés manifestado en los procedimientos relativos a su privatización.
- 289 En cambio, en la Decisión impugnada (véanse, en particular, los considerandos 120, 199 y 200), la Comisión, basándose en el informe Moore Stephens, procedió a hacer ajustes basados en las valoraciones de sus expertos, quienes sólo se atuvieron, en cuanto a las aeronaves, a su valor neto contable, y por otra parte, retiraron del cálculo de la compensación, en particular, el importe correspondiente al valor de los activos inmateriales tenido en cuenta por las autoridades griegas en concepto del fondo de comercio así como los créditos de dudoso cobro y el crédito relativo a la futura venta de dos aeronaves todavía incluidas en el balance de OA.
- 290 Sobre este particular, las demandantes reprochan concretamente a la Comisión haber ignorado la necesidad, por una parte, de valorar las aeronaves por su valor de mercado y, por otra parte, de tener en cuenta el fondo de comercio generado con la creación

de NOA, así como los ingresos esperados de la futura venta de dos aeronaves, con la finalidad de determinar la situación económica real de NOA. También cuestionan los ajustes efectuados por la Comisión en cuanto a los créditos de dudoso cobro.

291 Con carácter previo, procede señalar que, contrariamente a lo que parecen sugerir las conclusiones de los expertos de la Comisión recogidas en la Decisión impugnada (considerando 124), la circunstancia de que el artículo 27 de la Ley n° 3185/2003 preveía el pago anticipado de la compensación controvertida, hasta alcanzar el importe equivalente al valor nominal de las acciones de NOA, no permite presumir que las aportaciones de capital social, consistentes en la cesión de los activos del sector de las actividades de vuelo del grupo Olympic Airways, fueran sobrevalorados, con el propósito de apoyar a OA, que atravesaba grandes dificultades financieras, durante el procedimiento de transformación y de liquidación. Además, esta misma circunstancia no era de tal índole que impidiera tener en cuenta, al determinar el valor del capital social de NOA, de acuerdo con las normas contables aplicables, en particular, el valor de mercado de las aeronaves traspasadas, así como el valor de los elementos del activo inmaterial incluidos, en este caso, en el balance de transformación de OA y en el balance de apertura de NOA en concepto de fondo de comercio, por cuanto este valor podía determinarse de modo fiable.

292 En este contexto, procede examinar, a la luz del criterio del operador privado, los ajustes controvertidos realizados por la Comisión, a saber, en primer lugar, la exclusión de determinados activos inmateriales del cálculo de la compensación, en segundo lugar, el cuestionamiento por esta institución de la aplicación del criterio del valor de mercado de las aeronaves y, en tercer lugar, la exclusión de los ingresos relativos a la futura venta de dos aeronaves.

293 En primer lugar, por lo que respecta a los distintos activos inmateriales tenidos en cuenta, en concepto de fondo de comercio, de un importe de 30 millones de euros, en el balance de transformación de OA y en el balance de apertura de NOA, procede desestimar de entrada la alegación que formula la Comisión, en el asunto T-423/05,

en cuanto a la inadmisibilidad de determinadas alegaciones de la demandante (véase el apartado 276 *supra*).

294 Sobre este particular, procede señalar que los informes de 29 de noviembre de 2003, anexos a los balances de transformación de OA y de Olympic Aviation y al balance de apertura de NOA enumeran los elementos del activo inmaterial tenidos en cuenta en concepto de fondo de comercio (véase el apartado 296 *infra*). Además, la Decisión impugnada (considerando 110) afirma expresamente que, según las conclusiones emitidas por los expertos de la Comisión, el importe de 30 millones de euros incluido en el balance de transformación de OA en concepto de inmovilizado inmaterial correspondía a la valoración, por la dirección de OA, del valor del nombre comercial, del logotipo (los anillos olímpicos) de la marca Olympic, de las franjas horarias y de los acuerdos bilaterales. Pero es que además, en su decisión de incoar el procedimiento de investigación formal (apartado 59), la Comisión indicó que, según los informes de Deloitte & Touche anexos a los balances mencionados, la dirección de OA había calculado este fondo de comercio, «es decir una parte del inmovilizado inmaterial, procedente del nombre comercial, de las franjas horarias, de la cuota de mercado» y que la misma representaba más del 20 % del activo inmovilizado de la empresa.

295 En estas condiciones, contrariamente a lo alegado por la Comisión, no puede considerarse un motivo nuevo la invocación, realizada por OA en su réplica en el asunto T-423/05, de elementos tales como las franjas horarias, el logotipo, la marca o el nombre comercial, como elementos tenidos en cuenta en concepto de fondo de comercio. En efecto, tal invocación se inserta manifiestamente en la prolongación de la controversia iniciada entre las partes en la fase del procedimiento administrativo, así como en la argumentación expuesta por OA en su demanda en cuanto a la necesidad de tener en cuenta el fondo de comercio.

296 En cuanto al fondo, de los informes de Deloitte & Touche antes citados, adjuntos en anexo al balance de apertura de NOA y al balance de transformación de OA, se desprende que los elementos del activo tenidos en cuenta por la dirección de OA, en concepto de fondo de comercio, estaban formados por el nombre comercial y la marca Olympic, el logotipo (los anillos olímpicos), las franjas horarias de las que OA

disponía en distintos aeropuertos, los acuerdos bilaterales –concluidos con Estados no miembros de la Unión Europea y relativos a los derechos aéreos, como confirmaron las demandantes en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal en la vista–, el renombre de OA y su cuota de mercado.

²⁹⁷ Sobre este particular, puede hacerse una distinción, en relación con los activos inmateriales antes mencionados, entre, por una parte, los activos separables, susceptibles de disociarse de la entidad cedida y de ser vendidos o cedidos, bien sea individualmente, bien al mismo tiempo que un contrato, un activo o un pasivo vinculados, y cuyo valor puede establecerse de un modo fiable, con independencia del resultado de la privatización proyectada, tales como las franjas horarias, y, por otra, los activos inmateriales que no pueden separarse, y cuyo valor en el mercado no puede, además, establecerse de modo fiable a falta de una transacción, como el renombre o las cuotas de mercado, y que corresponden al fondo de comercio que se genera cuando se produce la compra de una empresa o su fusión con otra empresa.

²⁹⁸ Debe hacerse constar que, en la Decisión impugnada (véanse, en particular, los considerandos 110 y 199), la Comisión, haciendo suyas las conclusiones formuladas en el informe Moore Stephens «utilizando las técnicas y los modelos contables reconocidos en Grecia y a nivel internacional», se negó a tener en cuenta el conjunto de los distintos bienes inmateriales antes mencionados, traspasados a NOA, limitándose a indicar que «ni los principios contables griegos ni los [principios contables internacionales comúnmente admitidos] prevén que se reconozcan en el balance el inmovilizado inmaterial generado por la empresa».

²⁹⁹ Ahora bien, la Comisión no cuestiona que la norma NIIF 3, aplicable a las combinaciones de negocios, enunciada en el anexo del Reglamento (CE) n° 2236/2004 de la Comisión, de 29 de diciembre de 2004, que modifica el Reglamento (CE) n° 1725/2003 por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) números 1, 3 a 5, a las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) números 1, 10, 12, 14, 16 a 19, 22, 27, 28 y 31 a 41, y las interpretaciones del Comité de Interpretación de Normas (SIC) 9, 22, 28 y 32 (DO L 392, p. 1), a la que las partes se refieren ante el Tribunal, que es aplicable desde el 31 de marzo de 2004 (apartado 78 de la norma NIIF 3) y pudo haber sido objeto, con determinados requisitos, de una «aplicación

retroactiva» (apartado 85 de la norma NIIF 3), permite al adquirente contabilizar separadamente los activos intangibles identificables de la empresa o de la entidad adquiridas, cuando su valor razonable –en otras palabras, y en lo esencial, el importe que se habría pagado en una transacción entre partes bien informadas, que actúen en condiciones normales de competencia– puede valorarse de modo fiable en la fecha de adquisición (apartados 37, 45 y 46 de la norma NIIF 3). Además, según la Norma Internacional de Contabilidad 38 «Inmovilizaciones inmateriales», en su versión modificada después de la adopción de la norma NIIF 3 (IAS 38), el valor razonable de los activos intangibles adquiridos en combinaciones de negocios podía valorarse normalmente de modo suficientemente fiable para ser contabilizado separadamente del fondo de comercio. También debe señalarse que la Norma Internacional de Contabilidad 22 «Combinaciones de negocios», tal y como figura enunciada en el anexo al Reglamento (CE) n° 1725/2003 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2003, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 261, p. 1), sustituida por la norma NIIF 3, ya establecía la contabilización separada, a fecha de adquisición de una entidad, de los activos inmateriales identificables cuyo valor razonable se estimaba de modo fiable.

300 Además, la Comisión no pone en duda que las normas contables griegas permitían al adquirente contabilizar, separadamente del fondo de comercio, los elementos del inmovilizado inmaterial separables de la entidad adquirida, como las franjas horarias, cuando su valor podía estimarse de modo fiable.

301 Por lo que atañe a los activos inmateriales que no podían separarse, y cuyo valor razonable no podía determinarse de modo fiable, al faltar en este caso una transacción efectiva, en la medida en que, cuando se hizo el pago del anticipo controvertido, no se había concretado ninguna perspectiva concreta de compra de NOA por un inversor privado, ha de adoptarse el punto de vista de la Comisión según el cual, en defecto de una transacción, la cesión a NOA de los activos vinculados con el sector de las actividades de vuelo, acompañada de la devolución de las acciones de esta sociedad a la República Helénica, sin contrapartida, para la futura privatización de esta sociedad, no puede asimilarse a una compra o a una fusión susceptibles de generar un fondo de comercio (véase el apartado 297 *supra*). Al faltar en ese momento una perspectiva precisa y concreta de transacción, la circunstancia invocada por OA, de que NOA había sido creada por fusión y absorción de las actividades de vuelo de las sociedades

OA y Olympic Aviation por la antigua filial Macedonian Airways, denominada NOA a raíz de esta transformación, no modifica este análisis.

302 En este contexto, y teniendo en cuenta, en particular, la norma NIIF 3, invocada por las partes (véase el apartado 299 *supra*), correspondía a la Comisión examinar individualmente los distintos elementos del activo inmaterial en cuestión y comprobar si podían separarse y si su valor razonable podía evaluarse de modo fiable, y, en su caso, si, a la luz del criterio del inversor privado, debían excluirse del cálculo de la compensación abonada a OA.

303 Pues bien, de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión –que, por cierto, reconoció en la vista que determinados activos inmateriales, tales como las franjas horarias, podían venderse separadamente y presentaban un valor de mercado propio– no examinó individualmente los activos inmateriales de que se trata y no expuso, en la Decisión impugnada, los motivos por los que consideraba que el criterio del inversor privado se oponía, en el presente caso, a que activos inmateriales susceptibles de ser evaluados de modo fiable con independencia de cualquier cesión o fusión, se tengan en cuenta en su valor razonable, a efectos del cálculo del importe de la compensación abonada a OA. En consecuencia, la Decisión impugnada está viciada, en este punto de un error manifiesto de apreciación.

304 Además, y en cualquier caso, en el contexto de la creación de una nueva compañía aérea jurídicamente autónoma, a la que se transfirió el conjunto de activos vinculados al sector de las actividades de vuelo del grupo Olympic Airways, y en la medida en que la Comisión no consideró, en la Decisión impugnada, que el abono anticipado de una compensación financiera a OA, por el traspaso de los activos inmateriales a

NOA, constituyera, por sí mismo, una ayuda de Estado, la Comisión debió, al menos, motivar, a la luz del criterio del inversor privado, su negativa a tener en cuenta el conjunto de elementos del activo inmaterial a efectos del cálculo de la compensación.

³⁰⁵ En particular, en el contexto que se ha expresado, incluso suponiendo que la Comisión partiera de la premisa de que la escisión del sector de las actividades de vuelo y la transferencia de los activos correspondientes a NOA debían tratarse como una mera reestructuración interna del grupo Olympic Airways, debía, en cualquier caso justificar de manera clara y comprensible, a la luz del criterio del inversor privado, la elección de las normas contables en la que se basó para excluir los activos inmateriales controvertidos del cálculo de la compensación abonada a OA.

³⁰⁶ Pues bien, aunque la Comisión invoca ante el Tribunal, en particular, la norma NIIF 3, que prevé la contabilización de las fusiones de empresas aplicando el método de adquisición según el cual el adquirente contabiliza, en particular, los activos adquiridos, incluidos aquellos que no estaban contabilizados con anterioridad por la empresa adquirida (apartado 15 de la norma), sin embargo, se basa exclusivamente, en la Decisión impugnada, en el principio contable que prohíbe a una empresa contabilizar como activo, en sus estados financieros, el fondo de comercio generado internamente (norma IAS 38), sin especificar, además, en qué norma o normas se apoya.

³⁰⁷ De este modo, la Comisión no expuso, en la Decisión impugnada, cuáles eran los motivos concretos por los cuales, a pesar de que se trataba de evaluar los activos en cuestión a la luz de las normas aplicables a las fusiones de empresas, no a efectos de su inclusión en los estados financieros de OA, sino a efectos de determinar el importe que se debía pagar a esta empresa en compensación por la pérdida del conjunto de su sector de actividades de vuelo y de los activos correspondientes, alguno de los cuales

podrían haberse vendido separadamente, se basó en las normas aplicables a la contabilización de estos activos inmateriales por la empresa adquirida.

308 En segundo lugar, en el contexto que se ha expresado, y por motivos de análoga naturaleza (véase el apartado 305 *supra*), procede también considerar que, en la Decisión impugnada (véanse, en particular, los considerandos 111 y 199), la Comisión, haciendo suyas las conclusiones que a este respecto se formulan en el informe Moore Stephens, informe que se refería con carácter general a los principios contables griegos y a los principios contables internacionales generalmente admitidos, no motivó de modo suficiente en Derecho, a la luz del criterio del inversor privado, porqué tuvo en cuenta, a efectos del cálculo del importe de la compensación, el valor neto contable de las aeronaves cuya propiedad se había traspasado a NOA, en lugar de su valor de mercado a 1 de octubre de 2003, el cual suponía, según el informe Airclaims, un incremento de cerca de 43,2 millones de euros en el valor estimado de estas aeronaves, en comparación con su valor neto contable.

309 En tercer lugar, la invocación por la Comisión, en la Decisión impugnada (véanse, en particular, los considerandos 114 y 199), de los principios griegos de contabilidad y de los principios contables generalmente admitidos, que excluyen la inclusión en las cuentas anuales de una empresa de los ingresos vinculados con la venta aún no realizada de un activo inmovilizado que no pertenece a esta empresa, no constituye una motivación suficiente de por qué esta institución ha excluido tener en cuenta, a efectos del cálculo del importe de la compensación, los ingresos netos esperados de la venta, en trámite, de dos aeronaves de tipo A 300-600 que seguían contabilizadas en el balance de OA, en espera de que se llevara a cabo la venta. En efecto, en la medida en que la Comisión no se pronunció en contra de la cesión a NOA del conjunto de activos de OA relacionados con las actividades de vuelo, ni del correlativo pago anticipado de una compensación, le correspondía justificar, a la luz del criterio del inversor privado, por qué se excluyeron del cálculo del importe de la compensación los ingresos esperados de la venta de las dos aeronaves mencionadas, que asciende a 24,4 millones de euros.

- 310 A la vista de todas las anteriores consideraciones, los motivos basados en error manifiesto de apreciación y en la falta de motivación de la Decisión impugnada deben considerarse fundados, en la medida en que la Comisión excluyó del cálculo de la compensación el conjunto de los elementos del activo inmaterial que la dirección de OA había tenido en cuenta en concepto de fondo de comercio. Además, la Decisión impugnada adolece de falta de motivación en la medida en que la Comisión excluyó de dicho cálculo los ingresos esperados de la venta de dos aeronaves todavía contabilizadas en el balance de OA, y en la medida en que descartó estimar por el valor actual de mercado las 18 aeronaves cuya propiedad fue transferida a NOA.
- 311 A continuación, y por lo que respecta a los créditos de dudoso cobro, ha de señalarse que la Comisión motivó suficientemente en la Decisión impugnada (véanse, en particular, los considerandos 112, 120 y 199) la exclusión o el ajuste de los mismos a efectos del cálculo del importe de la compensación abonada a OA, basadas en las conclusiones de los expertos que subrayaban, en particular, que, al faltar el provisionamiento de estos créditos en el balance de apertura de NOA, no era prudente incluir tales créditos en el activo de NOA. Por otra parte, las alegaciones no suficientemente apoyadas de las demandantes, según las cuales los créditos controvertidos eran ciertos, no permiten considerar que la Comisión haya cometido un error manifiesto de apreciación al considerar que no debía tenerse en cuenta el valor de dichos elementos o que habían sido sobrevalorados. Es más, aunque, como ha alegado OA (véase el apartado 267 *supra*), el abono del importe de los créditos controvertidos estuviera garantizado frente a NOA, esta circunstancia no es relevante a efectos de valorar el importe de dichos créditos cuya devolución podía esperarse razonablemente, al traspasarse dichos créditos a NOA, como activos vinculados al sector de las actividades de vuelo.
- 312 Además, contrariamente a lo alegado por OA, la Decisión impugnada no adolece de error manifiesto de apreciación ni de falta de motivación en cuanto a la declaración según la cual el pago anticipado de una compensación cuyo importe pudo haber sido sobrestimado podía falsear o amenazar la competencia. En efecto, la Comisión señaló, en la Decisión impugnada (considerando 35), que OA ejercía actividades de

asistencia en tierra, mantenimiento y reparación y que operaba en el mercado de la prestación de las actividades en cuestión. En este contexto, subrayó que la concesión de la ayuda controvertida alegada podía falsear la competencia con otras empresas de la Unión, concretamente, a raíz de la desregulación del mercado de los servicios de asistencia en tierra desde 1996 (considerando 202). De conformidad con el artículo 87 CE, apartado 1, la Comisión justificó así, de modo suficiente en Derecho la amenaza de una distorsión en la competencia que justifica la calificación de ayuda de Estado, puesto que la medida de que se trata refuerza la posición de la empresa beneficiaria en relación con otras empresas. En particular, de la jurisprudencia se desprende que 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 del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, Rec. p. I-11137, apartados 56 y 57, y la jurisprudencia citada). Además, contrariamente a lo alegado por OA, la circunstancia de que esta sociedad dé servicio a 33 de los 38 aeropuertos griegos, sobre la base de obligaciones de servicio público no excluye por sí misma la existencia de una situación de competencia.

313 Por otra parte, en lo relativo al conjunto de activos traspasados a NOA y que han sido objeto de una retirada o de un ajuste por la Comisión, distintos de los activos inmateriales tenidos en cuenta en concepto de fondo de comercio, de las 18 aeronaves antes citadas y del crédito relativo a la futura venta de dos aeronaves todavía contabilizadas en el balance de OA (véase el apartado 311 *supra*), el importe del pago anticipado que podía abonarse a OA como compensación por esos activos deberá determinarse, en el marco del procedimiento de recuperación de la ayuda y de conformidad con el deber de cooperación leal, sobre la base de unas cuentas auditadas, como ha alegado la Comisión.

314 En efecto, la Comisión reconoce que los ajustes efectuados por sus expertos pueden ser objeto de posterior discusión en el marco de la cooperación leal. Incumbirá a OA, según la Comisión, realizar un control contable de los activos en cuestión, bajo el control de las autoridades griegas, y proponer una evaluación concreta de los elementos del activo traspasados a NOA.

- 315 A este respecto procede recordar que ninguna disposición del Derecho comunitario exige que la Comisión, cuando ordena la devolución de una ayuda declarada incompatible con el mercado común, fije el importe exacto de la ayuda que debe devolverse. Basta con que la Decisión de la Comisión incluya indicaciones que permitan a su destinatario determinar por sí mismo, sin excesivas dificultades, dicho importe (sentencias España/Comisión, antes citada, apartado 25, y de 14 de febrero de 2008, Comisión/Grecia, antes citada, apartado 44).
- 316 Además, en la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/Grecia, antes citada, que declaró que la República Helénica había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 a 4 de la Decisión impugnada, el Tribunal de Justicia desestimó el argumento de que la Comisión no había presentado ningún método de cálculo fiable que permitiera establecer el importe de la ayuda que debía recuperarse (apartados 42 y siguientes de la sentencia).
- 317 Concretamente, en lo que se refiere a la sobrevaloración de los activos de OA trasladados a NOA, el Tribunal de Justicia consideró, en la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/Grecia, antes citada, que la circunstancia de que el importe de esta sobrevaloración, establecido en el artículo 1, apartado 2, de la Decisión impugnada, viniera acompañado de una indicación según la cual se trataba, en este punto, de una valoración provisional, no podía interpretarse en el sentido de que la Decisión impugnada careciera de la precisión necesaria para su ejecución (apartado 43).
- 318 En esta tesitura, también ha de desestimarse el argumento de la República Helénica basado en las dificultades internas suscitadas por la recuperación de la ayuda controvertida (véase el apartado 268 *supra*). Sobre esta cuestión, la jurisprudencia señala que cuando la ejecución de una orden de recuperación tropieza con diversas dificultades internas, la Comisión y el Estado miembro afectado, en virtud de la norma que impone a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias deberes recíprocos de cooperación leal, que inspira, en particular, el artículo 10 CE, deben colaborar de buena fe con el fin de superar las dificultades dentro del pleno respeto de las disposiciones del Tratado y, especialmente, de las relativas a las ayudas de Estado (sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1995, Comisión/Italia, C-348/93, Rec. p. I-673, apartado 17; de 22 de marzo de 2001, Comisión/Francia, C-261/99, Rec. p. I-2537, apartado 24, y sentencia de 12 de mayo de 2005, apartado 42).

- 319 De ello se deduce que la Decisión impugnada debe anularse parcialmente por haber incurrido en error manifiesto de apreciación y adolecer de falta de motivación, en la medida en que excluye tener en cuenta el conjunto de los elementos del activo inmaterial en concepto de fondo de comercio, y por falta de motivación, en la medida en que excluye tener en cuenta los ingresos esperados de la venta de las dos aeronaves mencionadas y únicamente acepta tener en cuenta el valor contable neto de las aeronaves transferidas, en lugar de su valor de mercado actual. Procede desestimar los motivos de impugnación basados en error manifiesto de apreciación y en falta de motivación, en todo lo demás.

Sobre la infracción del artículo 87 CE, apartado 3 y la falta de motivación (asunto T-415/05)

— Alegaciones de las partes

- 320 La República Helénica sostiene con carácter subsidiario que la supuesta ayuda constituye en cualquier caso una ayuda de salvamento compatible con el mercado común. Alega que, efectivamente cumplía o habría podido cumplir el conjunto de requisitos acumulativos a las que las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO 1999, C 288, p. 2; en lo sucesivo, «Directrices de 1999») supeditan la declaración de compatibilidad de una ayuda de esta índole.
- 321 Según la República Helénica, la Comisión incurrió en error manifiesto de apreciación en la Decisión impugnada (considerandos 231 y 232), en cuanto a los dos primeros requisitos de compatibilidad definidos en las Directrices de 1999.

322 Por lo que atañe al primero de los requisitos antes citados, podría considerarse el pago anticipado controvertido como un «préstamo» que debía reembolsarse. La República Helénica reconoce que inicialmente no se previeron intereses para este préstamo. Sin embargo, podrían haberse previsto fácilmente si la Comisión hubiese informado a la República Helénica, a lo largo del procedimiento formal, como debiera haber hecho, de su intención de examinar la compatibilidad del pago anticipado controvertido con el artículo 87 CE, apartado 3, desde la perspectiva de las Directrices de 1999, a raíz de la solicitud que le formularon en este sentido, con carácter subsidiario, las autoridades griegas en su escrito de 11 de junio de 2004, reiterada mediante escrito de 3 de noviembre de 2004.

323 Por lo que atañe al segundo requisito, la República Helénica invoca el apartado 24 de las Directrices de 1999 cuyo tenor establece:

«La autorización inicial de la ayuda de salvamento abarca un período máximo de seis meses o, si el Estado miembro ha remitido un plan de reestructuración en dicho plazo, hasta que la Comisión se pronuncie sobre el mismo. Una vez concedida la autorización inicial y en casos excepcionales debidamente justificados, la Comisión podrá autorizar una prórroga de dicho plazo a petición del Estado miembro.»

324 Sin embargo, la República Helénica añade que en su escrito de 11 de junio de 2004 (apartado 5.21) dirigido a la Comisión, las autoridades griegas señalaron que si la Comisión reconocía que el importe del pago anticipado realizado por OA podía constituir una ayuda de salvamento, ellas demostrarían que las medidas de reestructuración previstas eran conformes a las Directrices de 1999.

325 En consecuencia, la República Helénica sostiene que en el caso de autos los plazos establecidos en las Directrices de 1999 fueron prorrogados, debido a que la Comisión

no dio respuesta a esta solicitud en tiempo útil, impidiendo así a las autoridades griegas cumplir dichos plazos.

³²⁶ Sostiene igualmente, por otra parte, que en la Decisión impugnada (considerando 235), la Comisión interpretó de manera errónea el compromiso de las autoridades griegas de no abonar ninguna ayuda suplementaria a OA, confirmada en la 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), por la que se aprueban ayudas a la reestructuración (véase el apartado 5 *supra*). En efecto, este compromiso sólo habría contemplado las ayudas a la reestructuración, y no las ayudas de salvamento. Por otra parte, en lo sucesivo, tal compromiso debía valorarse con arreglo al nuevo marco definido por las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO 2004 C 244, p. 2), que permiten, con determinados requisitos, la concesión de ayudas nuevas a la reestructuración. Por lo tanto, la Comisión se habría apoyado en una base jurídica errónea.

³²⁷ Por último, la República Helénica sostiene que la Comisión incumplió su obligación de motivación, al no examinar, en la Decisión impugnada, los otros tres requisitos establecidos por las Directrices de 1999 para admitir la compatibilidad de una ayuda de salvamento con el mercado común.

³²⁸ La Comisión, apoyada por la parte coadyuvante, rebate estos argumentos.

— Apreciación del Tribunal

- 329 Procede recordar que la carga de la prueba de la compatibilidad de una ayuda con el mercado común, como excepción frente a lo dispuesto en el artículo 87 CE, apartado 1, recae en principio sobre el Estado miembro afectado, que es a quien corresponde acreditar que se cumplen los requisitos para tal excepción (sentencia *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comisión*, antes citada, apartado 34). A estos efectos, le corresponde aportar a la Comisión todos los datos necesarios para demostrar la compatibilidad con el mercado común de las ayudas proyectadas (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1993, *Italia/Comisión*, C-364/90, Rec. p. I-2097, apartado 20).
- 330 En el caso de autos, consta que el anticipo controvertido fue abonado a plazos entre los meses de diciembre de 2003 y de mayo de 2004. En consecuencia, la compatibilidad de esta medida con el mercado común, como medida calificada de ayuda de Estado, debía examinarse a la luz de los requisitos establecidos para la autorización de las ayudas de salvamento en el punto 23 de las Directrices de 1999, que fueron aplicables hasta el 9 de octubre de 2004, por cuanto las nuevas Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis de 2004 no entraron en vigor hasta el 10 de octubre de 2004.
- 331 Sobre este particular, debe hacerse constar que la argumentación de la demandante no acredita que se haya cumplido el primero de los requisitos de la autorización establecidos en el punto 23 de las Directrices de 1999. En efecto, la demandante no demuestra que el anticipo controvertido fuera un préstamo, sujeto a un tipo de interés al menos comparable a los tipos que suelen aplicarse a los préstamos a empresas sanas y, en particular, a los tipos de referencia adoptados por la Comisión, tal y como exigía el mencionado punto 23. En particular, no aporta ningún dato serio que permita suponer que el importe del pago anticipado debía ser reembolsado por OA, con los correspondientes intereses, hasta alcanzar el importe que excede el producto de la venta de OA, tras la privatización (véase el apartado 280 *supra*). Al contrario, su argumentación confirma que no se trataba de un préstamo en el sentido de la disposición mencionada, dado que no se preveía el pago de intereses.

- 332 Así las cosas, al no haber probado la demandante que se hubiera cumplido uno de los requisitos acumulativos a los que el punto 23 de las Directrices de 1999 supedita la posibilidad de que la Comisión declare las ayudas de salvamento compatibles con el mercado, procede desestimar el motivo de impugnación basado en un error manifiesto de apreciación en la medida en que la Comisión declara la incompatibilidad del anticipo controvertido con el mercado común, con independencia de que se hayan cumplido o no los demás requisitos enunciados en el punto 23 mencionado, por una parte, y de si la República Helénica cumplió los compromisos recogidos en la Decisión 94/696, por otra.
- 333 En consecuencia, contrariamente a lo alegado por la demandante, la Comisión no incumplió su deber de motivación por no haber examinado, en la Decisión impugnada, el conjunto de los requisitos acumulativos enunciados en el punto 23 de las Directrices de 1999.
- 334 De ello se deduce que los motivos referidos a la infracción del artículo 87 CE, apartado 3, y a la insuficiencia de la motivación, deben desestimarse por infundados.

b) Sobre la ejecución de determinadas garantías del Estado (artículo 1, apartado 3, de la Decisión impugnada) (asuntos T-415/05 y T-423/05)

Alegaciones de las partes

- 335 La República Helénica y OA impugnan la calificación de ayudas nuevas en lo que se refiere a los pagos realizados por el Estado en ejecución de obligaciones de garantía que consistieron, en primer lugar, en tres abonos parciales en devolución del

préstamo concedido a OA por la entidad bancaria ABN Amro (36,9 millones de euros), en segundo lugar, en el abono de una cuota semestral de rentas de arrendamiento financiero adeudadas por OA por dos aviones Airbus A 340-300 (11,7 millones de euros), que venció el 29 de julio de 2004, y, en tercer lugar, en una financiación directa concedida a OA (8,2 millones de euros).

336 Las demandantes impugnan a este respecto la interpretación que del artículo 1 de la Decisión de 11 de diciembre de 2002 hace la Comisión en la Decisión impugnada (considerando 238), según la cual las garantías controvertidas fueron consideradas ayudas incompatibles con el mercado común. Alegan que, de haber sido éste el caso, la Comisión habría impuesto expresamente, en esta Decisión, la recuperación de las garantías. Alegan, además, que la validez de que se mantuvieran las obligaciones de garantía controvertidas viene corroborada por el hecho de que, ni en el transcurso del procedimiento seguido en virtud del apartado 2 del artículo 88 CE, que dio lugar a la sentencia de 12 de mayo de 2005, ni en su correspondencia que siguió a dicha sentencia, la Comisión planteó la cuestión de una incorrecta ejecución de la Decisión de 11 de diciembre de 2002 en cuanto a las garantías. Por último, OA considera que la Decisión impugnada está insuficientemente motivada en cuanto a la afirmación de que la Decisión de 11 de diciembre de 2002 implicaba una modificación de las obligaciones jurídicas derivadas de las garantías controvertidas.

337 En cualquier caso, incluso admitiendo que la Decisión de 11 de diciembre de 2002 deba interpretarse en el sentido de que las garantías controvertidas frente a OA fueron objeto de una modificación, la incapacidad de la Comisión para indicarlo claramente en esta Decisión, así como durante todo el período posterior a la misma, ampararía la legítima expectativa de la República Helénica y de terceros interesados, quienes creyeron que dichas garantías seguían produciendo legalmente los efectos pactados contractualmente. Las demandantes subrayan a este respecto la obligación del Estado de cumplir con las obligaciones de garantía a las que se comprometió.

338 En este caso, como las garantías controvertidas fueron realizadas, según las demandantes, de conformidad con los requisitos inicialmente estipulados en los contratos

de garantía, la Decisión impugnada incurre en errores manifiestos de apreciación y adolece de falta de motivación, en la medida en que la Comisión califica los abonos controvertidos antes citados de ayudas de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

339 En primer lugar, y en cuanto al préstamo recibido en febrero de 2001 por OA de la entidad bancaria ABN Amro para cubrir los gastos ocasionados por su prematura expulsión del Aeropuerto de Hellinikon en Atenas y de su traslado al nuevo Aeropuerto de Spata, las demandantes alegan que OA se beneficiaba de una garantía de la República Helénica de conformidad con las decisiones de aprobación de la Comisión de 1994, de 1998 y de 2000. Desde 2001 no se había producido ninguna modificación en las condiciones del contrato de préstamo y de la garantía del Estado. El Estado realizó, en los meses de mayo y de octubre de 2004, y en el mes de marzo de 2005, los tres reembolsos parciales, tras haber sido requerido por la entidad bancaria acreedora a efectuar dichos pagos en calidad de avalista, en vista de la incapacidad demostrada por OA para realizar dichos pagos durante los períodos considerados. Así, de la Decisión impugnada (considerandos 135 a 139) se desprendería que la Comisión sabía que los pagos controvertidos fueron efectuados por el Estado de acuerdo con las condiciones iniciales de aval y que, a raíz de dichos pagos, se dirigieron a OA los correspondientes certificados de deudas y requerimientos de pago individualizados con arreglo a las disposiciones generales del Código griego de recaudación de ingresos públicos.

340 En segundo lugar, en cuanto a la garantía de las rentas adeudadas por OA con arreglo a dos contratos de arrendamiento financiero sobre las aeronaves de tipo Airbus A 340-300, la República Helénica y OA manifiestan que, después de haber sido requerida la primera por la entidad Crédit Lyonnais, a efectuar dicho pago, en su condición de avalista de la segunda, la República Helénica efectuó el abono del importe semestral adeudado por esta sociedad a 29 de julio de 2004, en beneficio de Crédit Lyonnais. Las demandantes aclaran que, en efecto, la República Helénica se comprometió a asumir parcialmente las obligaciones de OA derivadas de los contratos de arrendamiento financiero, de acuerdo con las decisiones de aprobación adoptadas por la Comisión en 1994, en 1998 y en 2000. Este aval fue concedido por un importe total de 200 millones de euros, mientras que la financiación total superaba los 350 millones de euros.

- 341 Señalan las demandantes, como se desprende de la Decisión impugnada (considerandos 140 y 141), que la Comisión conocía que se había realizado el pago controvertido con arreglo a las condiciones del aval y que la deuda correspondiente de OA era objeto de un procedimiento de recaudación por parte de las autoridades competentes.
- 342 Además, OA subraya que la Comisión incurrió en error manifiesto en la apreciación de los hechos, al fundamentar la ilegalidad del único pago en garantía realizado por la República Helénica, en el mes de agosto de 2004, en las modificaciones de dicha garantías a raíz de la subrogación por parte de la República Helénica en los contratos de arrendamiento financiero celebrados por OA (considerando 240 de la Decisión impugnada). En efecto, esta subrogación ocurrió varios meses después del pago en garantía controvertido. Añade que la Comisión fue informada mediante correos electrónicos de 22 de diciembre de 2004 y 4 de abril de 2005, de que la subrogación de la República Helénica, en el lugar de OA, en los contratos de arrendamiento financiero de dos de las aeronaves había tenido lugar el 17 de diciembre de 2004, y el 4 de abril de 2005, en los contratos de arrendamiento financiero de las otras dos.
- 343 Asimismo, las demandantes sostienen que la Decisión impugnada carece de motivación, en la medida en que la Comisión no examinó si la medida en cuestión cumple el criterio del inversor o del avalista privado pues si dicho inversor o avalista privado se encontrara en la misma situación, preferiría efectuar gradualmente el pago del importe adeudado hasta la terminación de los arrendamientos financieros, en lugar de pagar inmediatamente los importes globales de las garantías que habrían de ejecutarse por un importe de 200 millones de euros.
- 344 En tercer lugar, y por lo que respecta al pago de 8,2 millones de euros directamente a OA, la República Helénica y OA explican que, para obtener, de acuerdo con los contratos de arrendamiento financiero, la autorización previa de los proveedores de fondos en cuanto al subarriendo de aeronaves a NOA, OA tuvo que aceptar, en agosto de 2004, que se retuviera un importe de 8,2 millones de euros que le pertenecían en una cuenta bloqueada de la entidad Crédit Lyonnais. Cuando la República Helénica se subrogó en el lugar de OA en los contratos antes citados, decidió liberar este importe. No obstante, para seguir un procedimiento menos gravoso, el Estado pagó a OA un

importe equivalente a los 8,2 millones de euros bloqueados, a cambio de la cesión por OA al Estado del importe inicial de 8,2 millones de euros, con sus intereses, embargado, que se desbloquearía gracias a la ejecución de los acuerdos de subrogación.

345 OA reconoce que conservó el importe de 8,2 millones de euros así como sus intereses, cuando se desbloqueó la cuenta en cuestión en diciembre de 2004, infringiendo así su obligación de ceder el importe controvertido al Estado. Alega que intentó obtener de este modo la compensación de sus propios créditos frente a la República Helénica, como habría hecho cualquier operador diligente.

346 Las demandantes explican que el importe controvertido fue certificado como deuda con la República Helénica, de acuerdo con el Derecho nacional aplicable, con vistas a su cobro con los correspondientes intereses.

347 La Comisión, apoyada por la parte coadyuvante, rebate estos argumentos.

Apreciación del Tribunal

348 Ha de recordarse que en el artículo 1, primer apartado, letra b), de la Decisión de 11 de diciembre de 2002 se declara que la ayuda a la reestructuración concedida por la República Helénica a OA en forma de nuevas garantías crediticias destinadas a la compra de nuevas aeronaves y a las inversiones necesarias para su traslado al nuevo Aeropuerto de Spata, es incompatible con el mercado común (véase el apartado 6 *supra*).

- 349 La Comisión sostiene, por lo tanto, con razón que, si los pagos de garantía controvertidos no eran más que la ejecución de las garantías iniciales, declaradas incompatibles con el mercado común por el artículo 1, primer apartado, letra b), de la Decisión de 11 de diciembre de 2002, dichos pagos también deben considerarse, en virtud de la citada Decisión, ayudas de Estado incompatibles con el mercado común. Por otra parte, de la Decisión de 11 de diciembre de 2002 –que impone la recuperación del conjunto de las ayudas examinadas abonadas después del 14 de agosto de 1998– se desprende que la Comisión no previó la recuperación de los pagos de garantía controvertidos, porque no se habían realizado aún. En este caso, incumbía al Estado miembro afectado, en cumplimiento de la Decisión de 11 de diciembre de 2002, abstenerse de efectuar dichos pagos, con arreglo al artículo 88 CE, apartado 3. En este contexto, la Comisión tampoco suscitó la cuestión del incumplimiento por parte de la República Helénica en razón de la no recuperación de dichos importes en el asunto que dio lugar a la sentencia de 12 de mayo de 2005 porque las garantías controvertidas todavía no se habían ejecutado. Por último, el procedimiento de infracción por no ejecución de esta sentencia, incoado por la Comisión en virtud del artículo 228 CE, apartado 2, no podía exceder los límites de la fuerza de cosa juzgada de dicha sentencia.
- 350 De ello se deduce que si, como sostienen las demandantes, los pagos controvertidos fueron realizados de acuerdo con las garantías iniciales, el artículo 1, apartado 3, de la Decisión impugnada presenta un carácter puramente confirmatorio y no produce efectos jurídicos autónomos. Además, la orden de recuperación de los importes correspondientes, contenida en el artículo 2 de la Decisión impugnada en relación con su artículo 1, apartado 3, es la lógica consecuencia de la declaración de incompatibilidad contenida en la Decisión de 11 de diciembre de 2002.
- 351 De lo anterior se infiere que, en el supuesto de que las garantías controvertidas no hubiesen sido modificadas, la pretensión de que se anulara la declaración de incompatibilidad de estas garantías, realizada en el artículo 1, apartado 3, de la Decisión impugnada, debería declararse inadmisibile, en razón del carácter definitivo de la Decisión de 11 de diciembre de 2002. En cambio, la pretensión de anulación del artículo 2, en relación con el citado artículo 1, apartado 3, de la Decisión impugnada debería declararse admisible, dado que la orden de recuperación contenida en el artículo 2 perjudica a la demandante.

- 352 Así las cosas, incluso suponiendo que las garantías controvertidas no fueron modificadas –cosa que no ha quedado probada– la solicitud de anulación del artículo 2 de la Decisión impugnada, en relación con su artículo 1, apartado 3, debe desestimarse por infundada en el caso de autos, por haberse limitado la Comisión a sacar las consecuencias de la declaración de incompatibilidad ya formulada en la Decisión de 11 de diciembre de 2002, que es definitiva.
- 353 Además, y en cualquier caso, la Comisión también alega, con razón, que aunque los pagos de garantía controvertidos no consistan simplemente en la ejecución de las garantías iniciales antes citadas, también constituyen ayudas ilegales e incompatibles con el mercado común.
- 354 En efecto, contrariamente a lo alegado por las demandantes, la concesión de ayudas de Estado, incluso en forma de garantías, no puede amparar la confianza legítima de terceros en la regularidad de dichas garantías, si las mismas fueron concedidas infringiendo lo dispuesto en el artículo 88 CE, apartado 3. Corresponde, en efecto, a los terceros interesados obrar con la prudencia y diligencia requeridas y asegurarse de que se han cumplido las normas de Derecho comunitario en materia de ayudas de Estado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 13 de junio de 2000, EPAC/Comisión, T-204/97 y T-270/97, Rec. p. II-2267, apartado 144).
- 355 Sobre este particular, como recuerda la Comisión en la Decisión impugnada (considerando 239), remitiéndose a su Comunicación relativa a la aplicación de los artículos 87 [CE] y 88 [CE] a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía (DO 2000, C 71, p. 14, apartado 5.3), si el Estado miembro afectado efectúa un pago en garantía en condiciones distintas de las previstas inicialmente, se considera que dicho pago da origen a una nueva garantía sometida a la obligación de notificación en virtud del artículo 88 CE, apartado 3.

- 356 Además, según la jurisprudencia, con objeto de facilitar a la Comisión que pueda apreciar si una medida reúne los requisitos que el artículo 87 CE, apartado 3, establece para permitir una excepción, incumbe al Estado miembro afectado, en el marco del deber de cooperación leal entre Estados miembros e instituciones tal y como se desprende del artículo 10 CE, aportar a la Comisión todos los datos que permitan a dicha institución comprobar que se cumplen los requisitos de la excepción solicitada (sentencia Italia/Comisión, antes citada, apartado 20).
- 357 En el caso de autos, la Comisión recrimina a las autoridades griegas, concretamente, haberse abstenido de facilitar los datos que permitirían comprobar si los pagos controvertidos consistían simplemente en la ejecución de las garantías iniciales. Habida cuenta de los datos disponibles, considera, en la Decisión impugnada (considerando 240), que las medidas controvertidas constituyen nuevas garantías.
- 358 Sobre este particular, de la argumentación de las partes y de todo lo actuado se desprende que durante el procedimiento administrativo, las autoridades griegas no aportaron, pese al requerimiento que en tal sentido les dirigió la Comisión, la información relativa a las condiciones exactas de los contratos de garantía, al vencimiento de los plazos establecidos, a los requerimientos previos por parte de las entidades bancarias acreedoras y a la fecha de pago de los importes controvertidos. Además, tampoco notificaron las posibles modificaciones en las garantías iniciales, a efectos de obtener, en su caso, la aprobación de las garantías modificadas.
- 359 En tales circunstancias, aun suponiendo que las garantías iniciales, declaradas incompatibles con el mercado común en la Decisión de 11 de diciembre de 2002, hubieran sido modificadas, basta con observar que, en cualquier caso, la Comisión no se extralimitó en el ejercicio de su facultad de apreciación al considerar, en la Decisión impugnada (considerandos 204 y 241), que estas nuevas garantías controvertidas concedidas por la República Helénica constituían también, con mayor motivo, ayudas ilegales, a la luz del criterio del inversor privado, habida cuenta del creciente endeudamiento y de la insolvencia general de OA. Sobre este particular, la Comisión señalaba, con razón, que el comportamiento de los acreedores privados, que intentaron

imponer condiciones más estrictas con ocasión de la celebración de los contratos de subarriendo de aeronaves por OA a NOA, y sólo aceptaron la subrogación del Estado en la posición de OA en los contratos de arrendamiento financiero, confirma la falta de credibilidad de OA y de NOA y la reticencia de los acreedores privados a asumir el menor riesgo con respecto a ellas.

³⁶⁰ De las anteriores consideraciones se desprende que la Decisión impugnada no está viciada de un error manifiesto de apreciación y está suficientemente motivada en cuanto a la calificación de ayudas de Estado de los pagos controvertidos efectuados por la República Helénica en ejecución de determinadas garantías.

³⁶¹ Por lo que respecta al pago de 8,2 millones de euros directamente a OA, realizado por la República Helénica el 9 de agosto de 2004, en concepto de anticipo por los importes abonados por OA en la cuenta embargada en garantía de los pagos adeudados por esta sociedad en virtud de contratos de arrendamiento financiero sobre dos aeronaves Airbus A 340-300, del informe Moore Stephens resulta que dicho pago controvertido no estaba cubierto a su vez por ninguna garantía, como, por cierto, han reconocido las demandantes. Además, consta que al desbloquear la entidad Crédit Lyonnais el importe antes citado, OA no restituyó a la República Helénica el importe de esta cifra con sus intereses (véanse los apartados 345 y 346 *supra*). En estas circunstancias, la Comisión no se extralimitó en el ejercicio de su facultad de apreciación y motivó suficientemente la Decisión impugnada, al estimar que, aunque las autoridades griegas consideraran el importe del abono controvertido como una deuda de OA con ellas, dicho abono constituía una ayuda nueva, a la luz del criterio del inversor privado, en razón de las escasas probabilidades de que OA devolviera su importe (considerando 204 de la Decisión impugnada).

362 Por todas estas razones, los motivos basados en error manifiesto de apreciación y en la motivación insuficiente de la Decisión impugnada, en lo relativo a la ejecución de las garantías controvertidas del Estado y al abono directo del importe de 8,2 millones de euros mencionado deben desestimarse por infundados.

c) Sobre la tolerancia en relación con el impago de deudas fiscales y de seguridad social (artículo 1, apartado 4, de la Decisión impugnada) (asuntos T-415/05, T-416/05 y T-423/05)

Alegaciones de las partes

363 Las demandantes impugnan las conclusiones de la Comisión relativas a una supuesta tolerancia en relación con el impago por OA de deudas fiscales y de seguridad social. Señalan que las autoridades griegas ya se refirieron en sus observaciones de 11 de junio de 2004, al carácter impreciso y no suficientemente motivado de las imputaciones formuladas a este respecto por la Comisión en su Decisión de 16 de marzo de 2004 de incoar el procedimiento de investigación formal. El único ejemplo concreto mencionado en esta Decisión se refería al impago de un importe de 26 millones de euros correspondiente a la tasa llamada «Spatosimo», impuesta por la República Helénica sobre los billetes de avión con el fin de financiar el desarrollo de los aeropuertos.

364 Las demandantes arguyen que los retrasos en el pago de deudas frente al Estado no constituyen automáticamente ayudas de Estado. Sólo podría considerarse una ayuda el importe de la ventaja conferida al deudor por el acreedor público que no actúa como un acreedor privado. Para considerar acreditada la existencia de una ayuda de Estado, de acuerdo con criterio del acreedor privado, sería necesaria la prueba de una tolerancia persistente con respecto a la falta de pago y, en consecuencia, una cuantificación de dicha tolerancia. Añaden las demandantes que la carga de esta prueba incumbe a la Comisión.

- 365 En el caso de autos, la Comisión habría cometido un error manifiesto de apreciación e incumplido su obligación de motivación, al afirmar que solamente la intervención del Estado permitió a OA continuar sus actividades sin valorar la tolerancia del Estado desde el punto de vista del criterio del acreedor privado.
- 366 Las demandantes señalan que, en efecto, la Comisión no probó la permanencia de una supuesta tolerancia de la República Helénica ni tampoco la concesión de una ventaja a OA en relación con sus competidores en lo que respecta a la recaudación de sus deudas pendientes.
- 367 En particular, según las demandantes, la Comisión no dio datos concretos que demostraran que un acreedor privado no habría adoptado las medidas controvertidas. Concretamente, omitió examinar si la supuesta tolerancia de la República Helénica en relación con estas deudas obedeció a un acuerdo sobre el pago, en qué condiciones se pactó tal acuerdo, si las deudas de OA fueron certificadas y si se había iniciado su recaudación.
- 368 Más concretamente, añaden que la Comisión invoca una tolerancia persistente, pese a haber reconocido en el asunto que dio lugar a la sentencia de 12 de mayo de 2005, y en lo relativo a las deudas correspondientes a las cotizaciones a la seguridad social, que no hubo tal tolerancia en el período anterior al mes de diciembre de 2002.
- 369 Por otra parte, las demandantes reprochan a la Comisión no haber dado indicaciones suficientes en la Decisión impugnada, para que, no sólo el Estado miembro afectado sino también todas las personas interesadas puedan identificar con precisión la ayuda declarada incompatible y determinar sin excesivas dificultades su importe.

- 370 Las demandantes concluyen que la Decisión impugnada adolece de falta de motivación. Reprochan a la Comisión haber mencionado únicamente un importe total «del orden» de 354 millones de euros y haber dejado a las autoridades griegas la tarea de cuantificar la ventaja real de la que OA se habría beneficiado. Pues bien, al haberse abstenido la Comisión de indicar qué habría hecho un acreedor privado, es imposible determinar con precisión el tipo de ayuda declarada por la Comisión, el período en el que se otorgó y su importe.
- 371 En particular, añaden las demandantes, la Comisión no precisó en la Decisión impugnada si el importe antes mencionado de 354 millones de euros que debía recuperarse incluía únicamente las deudas de capital o también las deudas en concepto de intereses y de multas. Sobre este particular, las demandantes recuerdan que, según el Código griego de recaudación de ingresos públicos, la certificación de las deudas frente al Estado emitida por el servicio competente de Hacienda tiene valor de título ejecutivo a efectos de su recaudación. Las deudas certificadas llevan aparejadas importantes intereses y los retrasos en el pago son sancionados con multas. Para la ejecución de los certificados de deuda, se emiten requerimientos de pago individualizados, invitando a la sociedad afectada a pagar los importes debidos.
- 372 Según OA, el artículo 2, apartado 2, de la Decisión impugnada confirma el error manifiesto de apreciación en que incurrió la Comisión en cuanto a las multas e intereses nacionales, al imponer la aplicación de intereses comunitarios sobre el importe total de las deudas fiscales que comprenden las multas y los intereses nacionales.
- 373 Ahora bien, la Comisión fue informada de que, cuando se realizó el control por parte de sus expertos, en el mes de mayo de 2005, ya se había certificado el 90% de las deudas de OA en materia fiscal y de cotizaciones a la seguridad social, con sus correspondientes intereses y multas. Dado que el sistema de recaudación, por una parte, de las deudas frente al Estado, y por otra, de las ayudas de Estado reembolsables, es

exactamente el mismo, procede interrogarse sobre las consecuencias, en cuanto a la recaudación, de la calificación del conjunto de las deudas, como ayudas de Estado.

- 374 Por otra parte, las demandantes sostienen que la Decisión impugnada está insuficientemente motivada en cuanto a la imputabilidad a la República Helénica de los actos realizados por el organismo nacional de seguridad social.
- 375 Por último, OA plantea un interrogante sobre si las tasas adeudadas a la AIA están incluidas en el importe de las deudas controvertidas.
- 376 La Comisión, apoyada por la parte coadyuvante, rebate la argumentación de las demandantes. En particular, hace valer que las autoridades griegas pueden cuantificar de modo preciso las deudas controvertidas, como confirma, por cierto, la certificación del 90% de dichas deudas.

Apreciación del Tribunal

- 377 Procede comprobar si la Comisión ha probado, de modo suficiente en Derecho si, después de la Decisión de 11 de diciembre de 2002, ha continuado la tolerancia de la República Helénica en relación con el impago por OA de sus deudas fiscales y de seguridad social, entre el mes de diciembre de 2002 y el mes de diciembre de 2004.

- 378 Con este fin, ha de señalarse de entrada que, contrariamente a lo alegado por las demandantes, la simple certificación de las deudas de OA con la República Helénica no permite garantizar su reembolso (véase, en este sentido, el auto Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comisión, antes citado, apartado 94). En consecuencia, cuando –faltando cualquier justificación legítima– los certificados de deudas no van seguidos de requerimientos de pago y, en su caso, en defecto de pago, de medidas de ejecución forzosa, continúa la tolerancia de la República Helénica con respecto al impago de las deudas de que se trata. Sobre este particular, la circunstancia mencionada por la República Helénica, según la cual el modo de recaudar los créditos del Estado y las ayudas de Estado es idéntico, carece de relevancia a efectos de apreciar la existencia de una ayuda de Estado en forma de tal tolerancia.
- 379 Ahora bien, en el caso de autos, las demandantes no han dado cuenta ni han presentado requerimiento de pago alguno, ni tampoco han alegado que se hayan puesto en marcha medidas de ejecución forzosa que se hayan llevado a cabo con vistas a obtener de OA la devolución de los créditos controvertidos.
- 380 Es más, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal en la vista, OA aclaró que únicamente se habían celebrado acuerdos para el pago de las deudas con el IKA. Sobre este particular, de la Decisión impugnada (considerando 128) se desprende que los expertos de la Comisión señalaron que se había abonado al IKA un importe de 7,7 millones de euros «en virtud de un acuerdo transaccional sobre los años anteriores a 2003». Del expediente y de la argumentación de las partes se desprende que, en lo que respecta a las deudas de seguridad social –cuyo importe se estimó, en el informe Moore Stephens, en 148 millones de euros para 2003 y en 196 millones de euros para 2004– y a las deudas fiscales, de un importe de 374 millones de euros en 2003 y de 431 millones de euros en 2004, según las conclusiones emitidas en ese mismo informe, sobre la base de los estados financieros y contables de OA, las autoridades griegas y OA no facilitaron a la Comisión, a lo largo del procedimiento administrativo, ninguna información pormenorizada en relación con la celebración y el contenido preciso de posibles acuerdos para el pago de las deudas fiscales y de seguridad social de OA adeudadas al Estado durante el período considerado, y con la ejecución de tales acuerdos.

381 Contrariamente a lo alegado por las demandantes, no puede reprocharse a la Comisión no haber realizado una investigación suficientemente profunda. En particular, vistas las circunstancias del caso, el carácter impreciso de los cargos formulados por la Comisión en la Decisión de 16 de marzo de 2004 de incoación del procedimiento de investigación formal, no eximía a la República Helénica ni a OA de facilitar a la Comisión todos los datos que consideraran pertinentes, en cuanto al pago por OA de las deudas en cuestión. Es cierto que en la citada Decisión (apartado 82), la Comisión solamente se refirió al «impago de deudas fiscales» sin mencionar expresamente la tolerancia en relación con el impago de las deudas de seguridad social. No obstante, los cargos formulados por la Comisión debían leerse en el contexto de la investigación abierta por esta institución –paralelamente a la prosecución de la ejecución de la Decisión de 11 de diciembre de 2002– en relación con el conjunto de medidas posteriores a esta Decisión, vinculadas a la reestructuración del grupo Olympic Airways, susceptibles de constituir ayudas de Estado. En este contexto caracterizado por las importantes dificultades económicas sufridas por OA, que ya se había beneficiado anteriormente de medidas similares en forma de tolerancia con respecto al impago de sus deudas fiscales y de seguridad social, ya mencionadas en la Decisión de 11 de diciembre de 2002, la República Helénica subrayó, por cierto, en sus observaciones de 11 de junio de 2004, que los términos «deudas fiscales» no eran claros. Sobre este particular, alegó, en lo esencial, que si la Comisión quería considerar que las autoridades griegas apoyaban a OA tolerando el impago de determinadas deudas, y no únicamente el de las deudas fiscales, le correspondía aportar la prueba de tal tolerancia.

382 En este caso, las demandantes no han invocado ningún dato concreto que permita explicar la tolerancia de la República Helénica frente a la falta de pago de las deudas controvertidas, durante el período considerado.

383 En estas condiciones, no se puede reprochar a la Comisión que haya invertido la carga de la prueba, presumiendo la existencia de una tolerancia persistente del Estado con respecto a las deudas de OA, que un acreedor privado jamás habría tenido en una situación comparable.

384 Sobre este particular, las demandantes no han acreditado que la Comisión se haya extralimitado en el ejercicio de su facultad de apreciación al considerar que, aunque, ciertamente el Estado pueda, al igual que cualquier acreedor privado, conceder a sus deudores una prórroga para pagar sus deudas, cuando exista una expectativa real de obtener el recobro de una parte de dichas deudas en un futuro próximo y previsible, esta perspectiva no era plausible en el caso de autos, al no haberse saneado OA, como demostraban sus deudas acumuladas. Además, en este punto, la Decisión impugnada (véanse, en particular, los considerandos 203 y 205), en la que la Comisión pone especial acento en la acumulación, durante el período considerado, de las deudas fiscales y de seguridad social de OA, ya importantes a finales de 2002, está suficientemente motivada.

385 En particular, el riesgo para el acreedor de sufrir pérdidas adicionales estaba corroborado por el hecho de que las medidas controvertidas seguían a otras de la misma índole, que consistían, en particular, en la tolerancia respecto al persistente impago de las cotizaciones a la seguridad social y de deudas fiscales, tales como la tasa «Spatosimo», que ya había sido calificada de ayuda de Estado en la Decisión de 11 de diciembre de 2002. Al no haberse invocado por las demandantes el menor dato que permita disociar las medidas controvertidas de otras ayudas anteriores análogas, puede considerarse que la circunstancia que tales medidas constituían la lógica continuación de estas ayudas anteriores confirma que pertenecían a la categoría de ayudas de Estado (sentencia BP Chemicals/Comisión, antes citada, apartados 171 y 176). Este análisis no está desvirtuado por la circunstancia –referida únicamente a la ejecución de la Decisión de 11 de diciembre de 2002 y, por ello, carente de pertinencia en el caso de autos– de que la Comisión, en su recurso por incumplimiento que dio lugar a la sentencia de 12 de mayo de 2005, excluyera las cotizaciones a la seguridad social de su demanda dirigida a que el Tribunal de Justicia declarara que la República Helénica no había adoptado todas las medidas necesarias para la devolución de las ayudas contempladas en la Decisión de 11 de diciembre de 2002, a raíz de un acuerdo celebrado entre OA y el IKA y de un reembolso parcial de las deudas de seguridad social a que se refiere esta Decisión, como se desprende del apartado 10 de dicha sentencia.

- 386 En el caso de autos, debe destacarse a este respecto, por otra parte, que la Comisión aclaró, que si se contemplara cualquier medida por mínima que fuera para garantizar los créditos del Estado, estaría dispuesta a examinarla en la fase de ejecución de la Decisión impugnada.
- 387 En lo relativo al motivo de impugnación expuesto por las demandantes según el cual las ayudas controvertidas no han sido cuantificadas, ni siquiera de forma aproximada, basta señalar que, en su sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/Grecia, antes citada (apartado 42), el Tribunal de Justicia ya desestimó este motivo haciendo notar que el artículo 1 de la Decisión impugnada fijaba los importes de los impuestos y cotizaciones a la seguridad social no recaudados.
- 388 En particular, la falta de un listado detallado de las deudas de OA con la República Helénica, más allá de la distinción entre deudas fiscales y deudas de seguridad social, no impide cuantificar las ayudas controvertidas sobre la base de las indicaciones suficientemente precisas contenidas en la motivación de la Decisión impugnada (considerandos 128 a 130 y 205) e indisociables de su parte dispositiva. Por lo tanto, la Decisión impugnada no puede considerarse insuficientemente motivada en este punto. La cuantificación incumbe en cualquier caso a las autoridades griegas en el marco de la ejecución de la Decisión impugnada, en cooperación leal con la Comisión (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2008, Comisión/Grecia, antes citada, apartados 43 y 44).
- 389 Por otra parte, la Comisión motivó suficientemente, en la Decisión impugnada (considerando 206), la imputabilidad al Estado de la medida controvertida, al hacer constar, en particular, que el IKA era el organismo público griego responsable, bajo la tutela del Estado, de la gestión del sistema griego de seguridad social y del cobro de las cotizaciones a la seguridad social obligatorias.

- 390 Por último, contrariamente a lo alegado por las demandantes, la imposición, en el artículo 2 de la Decisión impugnada, del pago de intereses comunitarios calculados sobre la base del importe de la ayuda controvertida más los intereses nacionales devengados, no demuestra ningún error manifiesto de apreciación en el análisis de la Comisión, dado que estos diferentes intereses responden a finalidades específicas (véanse los apartados 417 y 418 *infra*).
- 391 Por lo que atañe más concretamente al impuesto «Spatosimo», las demandantes no acreditan haber presentado a la Comisión una prueba de su pago. No obstante, ha de recordarse que, como señala la Comisión, de haberse hecho algún pago parcial, este pago habrá de tenerse en cuenta al ejecutarse la Decisión impugnada.
- 392 Por lo que respecta a las dudas expresadas por OA en cuanto a la calificación como ayuda de la tolerancia en relación con el impago por OA de los impuestos adeudados a la AIA, basta señalar que la Comisión no examina esta medida en cuanto tal bajo la perspectiva de su posible calificación de ayuda de Estado. En efecto, en el considerando 179 de la Decisión impugnada, se limita a mencionar, en el marco del examen de la naturaleza de la reestructuración, que cuando se produjo la escisión, no se traspasó a NOA la deuda que OA tenía frente al AIA. En cambio, la Comisión examinó las deudas de NOA con el AIA, estimando a este respecto, que no podía concluir de forma definitiva que los actos del AIA fueran imputables al Estado.
- 393 Por todas estas razones, los motivos basados en error manifiesto de apreciación y en la falta de motivación deben desestimarse por infundados.

4. *Sobre la vulneración del derecho a ser oído (asuntos T-415/05 y T-423/05)*

a) Alegaciones de las partes

- ³⁹⁴ La República Helénica y OA sostienen que la Comisión conculcó el derecho de defensa del Estado miembro afectado, al negarse a darle traslado del informe Moore Stephens antes de la adopción de la Decisión impugnada, a pesar de sus solicitudes reiteradas, en particular, el escrito que dirigió a la Comisión el 26 de octubre de 2005. Alegan que hasta el final de 2005 no se comunicó dicho informe a las autoridades griegas, contrariamente a la práctica de la Comisión en materia de ayudas de Estado en el sector de los transportes aéreos, por ejemplo en el asunto relativo a la sociedad Alitalia. Además, la República Helénica invoca, a este propósito, la vulneración del principio de buena administración.
- ³⁹⁵ Las demandantes reprochan a la Comisión haber reproducido en la Decisión impugnada las conclusiones contenidas en el informe ya citado, sin dar a las autoridades griegas la posibilidad de formular, en tiempo útil, sus observaciones en relación con los puntos débiles de dicho informe, a saber, el examen de los subarrendos de aeronaves a NOA, la evaluación del importe de los activos de OA transferidos a NOA y las distintas ayudas directas supuestamente otorgadas a OA.
- ³⁹⁶ OA sostiene que la vulneración del derecho de la República Helénica a ser oída incidió directa y negativamente en la posibilidad del beneficiario de la supuesta ayuda de defender sus intereses. De este modo, OA se vio privada «por extensión» de su derecho a ser oída en relación con la veracidad y la pertinencia de los datos puestos de relieve en el informe Moore Stephens.

397 Si las autoridades griegas y, «por extensión», OA hubieran tenido acceso a dicho informe, podrían haber aclarado numerosos malentendidos antes de la adopción de la Decisión impugnada. La vulneración del derecho de la República Helénica a ser oída justificaría, en opinión de OA, la anulación de esta Decisión.

398 La Comisión, apoyada por la parte coadyuvante, rebate esta argumentación. Precisa que, contrariamente a lo alegado por la República Helénica, tampoco dio traslado de ningún informe a las autoridades italianas antes de adoptar la Decisión relativa a la sociedad Alitalia.

b) Apreciación del Tribunal

399 El respeto del derecho de defensa en cualquier procedimiento incoado contra una persona que pueda terminar en un acto que le sea lesivo constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión y debe garantizarse aun cuando no exista una normativa específica, como se ha recordado en el apartado 229 *supra*.

400 En particular, en materia de ayudas de Estado, la Comisión sólo puede, a efectos de la apreciación de una medida a la luz del artículo 87 CE, basarse en datos obtenidos de terceros, después de haber dado al Estado miembro afectado la oportunidad de formular válidamente sus observaciones sobre dichos datos (véase el apartado 250 *supra*).

401 En el caso de autos, en la medida en que el informe Moore Stephens se basa exclusivamente en datos recabados de OA y de NOA durante las averiguaciones realizadas

in situ por los expertos de la Comisión y no contiene, por lo tanto ningún dato fáctico desconocido por las empresas beneficiarias de las medidas controvertidas, pertenecientes enteramente a la República Helénica, la falta de traslado de dicho informe a la República Helénica no pudo, por sí misma, perjudicar al derecho de defensa de este Estado miembro.

402 Por otra parte, procede recordar que, en el asunto T-415/05, ya se ha declarado, en cuanto a las medidas controvertidas en favor de NOA, que la Comisión infringió lo dispuesto en el artículo 87 CE, apartado 1, al no comprobar si las rentas abonadas por esta compañía a OA y a la República Helénica, por el subarriendo de aeronaves, eran inferiores a los precios de mercado (véanse los apartados 248 a 253 *supra*), por lo que ya no es necesario examinar qué incidencia tuvo en el resultado del procedimiento, la falta de comunicación del informe Moore Stephens a las autoridades griegas.

403 Por lo que respecta, en los asuntos T-415/05 y T-423/05, a las medidas controvertidas en favor de OA, hay que señalar que las demandantes no aportan ningún dato concreto que permita suponer que, de haber dispuesto del informe Moore Stephens antes de la adopción de la Decisión impugnada, las autoridades griegas habrían podido formular alegaciones que hubieran influido en el resultado del procedimiento.

404 En consecuencia, el motivo basado en la vulneración del derecho de defensa debe desestimarse por infundado. Además, al no aportar las demandantes ninguna alegación específica en apoyo del motivo basado en la vulneración del principio de buena administración (véase el apartado 394 *supra*), ha de desestimarse, por la misma razón que el motivo basado en la vulneración del derecho de defensa.

5. Sobre la vulneración del principio de proporcionalidad (T-415/05 y T-416/05)

a) Alegaciones de las partes

⁴⁰⁵ En el asunto T-415/05, la República Helénica sostiene que, en el supuesto de que la Decisión impugnada haya de interpretarse en el sentido de que NOA también estaba obligada a rembolsar las ayudas abonadas a OA, en ejecución del artículo 2, apartado 1, de la Decisión impugnada, cosa que no admite, sería desproporcionado exigir a NOA la restitución, en particular, del importe de 354 millones de euros, a que se refiere el artículo 1, apartado 4, de esta Decisión, cuando esta sociedad no empezó a ejercer su actividad hasta el 12 de diciembre de 2003 y la Comisión no ha declarado que existiera ninguna ayuda en su favor en forma de tolerancia con respecto al impago de impuestos y de cotizaciones a la seguridad social.

⁴⁰⁶ En su réplica, la República Helénica añade que tal exigencia sería contraria al deber de cooperación de buena fe consagrado en el artículo 10 CE.

⁴⁰⁷ En el asunto T-416/05, NOA hace valer que la obligación de exigirle la restitución de las ayudas a que se refiere el artículo 1, apartado 4, de la Decisión impugnada, anteriores a la escisión, sería contraria al principio de proporcionalidad, si se refiriera a las ayudas otorgadas en el conjunto de los sectores de actividad de OA.

408 La Comisión, apoyada por la parte coadyuvante, rebate esta argumentación.

b) Apreciación del Tribunal

409 En el asunto T-416/05, no ha lugar a pronunciarse sobre la alegación de la demandante en cuanto a la inadmisibilidad de la argumentación relativa a la incertidumbre de la Comisión sobre la fecha precisa de constitución de NOA, expuesta con carácter accesorio en el marco del presente motivo. En efecto, esta argumentación carece, en cualquier caso, de pertinencia como ya se ha declarado (véase el apartado 117 *supra*).

410 En cuanto al fondo, basta recordar que, en la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/Grecia, antes citada (apartado 53), el Tribunal de Justicia desestimó el motivo basado en la vulneración del principio de proporcionalidad invocado ante él por la República Helénica, basándose en que la supresión, por vía de recuperación, de una ayuda ilegal es la consecuencia lógica de la comprobación de su ilegalidad y en que la obligación del Estado miembro de suprimir una ayuda que la Comisión considera incompatible con el mercado común tiene por objeto restablecer la situación anterior.

411 En estas condiciones, dado que se ha comprobado que NOA podía considerarse sucesora de OA a efectos de la recuperación de la ayuda controvertida (véanse los apartados 148 a 151 *supra*), no puede considerarse contrario al principio de proporcionalidad reclamar a NOA la restitución de esta ayuda.

- 412 Además, procede señalar, en relación con la distribución de la obligación de reembolso entre OA y NOA, que la sentencia de 12 de mayo de 2005 no dirimió esta cuestión que tampoco ha sido examinada por la Comisión en la Decisión impugnada. Corresponde, por lo tanto, a las partes resolverla en el marco del procedimiento nacional de ejecución de la Decisión impugnada, de conformidad con su recíproco deber de cooperación leal (véanse los apartados 125 a 127 *supra*).
- 413 Por el conjunto de estas consideraciones, el motivo basado en la vulneración del principio de proporcionalidad así como el motivo de impugnación basado en la violación de la obligación de cooperación, que no ha sido desarrollado con ninguna alegación específica, deben desestimarse por infundados.

6. *Sobre la vulneración del principio non bis in idem (asuntos T-415/05 y T-423/05)*

- 414 La República Helénica y OA sostienen que, en la medida en que, del importe de 354 millones de euros a que se refiere el artículo 1, apartado 4, de la Decisión impugnada, 136 millones de euros aproximadamente corresponde a los intereses y a las multas previstos en Derecho nacional, la obligación de añadir a los importes que deben recuperarse los intereses al tipo de referencia comunitaria, prevista en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión impugnada, es contraria al principio *non bis in idem*.
- 415 Procede subrayar que los intereses comunitarios adeudados en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Decisión impugnada, por las empresas beneficiarias de las ayudas controvertidas, no tienen carácter de sanción, sino que pretenden restablecer plenamente la competencia por medio de la devolución de la ventaja otorgada a los beneficiarios desde la fecha de concesión de las ayudas.

- 416 En este caso, dado que la tolerancia hacia el impago de las cantidades correspondientes a los distintos intereses de demora y recargos previstos por el Derecho griego también constituye una ayuda de Estado, la Comisión hace valer, con razón, que la Decisión impugnada debe interpretarse en el sentido de que los intereses contemplados en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión impugnada también se aplican a las citadas cantidades desde el momento que son exigibles. Por otra parte, los métodos de capitalización de los intereses se fijarán al ejecutarse la Decisión impugnada como ha aclarado la Comisión ante el Tribunal.
- 417 En la medida en que, por una parte, los intereses de demora y las multas establecidas por el Derecho nacional y, por otra, los intereses previstos en la Decisión impugnada con el fin de garantizar el restablecimiento de la competencia, responden a finalidades diferentes, la imposición de intereses comunitarios sobre el importe total de las ayudas más los intereses y multas nacionales no infringe el principio *non bis in idem*.
- 418 De ello se deduce que el motivo basado en la vulneración del principio *non bis in idem* debe desestimarse por infundado.
- 419 De todo cuanto antecede, se desprende que la Decisión impugnada debe anularse, por una parte, en la medida en que la Comisión declara incompatible con el mercado común la ayuda otorgada a NOA (artículo 1, apartado 1), por otra parte, en la medida en que declara incompatible la ayuda otorgada a OA contemplada en su artículo 1, apartado 2, al referirse al importe correspondiente al valor del conjunto de los elementos del activo inmaterial incluidos en el concepto de fondo de comercio, al valor de las aeronaves transferidas a NOA así como a los ingresos esperados de la venta de dos aeronaves, y, por último, en la medida en que exige la recuperación de estas ayudas (artículo 2).

Costas

- 420 A tenor del artículo 87, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal podrá repartir las costas o decidir que cada parte abone sus propias costas cuando sean desestimadas respectivamente una o varias de las pretensiones de las partes. Según el artículo 87, apartado 4, párrafo tercero, del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal puede ordenar que una parte coadyuvante distinta de los Estados miembros soporte sus propias costas.
- 421 En los tres asuntos acumulados, al haber sido desestimados parcialmente los motivos formulados por cada una de las partes, procede condenar a cada parte al pago de sus propias costas, incluidas las de los procedimientos de medidas provisionales de los asuntos T-416/05 y T-423/05.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

decide:

- 1) **Anular el artículo 1, apartado 1, de la Decisión C(2005) 2706 final de la Comisión, de 14 de septiembre de 2005, relativa a ayudas de Estado en favor de Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE [C 11/2004 (ex NN 4/2003) – Olympiaki Aeroporia – Reestructuración y privatización].**

- 2) Anular parcialmente el artículo 1, apartado 2, de la Decisión C(2005) 2706 final en la medida en que se refiere al importe correspondiente al valor del conjunto de los elementos del activo inmaterial incluidos en el balance de transformación de Olympiaki Aeroporia Ypiresies en concepto de fondo de comercio, al valor de las aeronaves transferidas a Olympiakes Aerogrammes AE así como a los ingresos esperados de la venta de dos aeronaves todavía incluidas en el balance de Olympiaki Aeroporia Ypiresies.**

- 3) Anular el artículo 2 de la Decisión C(2005) 2706 final en la medida en que se refiere a las medidas de que trata el artículo 1, apartados 1 y 2, y en la medida en que se anulan dichas disposiciones.**

- 4) Desestimar los recursos en todo lo demás.**

- 5) Cada parte soportará sus propias costas, incluidas las de los procedimientos de medidas provisionales.**

Jaeger

Meij

Truchot

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 13 de septiembre de 2010.

Firmas

II - 4888

Índice

Antecedentes del litigio.....	II - 4759
Decisión 2003/372/CE.....	II - 4760
Decisión impugnada.....	II - 4763
Procedimiento y pretensiones de las partes.....	II - 4769
Fundamentos de Derecho.....	II - 4774
A. Sobre la desaparición del interés en ejercitar la acción de las demandantes.....	II - 4774
1. Alegaciones de las partes.....	II - 4774
2. Apreciación del Tribunal.....	II - 4776
B. Sobre el fondo.....	II - 4779
1. Sobre la ponderación de la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA a efectos de la recuperación de las ayudas (asuntos T-415/05 y T-416/05)	II - 4780
a) Alegaciones de las partes.....	II - 4780
b) Apreciación del Tribunal.....	II - 4788
Sobre la determinación de las medidas en favor de OA que podían ser objeto de una obligación de reclamar a NOA la restitución de las ayudas.	II - 4789
Sobre el alcance jurídico de la Decisión impugnada, en cuanto a la declaración relativa a la sucesión de NOA a OA a efectos de la recuperación de la ayuda controvertida.....	II - 4792
Sobre la apreciación de la motivación y de la procedencia de la declaración, en la Decisión impugnada, de la sucesión de NOA a OA a efectos de la recuperación de la ayuda controvertida.....	II - 4797
	II - 4889

2.	Sobre la ayuda otorgada a NOA (artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada) (asuntos T-415/05 y T-416/05)	II - 4806
	a)	
	Sobre la ponderación de la existencia de una continuidad económica entre OA y NOA a efectos de la calificación de las medidas controvertidas	II - 4806
	Alegaciones de las partes	II - 4806
	Apreciación del Tribunal General.....	II - 4808
	b)	
	Sobre el criterio del inversor privado	II - 4813
	Alegaciones de las partes	II - 4813
	Apreciación del Tribunal General.....	II - 4819
	— Sobre la determinación de la ayuda controvertida	II - 4819
	— Sobre la identificación de las cuestiones controvertidas a la vista del contenido de la Decisión impugnada y de la argumentación de las partes	II - 4821
	— Sobre los factores relevantes en el caso de autos a efectos de la aplicación del criterio del inversor privado.....	II - 4824
	— Sobre el reparto de la carga de la prueba y las obligaciones procedimentales respectivas de la Comisión y del Estado miembro interesado	II - 4828
3.	Sobre las ayudas otorgadas a OA.....	II - 4837
	a)	
	Sobre el pago anticipado del importe sobrestimado del valor de los elementos de activo de OA traspasados a NOA (artículo 1, apartado 2, de la Decisión impugnada) (asuntos T-415/05 y T-423/05).....	II - 4837
	Sobre la infracción del artículo 87 CE, apartado 1 y la falta de motivación (asuntos T-415/05 y T-423/05).....	II - 4838
	— Alegaciones de las partes	II - 4838
	—preciación del Tribunal	II - 4844
	Sobre la infracción del artículo 87 CE, apartado 3 y la falta de motivación (asunto T-415/05)	II - 4858

— Alegaciones de las partes	II - 4858
— Apreciación del Tribunal	II - 4861
b) Sobre la ejecución de determinadas garantías del Estado (artículo 1, apartado 3, de la Decisión impugnada) (asuntos T-415/05 y T-423/05).....	II - 4862
Alegaciones de las partes	II - 4862
Apreciación del Tribunal	II - 4866
c) Sobre la tolerancia en relación con el impago de deudas fiscales y de seguridad social (artículo 1, apartado 4, de la Decisión impugnada) (asuntos T-415/05, T-416/05 y T-423/05)	II - 4871
Alegaciones de las partes	II - 4871
Apreciación del Tribunal	II - 4874
4. Sobre la vulneración del derecho a ser oído (asuntos T-415/05 y T-423/05).....	II - 4880
a) Alegaciones de las partes	II - 4880
b) Apreciación del Tribunal	II - 4881
5. Sobre la vulneración del principio de proporcionalidad (T-415/05 y T-416/05)	II - 4883
a) Alegaciones de las partes	II - 4883
b) Apreciación del Tribunal	II - 4884
6. Sobre la vulneración del principio <i>non bis in idem</i> (asuntos T-415/05 y T-423/05)	II - 4885
Costas	II - 4887