



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JÁN MAZÁK
presentadas el 20 de octubre de 2011¹

Asunto C-124/10 P

**Comisión Europea
contra**

Électricité de France (EDF) y otros

«Recurso de casación — Ayuda de Estado — Exención fiscal selectiva ligada a un aumento de capital en la recapitalización de una empresa — Principio del inversor en una economía de mercado — Estado que actúa como accionista y como poder público»

1. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que anule la sentencia² mediante la que el Tribunal de Primera Instancia (actualmente Tribunal General) anuló los artículos 3 y 4 de la Decisión de la Comisión relativa a las ayudas estatales concedidas por Francia a EDF y al sector de las industrias eléctricas y del gas.³ Este recurso de casación tiene especial importancia para el Derecho de la UE sobre las ayudas de Estado. Suscita una cuestión de principio, que se refiere al alcance (aplicabilidad) de un principio central en el Derecho de la UE sobre las ayudas de Estado, a saber el principio del inversor en una economía de mercado (en lo sucesivo, «PIEM»), en un caso en que el Estado ha ejercido sus prerrogativas de poder público. En sustancia, el PIEM (o «principio del inversor privado») es la expresión lógica del principio de igualdad de trato de las empresas públicas y privadas derivado de los artículos 86 CE y 295 CE.

I. Marco jurídico

2. El artículo 38, apartado 2, del Código general de impuestos francés dispone que «el beneficio neto es la diferencia entre los valores del activo neto al cierre y a la apertura del ejercicio cuyos resultados han de servir de base para el impuesto, previa la deducción de las aportaciones adicionales y la suma de las cantidades retiradas durante dicho ejercicio por el explotador o por los socios. Por activo neto se entenderá el importe en el cual los valores del activo superan la parte del pasivo que representan en su conjunto las deudas con terceros, las amortizaciones y las provisiones justificadas».

3. Conforme al artículo 4, apartados I y II, de la Ley n^o 97-1026,⁴ se presumirá que las instalaciones de la red de suministro general de energía eléctrica han sido propiedad de EDF desde que le fue atribuida la concesión de dicha red, y para la aplicación de las disposiciones del apartado I, al 1 de enero de 1997 el contravalor de los bienes específicos comprendidos en la concesión de la red de suministro general que figuran en el pasivo de EDF, excluidas las diferencias de revaluación correspondientes, se asentará en la partida «Dotaciones de capital».

1 — Lengua original: inglés.

2 — Sentencia de 15 de diciembre de 2009, EDF/Comisión (T-156/04, Rec. p. II-4503) (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»).

3 — Decisión C 68/2002, N 504/2003 y C 25/2003, adoptada el 16 de diciembre de 2003 (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

4 — Ley de 10 de noviembre de 1997, de medidas urgentes de carácter fiscal y financiero (JORF de 11 de noviembre de 1997, p. 16387).

II. Antecedentes del litigio

4. Los hechos, el procedimiento administrativo y la Decisión impugnada se exponen con detalle en los apartados 9 a 51 de la sentencia recurrida. Me limitaré a los aspectos más importantes. EDF produce, transporta y distribuye electricidad. Al tiempo relevante EDF pertenecía en su totalidad al Estado. EDF fue creada por una Ley de nacionalización de la electricidad y del gas, que estableció el principio de la transferencia a EDF de las concesiones de electricidad nacionalizadas. Las diferentes concesiones de transporte de electricidad otorgadas por el Estado se unificaron en 1958 en una concesión única, denominada «réseau d'alimentation générale»; en lo sucesivo, «RAG» (red de alta tensión general).

5. La aplicación a EDF del plan general contable de 1982, que contenía reglas contables específicas para las concesiones, llevó a modificar el tratamiento contable de la RAG, a fin de tener en cuenta las recomendaciones formuladas por el Conseil national de la comptabilité (Consejo Nacional de Contabilidad), en lo sucesivo, «CNC». Se elaboró un plan contable específico de EDF, que fue aprobado por un Decreto interministerial. La RAG se asentó en el activo del balance de EDF, en la partida titulada «Inmovilizado material del dominio concedido». Se crearon provisiones específicas en concepto de renovación del inmovilizado concedido, destinadas a permitir que EDF devolviera esos bienes en perfecto estado al término de la concesión.

6. Los gastos de renovación efectuados por EDF se asentaron en el balance en la partida titulada «Contravalor de los bienes objeto de concesión», denominada también «Derechos del concedente». Esa partida representaba una deuda de EDF frente al Estado francés, ligada a la devolución gratuita de los bienes sustituidos al término de la concesión. En un informe de 1994 la Cour des Comptes francesa (Tribunal de Cuentas) señaló el carácter irregular de la desgravación fiscal de la que había disfrutado EDF como consecuencia de la creación irregular de las provisiones para renovación de la RAG. El Estado francés acometió en consecuencia la tarea de reestructurar el balance de EDF. El contrato de gestión de servicio público «Estado-EDF 1997-2000», firmado el 8 de abril de 1997, preveía una normalización de las cuentas de la empresa y de sus relaciones financieras con el Estado, con la perspectiva de la apertura del mercado de la electricidad prevista por la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DO 1997, L 27, p. 20).

7. Antes de la adopción de la Ley n° 97-1026 el balance de EDF se presentaba como sigue: i) en el activo, una partida titulada «Inmovilizado material del dominio concedido» por importe de 285.700 millones de FRE, de los cuales cerca de 90.000 millones de FRF por el concepto de la RAG; ii) en el pasivo, una partida titulada «Provisiones», de la que cerca de 38.500 millones de FRF correspondían a la RAG, así como una partida titulada «Contravalor de los bienes objeto de concesión» que recogía los gastos de renovación realizados y que ascendía a 145.200 millones de FRF, de los que 18.300 millones correspondían a la RAG.

8. Conforme al artículo 4 de la Ley n° 97-1026 la forma de reestructuración del balance de EDF se decidió y comunicó a EDF por un escrito de 22 de diciembre de 1997 del Ministro de Economía, Hacienda e Industria, del Secretario de Estado del Presupuesto y del Secretario de Estado de Industria (véanse los siguientes puntos 25 y 26).

9. En el contexto del procedimiento administrativo la Comisión adoptó tres decisiones conjuntas respecto a EDF, que se publicaron el 16 de noviembre de 2002 (DO C 280, p. 8). La Comisión inició un procedimiento formal de examen con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, acerca de la ventaja atribuida a EDF como consecuencia de la falta de pago del impuesto de sociedades debido por la parte de las provisiones creadas con exención de impuestos para la renovación de la RAG. El artículo 3 la Decisión impugnada califica el hecho de que EDF no pagara en 1997 el impuesto de sociedades sobre la parte de las provisiones constituidas con exención de impuestos para la renovación de la RAG, por un importe equivalente a los 14.119 millones de FRF de derechos del cedente reclasificados

en dotaciones de capital, como una ayuda estatal incompatible con el mercado común, y declara que la ayuda asciende a 888,89 millones de euros. En virtud del artículo 4 de la Decisión impugnada Francia debía recuperar la ayuda por importe de 1.217 millones de euros, con intereses, y de hecho ese importe fue devuelto al Estado francés.

III. La sentencia recurrida

10. En apoyo de su recurso de anulación, EDF invocó en esencia tres motivos. El Tribunal General limitó su apreciación al primer motivo y a las tres primeras partes del segundo motivo, desestimando el primer motivo y las dos primeras partes del segundo motivo. Estimó la tercera parte del segundo motivo, y anuló los artículos 3 y 4 de la Decisión impugnada, en relación con los que EDF había alegado en sustancia que, al ejecutar la medida controvertida el Estado había actuado como un inversor privado diligente en una economía de mercado.

11. En los apartados 233 a 237 de la sentencia recurrida el Tribunal General consideró en sustancia que el hecho de que la intervención del Estado revista la forma de una ley no puede por sí solo bastar para excluir que la intervención del Estado en el capital de una empresa persiga un objetivo económico que también podría perseguir un inversor privado. En los apartados 243 a 245 estimó en esencia que las disposiciones del artículo 4 de la Ley n° 97-1026 no son disposiciones de carácter fiscal en sí, sino disposiciones sobre contabilidad con incidencia fiscal. En los apartados 247 a 250 el Tribunal General apreció en sustancia, habida cuenta del objetivo pretendido, que la mera naturaleza fiscal del crédito que tenía el Estado francés frente a EDF y el mero hecho de que el Estado francés hubiera utilizado una ley como instrumento no permitían que la Comisión rehusara aplicar el PIEM.

12. En los apartados 251 y 252 de la sentencia recurrida el Tribunal General manifestó que no puede excluirse que la forma adoptada por una inversión implique diferencias en términos de coste de movilización del capital y de rendimiento de éste, que podrían conducir a considerar que un inversor privado no habría realizado tal inversión en condiciones comparables. Ello presupone sin embargo un análisis económico en el marco de la aplicación del PIEM, del que la Comisión se había abstenido voluntariamente en ese caso. En el apartado 253 el Tribunal General concluyó que la Comisión no podía limitarse a examinar las incidencias fiscales de las disposiciones adoptadas por la República Francesa sin examinar al mismo tiempo —y excluir en su caso al término de ese examen— el fundamento de la alegación de que la operación se ajustaba al PIEM.

IV. Apreciación

13. La Comisión aduce dos motivos de casación: i) el Tribunal General apreció erróneamente y distorsionó los hechos del asunto, y ii) el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al apreciar el alcance del PIEM. No es preciso reproducir con detalle y por separado todas las alegaciones de las partes. En lugar de ello, para facilitar la lectura de estas conclusiones, integraré esas alegaciones en mi análisis.

A. *El primer motivo de casación: distorsión de los hechos*

14. En esencia la Comisión, Iberdrola y la Autoridad de Vigilancia de la AELC (en lo sucesivo, «Autoridad») afirman que, en contra de lo declarado en la sentencia recurrida, la República Francesa no convirtió realmente un crédito fiscal en capital, sino que solamente concedió a EDF una ayuda en forma de exención del impuesto de sociedades. Por otra parte, EDF y el Gobierno francés alegan que el primer motivo de casación debe desestimarse.

15. Ante todo, EDF mantiene que el primer motivo de casación aducido por la Comisión es inadmisibles ya que solicita al Tribunal de Justicia que reexamine la apreciación del Tribunal General sobre la reestructuración del balance de EDF.

16. En lo que atañe al motivo basado en la distorsión de la prueba, quiero señalar que, si bien corresponde únicamente al Tribunal General apreciar el valor que ha de atribuirse a las pruebas que se le han presentado,⁵ el Tribunal de Justicia ha considerado no obstante que dicho motivo es admisible.⁶ En el presente asunto la objeción de inadmisibilidad aducida por EDF debe desestimarse. Es evidente que la Comisión no sólo solicita un reexamen de la apreciación por el Tribunal General acerca de la reestructuración del balance de EDF. Antes bien, de las alegaciones y los documentos obrantes ante el Tribunal de Justicia resulta que es efectivamente posible que el Tribunal General haya distorsionado los hechos del asunto y haya errado en su calificación de éstos.

17. Según reiterada jurisprudencia, las alegaciones sobre los hechos considerados probados y sobre la apreciación que de éstos se hace en la sentencia recurrida son admisibles si el recurrente alega que el Tribunal General efectuó apreciaciones cuya inexactitud material resulta de los documentos obrantes en autos o desnaturalizó las pruebas que le fueron presentadas.⁷ La apreciación de la prueba incumbe sin duda al Tribunal General y no puede ser revisada por el Tribunal de Justicia, pero no es éste el supuesto cuando el Tribunal General ha distorsionado la prueba, al deducir de ella algo que claramente no contenía, y en mi opinión así sucede en este caso.⁸ La distorsión de la prueba⁹ (*dénaturation*) tiene lugar cuando un tribunal que conoce del fondo de un asunto sobrepasa su competencia al interpretar un documento redactado de forma clara y sin ambigüedad (como un contrato, un testamento, un informe pericial, una sentencia, o una ley extranjera), de manera incompatible con esa redacción.¹⁰

18. Del conjunto de las anteriores consideraciones se deduce que el primer motivo de casación es admisible.

19. En cuanto al fondo del primer motivo de casación, se advierte que el Tribunal General incurrió en un error en la calificación de los hechos, en particular al estimar que la República Francesa había convertido un crédito fiscal en capital (véase entre otros el apartado 258 de la sentencia recurrida), siendo así que lo que en realidad hizo ese Estado fue conceder a EDF una exención selectiva del impuesto de sociedades.¹¹

20. En contra de lo alegado por EDF, y como se pondrá de manifiesto más adelante, la distorsión de los hechos es evidente a partir de los documentos obrantes ante el Tribunal de Justicia, y en consecuencia no es preciso que el Tribunal de Justicia lleve a cabo una nueva apreciación detallada de los hechos.

21. El Gobierno francés trata de justificar el criterio del Tribunal General insistiendo en que la conversión de un crédito fiscal en capital tuvo lugar como parte de una reestructuración del balance de EDF, proceso en el que una de las etapas fue una recapitalización.

5 — Sentencia de 1 de junio de 1994, Comisión/Brazzelli Lualdi y otros (C-136/92 P, Rec. p. I-1981), apartado 66.

6 — Véase entre otras la sentencia de 2 de marzo de 1994, Hilti/Comisión (C-53/92 P, Rec. p. I-667), apartado 42.

7 — Véase la sentencia de 15 de junio de 2000, Dorsch Consult/Consejo y Comisión (C-237/98 P, Rec. p. I-4549), apartados 35 y 36.

8 — Véanse las conclusiones del Abogado General Tesoro en el asunto Blackspur DIY y otros/Consejo y Comisión (sentencia de 16 de septiembre de 1997, C-362/95 P, Rec. p. I-4775), punto 32.

9 — Véase también la sentencia Hilti/Comisión, citada en la nota 6 (apartado 42).

10 — Véanse las conclusiones de la Abogado General Sharpston en el asunto Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consejo (sentencia de 1 de octubre de 2009, C-141/08 P, Rec. p. I-9147), punto 72.

11 — Sentencia de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Rec. p. I-877), apartado 14. Véase también la sentencia de 19 de mayo de 1999, Italia/Comisión (C-6/97, Rec. p. I-2981), apartado 16.

22. Nadie discute el hecho de que al mismo tiempo se estaba realizando una recapitalización de EDF, que en sí misma no fue considerada constitutiva de una ayuda de Estado. Sin embargo, es importante señalar que fueron las *implicaciones fiscales*, que son disociables de la recapitalización, lo que se calificó como ayuda de Estado (véase el apartado 241 de la sentencia recurrida). Pienso que la alegación del Gobierno francés es de poca consistencia pues a mi juicio la renuncia a un crédito fiscal y su conversión en una aportación de capital deben considerarse evidentemente como dos operaciones diferentes y consecutivas. De hecho, en el punto 97 de su escrito de contestación el Gobierno francés parece reconocerlo.

23. La lectura de los documentos obrantes en autos confirma la imposibilidad manifiesta de encontrar en ellos el importe de la deuda tributaria. No existe una liquidación del impuesto, ni rastro de un requerimiento tributario de pago, ni una decisión sobre la asignación de la deuda tributaria a la recapitalización de EDF. De hecho, si se hubiera de seguir la interpretación por el Tribunal General de los documentos y los hechos de los que conocía, el destino de la cuota tributaria debería deducirse tan sólo del silencio al respecto de la Ley n° 97-1026 y/o del escrito de 22 de diciembre de 1997.

24. El Tribunal General manifiesta en el apartado 242 de la sentencia recurrida que «todas las partes concuerdan en considerar que se habría debido pagar un impuesto por el importe de 14.119 millones de FRF antes de que fuera anotado en la partida titulada «Dotación de capital».

25. De los apartados 239 a 242 de la sentencia recurrida resulta que todas las medidas de reestructuración del balance de EDF se asentaron en éste, con el doble objetivo de reforzar la situación neta de la empresa y de estabilizar la relación financiera entre el Estado y EDF sobre bases cercanas al Derecho común (véase el apartado 31 de la sentencia recurrida).

26. Deben observarse en especial los aspectos siguientes: i) los bienes constitutivos de la RAG fueron reclasificados, por importe de 90.325 millones de FRF, como «bienes propios»; ii) las provisiones para renovación de la RAG no utilizadas fueron contabilizadas como beneficio no distribuido y reclasificadas como pérdidas de ejercicios anteriores, de forma que esa cuenta resultó así liquidada y el saldo se afectó a las reservas (debo añadir que esa operación fue gravada); y iii) los «derechos del concedente» se afectaron directamente a la partida de dotaciones de capital por importe de 14.119 millones de FRF.

27. Lo importante sin embargo es que la conversión en capital de la deuda tributaria de la que EDF quedó exenta no se asentó en forma alguna en las cuentas de la empresa.

28. En realidad, «las propias autoridades francesas reconocen el carácter ilegal de esta operación. En una nota de la Dirección General de Impuestos [del Ministerio de Asuntos Económicos, Hacienda e Industria] de 9 de abril de 2002, dirigida a la Comisión, las autoridades francesas indican que “los derechos del cedente correspondientes a la RAG representan una deuda indebida que, mediante su incorporación al capital, se eximió de manera injustificada del impuesto” y que “esta reserva debería haberse transferido, con anterioridad a su incorporación al capital, del pasivo del establecimiento donde erróneamente figuraba a una cuenta neta, dando lugar de esta manera a una variación positiva del activo neto imponible en aplicación del artículo 38-2” del Código General de Impuestos» (véase el considerando 89 de la Decisión impugnada).

29. A pesar del criterio inequívoco manifestado por la Dirección General de Impuestos, ninguna deuda fiscal se contabilizó debidamente antes de que el importe del «crédito» fuera objeto de aportación como capital.

30. Se observa que, en el presente caso, el «crédito» nunca existió en realidad y no había deuda alguna a la que renunciar. Como ha señalado Iberdrola, no hubo una conversión de crédito en capital, ni al parecer intención alguna de las autoridades de llevar a cabo tal conversión. Incluso parece que el Tribunal General estimó la alegación del Gobierno francés basada en el PIEM para justificar sus acciones *a posteriori*. A mi parecer, tal alegación, en particular porque se presentó *in tempore suspecto*, no puede transformar retroactivamente una exención fiscal en una operación que pueda considerarse «comparable» a la conversión de un crédito en capital.

31. En el apartado 282 de la sentencia recurrida el Tribunal General reconoció que nunca hubo crédito ni deuda a la que renunciar: «[...] antes de la adopción de la Ley n° 97-1026 y de que se presumiera que EDF era propietaria de la RAG, no se adeudaba ningún impuesto. En segundo lugar, dado que la República Francesa renunció a percibir el impuesto, éste ya no se adeudaba y por consiguiente no habría podido figurar en el balance como una deuda de la empresa».

32. Conuerdo con la Comisión en que, si se hubiera de aceptar la reconstrucción de los hechos por el Tribunal General, de ello resultaría un aumento de capital que es implícito y no transparente, realizado sin la expresa aprobación del legislador y contra el criterio de las autoridades fiscales.

33. En relación con ello el apartado 243 de la sentencia recurrida es esencial en el razonamiento del Tribunal General. En él este Tribunal parece servirse del argumento de que el artículo 4 de la Ley n° 97-1026 tenía como objeto reestructurar el balance de EDF y aumentar los fondos propios de ésta para concluir que «no se trata en consecuencia de disposiciones de carácter fiscal en sí, sino de disposiciones de naturaleza contable con incidencia fiscal, como muestra el escrito dirigido el 22 de diciembre de 1997 a EDF [...]».

34. El resto del razonamiento del Tribunal General se basa en la apreciación de que el Estado francés llevó a cabo una inversión, y en particular que «[...] llev[ó] a cabo un aumento de capital [de EDF] con renuncia a ese crédito fiscal» (véase el apartado 246 de la sentencia recurrida). La lectura de los pasajes relevantes de la sentencia recurrida confirma que ese aspecto es la clave del razonamiento del Tribunal General, y que a juicio de éste representaba la cuestión esencial que debía resolverse para apreciar la tercera parte del segundo motivo de EDF.

35. Esa idea puede detectarse a lo largo de la sentencia. Cabe observarla en términos más o menos explícitos en los apartados 248, 249, 250, 252, 253, 258 y 259. Además, el Tribunal General se refiere a los objetivos presuntamente perseguidos en los apartados 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 y 259 de la sentencia recurrida.

36. El Tribunal General fundó manifiestamente su apreciación en los términos del artículo 4 de la Ley n° 97-1026. En sustancia toda la argumentación del Gobierno francés y de EDF se sustenta en alto grado en los términos de esa disposición. Esas partes alegan que se deduce con claridad de esos términos que el Tribunal General consideró válidamente que la asistencia prestada en 1997 fue una aportación de capital. Sin embargo, en contra de esa alegación, estimo que los términos del artículo 4 de la Ley n° 97-1026 no llevan a la ineludible conclusión de que esa asistencia fuera una aportación de capital. Es más, el Gobierno francés no ha demostrado en sus alegaciones que de la naturaleza de las operaciones financieras se deduzca necesariamente que éstas constituyeron una aportación de capital. De las anteriores consideraciones resulta que también debe desestimarse la alegación del Gobierno francés de que la supuesta aportación de capital se realizó de la forma «más transparente» ya que adoptó la forma de una ley.

37. Fue como mucho transparente en la forma, ciertamente no en el contenido.

38. Es patente que el artículo 4 de la Ley n° 97-1026 tan sólo establece las consecuencias contables de las operaciones financieras previstas. Lo cierto es que no establece las consecuencias o implicaciones fiscales de las operaciones de que se trata. EDF parece reconocerlo de hecho en su escrito de contestación. Como observó la Comisión, durante el procedimiento legislativo se rechazó una enmienda al texto de la Ley porque se proponía definir el proceso contable mediante el que las provisiones contables relativas a las instalaciones de que se trata se convertirían en fondos propios.¹²

12 — Véase el informe «Migaud» elaborado en nombre de la *Commission des finances, de l'économie générale et du plan* de la Asamblea Nacional, adjunto al escrito de recurso de la Comisión, pp. 79 a 81, que expone la discusión de la enmienda «De Courson». La discusión de esa enmienda muestra que los principales miembros del Comité (y en particular su Presidente y el Ponente general), consideraron que la disposición que se iba a adoptar debía incluir el pago por EDF del impuesto de sociedades por el importe de las provisiones transformadas en capital.

39. En primer término, basta señalar que nada en la Ley n° 97-1026 sugiere que el Estado francés llevara a cabo una operación que consistiera en sustancia en la conversión de un crédito fiscal en capital de EDF. En segundo término, del informe del Comité de Hacienda de la Asamblea Nacional, elaborado en el curso del examen del texto, resulta que el legislador no se pronunció sobre el mecanismo fiscal mediante el que las provisiones contables relacionadas con las instalaciones de transmisión de energía eléctrica comprendidas en la concesión de la red de transmisión de alta tensión se convertirían en fondos propios. Es importante el hecho de que el informe confirma que la Ley no contiene indicación alguna de las consecuencias fiscales de la reclasificación contable que se iba a realizar conforme a sus disposiciones.

40. En lo que atañe al escrito de 22 de diciembre de 1997 del Gobierno francés a EDF, se observa que las autoridades francesas mismas formularon una clara distinción entre las medidas relacionadas con la reestructuración del balance (véase el anexo 1 de ese escrito), y las consecuencias fiscales (véase el anexo 3 del mismo escrito). Como indicó la Comisión, el anexo 1 tan sólo muestra la aplicación directa de los derechos del concedente a la aportación de capital por importe de 14.119 millones de FRF, mientras que el anexo 3 suprime las consecuencias fiscales de esa medida para EDF. Nada tampoco en ese documento sugiere que un crédito fiscal se convirtiera en capital.

41. En relación con el escrito de 9 de abril de 2002 de las autoridades francesas a la Comisión, la situación es la misma: en él nada tampoco sugiere que el Estado francés llevara a cabo la conversión de un crédito fiscal en capital.

42. De los documentos obrantes ante el Tribunal de Justicia se deduce que sólo en una fase avanzada del procedimiento administrativo, el 9 de diciembre de 2002, 18 meses después del inicio del procedimiento de examen, en las observaciones enviadas a la Comisión las autoridades francesas intentaron presentar la exención fiscal concedida a EDF como una operación «comparable» a una «aportación adicional de capital», y lo que es relevante, las autoridades francesas no aportaron pruebas objetivas en apoyo de esas alegaciones.

43. Como la Comisión señaló con razón en sus observaciones presentadas ante el Tribunal General el 3 de febrero de 2005 EDF aportó un estudio titulado «Perspectiva hipotética de un inversor en el mercado», pero incluso ese estudio se elaboró *ex post* en un intento de justificar retroactivamente la lógica económica de la operación en cuestión. Es decir, se intentó presentar esa operación como la conversión de un crédito en capital, una interpretación de lo acontecido que, conforme a los hechos, no se corresponde con la realidad ni fue considerada nunca como tal por la República Francesa al tiempo de la reestructuración referida.

44. Por otro lado, el hecho de que Tribunal General se separó de los hechos del asunto al distorsionarlos en tal grado que en definitiva se pronunció sobre un supuesto diferente al del asunto del que conocía se deduce claramente del apartado 242 de la sentencia recurrida. En ese apartado el Tribunal General destacó que todas las partes concordaban en que se habría debido pagar el impuesto por la operación considerada. En cambio, en los apartados 266 a 269, el Tribunal General expresa dudas acerca de si era exigible el pago del impuesto en esas circunstancias. No obstante, de los documentos obrantes ante el Tribunal de Justicia se deduce que la operación referida, en la forma en la que se ejecutó, debió ciertamente haber dado lugar al pago del impuesto.

45. A mi parecer, el Tribunal General no estaba facultado para apreciar, como un hecho, que se había realizado una aportación de capital como resultado de la renuncia a un crédito fiscal, en defecto de prueba objetiva alguna que acreditara la existencia de tal operación.

46. En consecuencia, dado la patente inexistencia de tal prueba objetiva, la conclusión del Tribunal General de que hubo una aportación de capital es una apreciación fundada en una distorsión de los documentos que obraban ante él.

47. Alternativamente, como ha observado la Comisión, si la apreciación del Tribunal General no se considerarse como una apreciación de un hecho objetivo, sino como una calificación jurídica de los hechos, basada en la presunción de una conversión implícita y no transparente de una deuda tributaria en capital, en tal supuesto esa calificación jurídica de los hechos sería manifiestamente errónea ya que privaría de validez a la totalidad del razonamiento del Tribunal General.

48. Por último, el apartado 225 de la sentencia recurrida expone acertadamente que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el PIEM no es pertinente cuando la intervención del Estado no es de carácter económico. Ése es el caso cuando las autoridades públicas entregan una subvención directa a una empresa, o conceden una exención fiscal, o acuerdan una reducción de las cargas sociales. Por tanto, concuerdo con la Comisión en que parece como si, al recalificar la operación considerada, el Tribunal General hubiera intentado esquivar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia acerca del alcance del PIEM.

49. Del conjunto de las anteriores consideraciones se deduce que el primer motivo de casación debe ser estimado

B. El segundo motivo de casación: interpretación del artículo 87 CE

1. Primera parte del segundo motivo: criterios de distinción entre el Estado como accionista y el Estado como poder público

50. En esencia, la Comisión, Iberdrola y la Autoridad impugnan la apreciación del Tribunal General de que la distinción entre el Estado accionista y el Estado cuando ejerce el poder público depende principalmente del objetivo perseguido por el Estado, en el presente caso la recapitalización de EDF, y no de elementos objetivos y verificables, según exige la jurisprudencia. EDF y el Gobierno francés mantienen que debe desestimarse la primera parte del segundo motivo de casación.

51. Ante todo EDF y el Gobierno francés alegan en sustancia que el segundo motivo de casación se basa en la supuesta distorsión de los hechos por el Tribunal General, que constituye el objeto del primer motivo de casación. Consideran que esos dos motivos de casación son complementarios y que el primero es en realidad una premisa indispensable del segundo.

52. Sin embargo, a mi juicio el segundo motivo de casación es manifiestamente distinto e independiente del primero. Ello es así no obstante el hecho de que el recurso de casación se tenga por objeto necesariamente los artículos 3 y 4 de la Decisión impugnada, relacionados con la falta de pago por EDF en 1997 de ciertos importes del impuesto de sociedades. Como la Autoridad e Iberdrola han observado con razón, los artículos 3 y 4 de la Decisión impugnada pueden ser confirmados o anulados, tanto si la medida de ayuda controvertida se califica como una aportación de capital o bien como la falta de pago del impuesto, si ningún inversor privado racional y diligente habría puesto esos fondos a disposición de una empresa pública «en las condiciones que un inversor privado, que actuara en las condiciones normales de una economía de mercado, aceptaría para realizar la misma operación respecto a una empresa privada semejante».¹³

53. La apreciación sustantiva de la Comisión en esa parte de la Decisión impugnada fue que la asistencia financiera prestada por el Estado francés en 1997 constituía una ayuda de Estado ilegal.

54. Pienso que, en cualquier caso, el segundo motivo de casación es fundado. Es un hecho indiscutido que, en el presente caso, el Estado francés ejerció sus prerrogativas de poder público.

¹³ — Cf. Comunicación de la Comisión a los Estados miembros – Aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CEE y del artículo 5 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión a las empresas públicas del sector de fabricación (DO 1993 C 307, p. 3), apartado 11.

55. En lo que atañe al fondo de la primera parte del segundo motivo de casación creo que una de las cuestiones de mayor relevancia en el presente recurso es la importancia superior que el Tribunal General atribuye a los objetivos de la medida objeto de apreciación, criterio ése que no tiene fundamento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

56. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia el artículo 87 CE, apartado 1, «no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos». ¹⁴ La naturaleza de los motivos que subyacen a una medida de ayuda no bastan para excluirla automáticamente del ámbito de las ayudas de Estado. De otro modo, sería suficiente que un Estado miembro invocase la legitimidad de la finalidad de la intervención pública para evitar la aplicación de las reglas del Tratado sobre ayudas de Estado. ¹⁵

57. Sobre ello EDF replica con el argumento de que el Tribunal General no apreció la medida en cuestión basándose *exclusivamente* en su objetivo. Según EDF, el Tribunal General apreció esa medida a la luz de varios criterios, como su naturaleza, objeto y finalidad, y con referencia a todos sus aspectos y a su contexto general.

58. Aunque pueda reconocerse que *prima facie*, el Tribunal General no fundó su criterio exclusivamente en el objetivo pretendido, sigue siendo cierto que una detenida lectura de la sentencia del Tribunal General en su totalidad muestra que éste basó sus apreciaciones principalmente, si no únicamente, en el objetivo pretendido, para determinar si el Estado obró como accionista o como poder público. Como se pondrá de manifiesto, no puede negarse que el Tribunal General atribuyó importancia preponderante en su análisis al objetivo perseguido.

59. En el apartado 229 de la sentencia recurrida, el Tribunal General manifestó que «para apreciar si las medidas adoptadas por el Estado corresponden a sus prerrogativas de poder público o emanan de obligaciones que debe asumir en calidad de accionista, no hay que valorar esas medidas en función de su forma, sino antes bien en función de su naturaleza, de su objeto y de las reglas a las que están sujetas, así como tener en cuenta el *objetivo perseguido*» (el subrayado es mío).

60. Seguidamente, en el apartado 233 el Tribunal General pone de relieve de nuevo la necesidad de determinar si el Estado perseguía un «objetivo económico» que también podría perseguir un inversor privado, a fin de determinar si el PIEM es o no aplicable. Los apartados 234 y 235 también exponen que el objetivo perseguido es importante en este contexto. En el apartado 236 el Tribunal General concluye que «no se tiene que examinar la medida en función tan sólo de su forma, sino en función de su naturaleza, de su objeto y de sus *objetivos*, lo que supone considerarla en la totalidad de sus aspectos, así como tomar en cuenta el contexto en el que se inserta» (el subrayado es mío). Finalmente, el apartado 237 también se refiere al objetivo de la medida considerada.

61. Después, es en el apartado 247 donde el Tribunal General manifiesta una vez más, de forma concluyente, que «*habida cuenta del objetivo de recapitalización de EDF pretendido por la Ley nº 97-1026*, la mera naturaleza fiscal del crédito [...] y el mero hecho de que ese Estado haya actuado mediante una ley no permiten que la Comisión rehúse verificar si en circunstancias similares un inversor privado habría podido decidirse a realizar un aumento de capital de igual importancia, y por tanto si los capitales fueron aportados por el Estado en circunstancias que corresponden a las condiciones normales del mercado» (el subrayado es mío).

14 — Sentencia de 9 de junio de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión (C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, Rec. p. I-4727), apartado 94 y la jurisprudencia citada.

15 — Véanse las conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto Heiser (sentencia de 3 de marzo de 2005, C-172/03, Rec. p. I-1627), punto 45.

62. Así pues, para pronunciarse sobre la aplicabilidad del PIEM, el Tribunal General tomó ciertamente en consideración el objetivo pretendido, y le atribuyó una importancia determinante, y como consecuencia esa sentencia se basa en un error de Derecho.

63. Además, es evidente que la única doctrina jurisprudencial sobre cuya base el Tribunal General intenta justificar la consideración del objetivo perseguido por el Estado miembro, en el contexto de la aplicabilidad del PIEM, es la de la sentencia SAT Fluggesellschaft del Tribunal de Justicia.¹⁶

64. Sin embargo, en el apartado relevante de esa sentencia, el apartado 30, el Tribunal de Justicia no se refiere en absoluto al objetivo perseguido por la medida en cuestión.

65. Ante todo, la sentencia SAT Fluggesellschaft no guarda relación con las ayudas de Estado. Esa sentencia trataba de determinar si una determinada organización internacional constituía una «empresa» en el sentido de los artículos 82 CE y 86 CE. En particular, se preguntaba al Tribunal de Justicia si la Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea (Eurocontrol) constituía una «empresa».

66. A fin de pronunciarse sobre esa cuestión el Tribunal de Justicia examinó: i) la *naturaleza* de las actividades de Eurocontrol (apartado 19), ii) la *finalidad* de esas actividades según se definían en el Convenio que la instituyó (apartado 21), iii) las *atribuciones* de Eurocontrol, tal como se definían en el Convenio modificado (apartado 22), iv) sus *competencias*, en especial la de establecer y percibir las tarifas de ruta (apartados 23, 28 y 29), v) la *actividad operacional* de Eurocontrol (apartado 24), y por último vi) su forma de *financiación* como organización internacional (apartado 26).

67. En los apartados 30 y 31 de la sentencia SAT Fluggesellschaft, el Tribunal de Justicia llegó así pues a la conclusión de que «tomadas en su conjunto, las actividades de Eurocontrol [...] se vinculan al ejercicio de prerrogativas, relativas al control y a la policía del espacio aéreo, que son prerrogativas típicas del poder público. No tienen un carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado». Eurocontrol no constituía, por consiguiente, una empresa sujeta a las disposiciones de los artículos 82 CE y 86 CE.

68. Debe observarse que en el presente asunto el propio Tribunal General reconoció en el apartado 246 de la sentencia recurrida que «[...] el Estado ha ejercido sus prerrogativas de poder público al renunciar [al crédito fiscal en cuestión]». No se discute que la medida considerada está relacionada con el ejercicio de prerrogativas del poder público. Además, como la Comisión ha señalado fundadamente, el test aplicado por el Tribunal de Justicia en la sentencia SAT Fluggesellschaft se refería a la calificación de una organización específica como una empresa y no a la calificación de una operación singular realizada por el Estado como ayuda de Estado, de lo que aquí se trata.

69. La única conclusión que cabe deducir de las precedentes consideraciones es que, en contra de lo alegado por el Gobierno francés, la sentencia SAT Fluggesellschaft era y sigue siendo irrelevante para la solución del presente asunto, y en particular que esa sentencia es irrelevante para determinar si el PIEM es aplicable o no en un caso concreto relacionado con el artículo 87 CE.

70. Es más, estimo que de hecho el Tribunal General ni siquiera aplicó los criterios enunciados por el Tribunal de Justicia en el apartado 30 de la sentencia SAT Fluggesellschaft. El Tribunal General consideró el objetivo perseguido por el Estado, un criterio ajeno a esa sentencia del Tribunal de Justicia, como el factor más decisivo con mucho, y al mismo tiempo no tuvo en cuenta la *naturaleza* de la actuación del Estado al renunciar al crédito de que se trata, lo que, según los términos mismos del Tribunal General, era un supuesto de ejercicio por el Estado de sus prerrogativas de poder público.

¹⁶ — Sentencia de 19 de enero de 1994 (C-364/92, Rec. p. I-43).

71. En primer lugar, un criterio fundado en la intención del Estado es particularmente inapropiado para apreciar la existencia de una ayuda de Estado ya que ese criterio es por su propia naturaleza subjetivo y sujeto a interpretación. En segundo lugar, como indicó Iberdrola, la consideración de objetivos presuntamente perseguidos por el Estado miembro se presta a manipulación, afectando a la competencia entre los sectores público y privado. Hay un riesgo cierto de que, para eludir la aplicación del Derecho sobre ayudas de Estado, los Estados miembros se sientan inclinados a alegar (*ex post*) un mero interés en obtener un beneficio.

72. Por último, la importancia decisiva atribuida por el Tribunal General al objetivo pretendido es de difícil conciliación con el hecho de que «el concepto de ayuda es objetivo».¹⁷ No debe olvidarse que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «el concepto de ayuda de Estado, tal como se define en el Tratado, tiene carácter jurídico y debe interpretarse sobre la base de elementos objetivos».¹⁸ Por último, la existencia de un factor de ayuda se aprecia únicamente mediante referencia a los datos objetivos y verificables disponibles. Si no fuera así, el deber de vigilancia de la Comisión resultaría afectado y el órgano jurisdiccional comunitario no podría «ejercer un control completo por lo que respecta a la cuestión de si una medida está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1»,¹⁹ y ése es precisamente el riesgo si se siguiera el criterio sugerido en la sentencia recurrida.

73. EDF alega seguidamente que lo relevante para la aplicación del PIEM no es sólo el objetivo perseguido sino también el contexto específico. Invoca varias sentencias en las que se estimó que la Comisión estaba obligada a valorar el contexto de diversas operaciones. En especial, EDF hace referencia a las sentencias Chronopost I,²⁰ P&O European Ferries (Vizcaya) y Diputación Foral de Vizcaya/Comisión («P&O European Ferries»),²¹ Bundesverband deutscher Banken/Comisión,²² y Ryanair/Comisión («Ryanair»)²³.

74. No obstante, basta señalar que todos esos asuntos tenían por objeto operaciones de naturaleza comercial. En el asunto Chronopost I, se trataba de la transferencia de una base de clientes; en el asunto P & O European Ferries, de la venta de billetes de ferry; en el asunto Bundesverband deutscher Banken/Comisión, de la aportación de activos a un banco que se utilizaron después para respaldar sus actividades comerciales; y finalmente, en el asunto Ryanair, de la fijación de los cánones aeroportuarios, esto es, una actividad directamente vinculada a la gestión de las infraestructuras aeroportuarias, que es una actividad económica. En particular, el Tribunal General puso de manifiesto en la sentencia Ryanair que era apropiado considerar las tarifas como «cánones» en vez de «tasas» —al contrario que en el presente caso, en éste un operador privado *podría* haber establecido un sistema que redujera esos cánones—.

75. En especial, parece ser que el Tribunal General se inspiró en su sentencia Ryanair, que también había anulado una decisión de la Comisión sobre ayudas de Estado. El Tribunal General estimó en la sentencia Ryanair que la Comisión había incurrido en un error de Derecho al negarse a examinar conjuntamente las ventajas concedidas por la Región Valona y por el aeropuerto de Charleroi y determinar si esas dos entidades actuaron a la vez como operadores racionales en una economía de mercado. Sin embargo, es evidente que el presente caso debe diferenciarse del asunto Ryanair. La jurisprudencia ya había reconocido la naturaleza económica de las actividades controvertidas en el

17 — Véanse las conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 19 de marzo de 2002 en el asunto Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg («Altmark») (sentencia de 24 de julio de 2003, C-280/00, Rec. p. I-7747), apartado 77.

18 — Sentencia de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión (C-487/06 P, Rec. p. I-10515), apartado 111.

19 — Véase entre otras la sentencia de 16 de mayo de 2000, Francia/Ladbroke Racing y Comisión (C-83/98 P, Rec. p. I-3271), apartado 25.

20 — Sentencia de 3 de julio de 2003, Chronopost y otros/Ufex y otros (C-83/01 P, C-93/01 P y C-94/01 P, Rec., p. I-6993), apartado 128.

21 — EDF se refiere a las conclusiones del Abogado General Tizzano presentadas en los asuntos que dieron lugar a la sentencia de 1 de junio de 2006 (C-442/03 P y C-471/03 P, Rec. p. I-4845), punto 87.

22 — Sentencia de 3 de marzo de 2010, T-163/05, Rec. p. II-387.

23 — Sentencia de 17 de diciembre de 2008, T-196/04, Rec. p. II-3643.

asunto Ryanair.²⁴ Aunque los cánones en cuestión se habían fijado por vía *reglamentaria*, el Tribunal General consideró que se trataba de una actividad económica porque «la fijación de las tasas aeroportuarias se halla estrechamente vinculada a la utilización y a la gestión del aeropuerto de Charleroi, actividad que debe calificarse de económica». El Tribunal General estimó en sustancia que no reconocer el hecho de que la Región Valona podía actuar como un inversor privado al fijar los cánones referidos equivaldría a una discriminación entre los aeropuertos públicos y privados. Tal vez deba observarse que la Comisión no recurrió la sentencia Ryanair.

76. No obstante, a diferencia de la fijación de esos cánones, ningún operador privado puede, en caso alguno, renunciar a un crédito fiscal. Pienso que es manifiestamente errónea la alegación de EDF según la cual el hecho de que el instrumento empleado por el Estado no esté al alcance del inversor privado no puede significar que deba excluirse el PIEM. Tiene ciertamente fundamento válido el criterio de los comentaristas jurídicos de que el PIEM no puede aplicarse en materia fiscal, esto es, en casos en los que la ventaja considerada se obtiene por medio del Derecho fiscal.²⁵

77. A mi parecer, el criterio del Tribunal General en la sentencia recurrida debe refutarse *a fortiori* porque, si el Estado desea actuar potencialmente como un inversor privado, aún puede hacerlo; todo cuanto necesita hacer es aportar capital a una empresa *después* de haber ejercido su potestad tributaria y haber utilizado así sus prerrogativas de poder público. Por consiguiente, en contra de la alegación de EDF de que el alcance del PIEM se restringiría en exceso y equivaldría a una discriminación contra las empresas públicas, el criterio que propugno no causaría ninguna discriminación en perjuicio de las empresas públicas. Tan sólo pretende limitar el riesgo de discriminación en perjuicio de las empresas privadas.

78. Por otro lado, como la Autoridad ha observado, aun si hay circunstancias en las que un Estado puede establecer relaciones contractuales y comerciales con sociedades, la deuda contraída por EDF con el Estado francés en el presente caso no era en absoluto de naturaleza contractual o comercial. Era una deuda fiscal. Los tributos se imponen por el Estado y no son debidos como consecuencia de relaciones contractuales o comerciales voluntarias. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia ha diferenciado las operaciones realizadas por el Estado actuando como inversor de aquellas en las que actúa como acreedor.²⁶

79. Además, conforme al PIEM, cuando una sociedad recibe asistencia por medio de fondos públicos, esa asistencia se considerará ayuda de Estado si en circunstancias normales un inversor privado no habría realizado tal inversión. Por otra parte, si el Estado ha actuado de igual forma que cualquier accionista privado normal que actuara en condiciones normales de mercado, la asistencia financiera no se considerará ayuda de Estado. Como ha señalado la Autoridad, es evidente que el Estado impone tributos en ejercicio de su poder público. Es difícil mantener que el Estado tiene la potestad impositiva en su condición de inversor privado. El corolario de la imposición de tributos, la renuncia a deudas fiscales, es también una actuación que el Estado lleva a cabo como poder público. En consecuencia, las actuaciones fiscales del Estado, la imposición, la recaudación, la devolución o la condonación de impuestos, se realizan indudablemente en ejercicio de su poder público y por definición no pueden llevarse a cabo en calidad de inversor privado.

24 — Véase en ese sentido la sentencia de 12 de diciembre de 2000, *Aéroports de Paris/Comisión* (T-128/98, Rec. p. II-3929), apartados 107 a 109, 121, 122 y 125.

25 — Y en general con instrumentos reglamentarios. Véanse entre otros Hancher, L., Ottervanger, T., y Slot, P.J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, p. 74; Jaeger, Th., «Beihilfen durch Steuern und para-fiskalische Abgaben», NWV, 2006, apartado 195; Mamut, M.-A., «Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen», en Jaeger (Ed.), *Jahrbuch Beihilferecht* 09, p. 341; y Haslechner, W., «Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen», en Jaeger (Ed.), *Jahrbuch Beihilferecht* 2011, NWV, 2011, p. 273.

26 — Véase la sentencia de 29 de abril de 1999, *España/Comisión* (C-342/96, Rec. p. I-2459), apartado 46.

80. Por ello el Tribunal de Justicia ha enunciado una importante distinción. El Tribunal afirmó en la sentencia España/Comisión («Hytasa»)²⁷ que «procede establecer una distinción entre las obligaciones que el Estado debe asumir por su condición de propietario accionista de una sociedad y las obligaciones que pueden corresponderle como poder público. Dado que las tres empresas de que se trata fueron constituidas bajo la forma de sociedad anónima, el Patrimonio del Estado, en tanto que propietario del capital social de las empresas de referencia, sólo respondía de sus deudas hasta el valor de liquidación de sus activos. Lo anterior significa [...] que las obligaciones derivadas de los costes de despido de los trabajadores, del pago de las prestaciones por desempleo y de las ayudas para la regeneración del tejido industrial no deben tenerse en cuenta a efectos de la aplicación del [PIEM]».

81. En la sentencia Alemania/Comisión («Gröditzer»)²⁸ el Tribunal de Justicia señaló que «con el fin de determinar si la privatización de Gröditzer Stahlwerke (GS) por un precio de venta negativo de 340 millones de DEM contiene elementos de ayuda de Estado, debe apreciarse si, en circunstancias similares, un inversor privado de dimensiones comparables a las de los organismos gestores del sector público habría podido llegar a realizar aportaciones de capital de esta cuantía en el marco de la venta de dicha empresa o si habría optado por liquidarla».²⁹ El Tribunal de Justicia recordó de nuevo que se debe establecer una distinción entre las obligaciones que el Estado debe asumir por su condición de accionista de una sociedad y las obligaciones que pueden corresponderle como poder público.

82. En las conclusiones del asunto Altmark,³⁰ el Abogado General Léger observó que el Tribunal de Justicia sólo aplica el PIEM en situaciones en las que *la intervención del Estado es de naturaleza económica*. Manifestó que el PIEM es pertinente en tal caso porque un operador privado —un inversor, un banco, un fiador, una empresa o un acreedor— puede adoptar, al menos en principio, el comportamiento del Estado, con ánimo de lucro. En cambio, el PIEM no es pertinente cuando la intervención del Estado no es de carácter económico. En este tipo de situaciones, la intervención del Estado no puede ser llevada a cabo por un operador privado con ánimo de lucro, sino que implica el ejercicio del poder público del Estado, *como la política fiscal* o la política social. Por tanto, el PIEM no es pertinente, ya que, *por definición, no puede quebrarse la igualdad de trato* entre el sector público y el sector privado. Concluyó que el PIEM no se aplica a las intervenciones del Estado que impliquen el ejercicio del poder público.

83. Como el Tribunal General afirmó acertadamente en la sentencia Ryanair,³¹ «si bien en el supuesto de que el Estado actúe en su condición de empresa que opera como un inversor privado resulta necesario analizar su comportamiento con arreglo al [PIEM] en una economía de mercado, procede excluir la aplicación de dicho principio en el supuesto de que actúe como poder público. En efecto, en este último supuesto *nunca* existe la posibilidad de comparar el comportamiento del Estado con el de una empresa o un inversor privado en una economía de mercado».

84. En la sentencia Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión,³² el Tribunal General advirtió fundadamente que «en lo que atañe al argumento del Land basado en el aumento de la recaudación fiscal, hay que señalar que la posición del Land en tanto que entidad pública y su posición en tanto que empresario no deben ser confundidas. Pues bien, dicho aumento de la recaudación carecería totalmente de pertinencia para un inversor privado».

27 — Sentencia de 14 de septiembre de 1994 (C-278/92 a C-280/92, Rec. p. I-4103), apartado 22. Véanse también la sentencia de 21 de enero de 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke y Lech-Stahlwerke/Comisión (T-129/95, T-2/96 y T-97/96, Rec. p. II-17), apartado 119, y la Decisión 2008/722/CE de la Comisión, de 10 de mayo de 2007, relativa a la ayuda estatal C 2/06 (ex N 405/05) que Grecia tiene previsto ejecutar en favor del régimen de jubilación anticipada voluntaria de OTE (DO L 243 p. 7), apartados 85 y 86.

28 — Sentencia de 28 de enero de 2003 (C-334/99, Rec. p. I-1139), apartados 133 y 134.

29 — Véase la sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión («StardustMarine») (C-482/99, Rec. p. I-4397), apartado 70.

30 — Conclusiones de 14 de enero de 2003 en el asunto que dio origen a la sentencia Altmark, citada en la nota 17 (puntos 20 a 27).

31 — Citada en la nota 23 (apartado 85) (el subrayado es mío).

32 — Sentencia de 6 de marzo de 2003, «WestdeutscheLandesbank» (T-228/99 y T-233/99, Rec. p. II-435).

85. Finalmente, hay que observar que el Tribunal de Justicia ya ha estimado que una entidad que interviene como recaudador de impuestos no actúa como un agente económico.³³ Además, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado una actividad que por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público.³⁴

86. EDF y el Gobierno francés replican a ello con el argumento de que el Tribunal de Justicia ha mantenido en otras sentencias un criterio menos riguroso en situaciones en las que se ha hecho uso del poder del Estado. El Gobierno francés alega que los medios son irrelevantes cuando el Estado puede elegir entre diferentes formas de inversión. Mantiene que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que medidas que no estaban al alcance de inversores privados podían compararse con el comportamiento de operadores privados.³⁵

87. Considero sin embargo que es importante no tratar de igual forma dos conceptos que son completamente diferentes. Debe distinguirse entre el principio del acreedor privado (en una economía de mercado) y el principio del inversor privado (en una economía de mercado) (el PIEM). Lo cierto es que, en contra de la alegación de la República Francesa, no es posible comparar la posición de un inversor privado con la de un acreedor privado. Mientras que el inversor pretende obtener un beneficio realizando intervenciones en determinadas empresas, el acreedor busca conseguir el pago de las cantidades que le adeuda un deudor que tiene dificultades económicas.³⁶

88. Por consiguiente, es significativo que ni el Gobierno francés ni EDF hayan alegado que en el presente caso la empresa interesada pasaba por dificultades económicas. Manifiestamente no es un supuesto en el que un acreedor intenta cobrar cantidades que le adeuda un deudor en dificultades económicas. Además, el test del acreedor privado no depende del papel del Estado como accionista: según ese test, se trata de igual manera a las empresas públicas y privadas. A diferencia del PIEM y de la situación objeto del presente asunto, no hay riesgo de trato desigual en el caso del test del acreedor privado.

89. La doctrina jurisprudencial vinculante, en el sentido de que el PIEM debe aplicarse «dejando de lado toda consideración social, de política regional y sectorial», de modo que no ha lugar a tener en cuenta consideraciones relacionadas claramente con el papel del Estado miembro como poder público, nace de las primeras sentencias en la materia.³⁷

90. Las primeras sentencias en la jurisprudencia sobre el PIEM son Meura y Boch II.³⁸ No obstante, el Abogado General Verloren Van Themaat ya había tratado de esta cuestión en sus conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia Intermills/Comisión.³⁹ En ellas manifestó que «en el presente asunto se trata claramente de una adquisición de participaciones en el capital de una empresa que

33 — Sentencia de 11 de septiembre de 2003, Altair Chimica (C-207/01, Rec. p. I-8875), apartado 35.

34 — Sentencia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros (C-309/99, Rec. p. I-1577), apartado 57.

35 — Hace referencia a la sentencia España/Comisión, citada en la nota 26 (apartado 46), y a la sentencia de 29 de junio de 1999, DM Transport (C-256/97, Rec. p. I-3913).

36 — Véanse al efecto las sentencias España/Comisión, citada en la nota 26 (apartado 46) y DMTransport, citada en la nota 35 (apartado 24). Véanse también las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en el asunto España/Comisión (sentencia de 14 de septiembre de 2004, C-276/02, Rec. p. I-8091), puntos 24 y 25, y la sentencia de 11 de julio de 2002, HAMSÁ/Comisión (T-152/99, Rec. p. II-3049), en la que la capitalización de una deuda de la empresa con el Estado se había apreciado conforme al PIEM, pero el Tribunal General señaló que el término de comparación apropiado era el acreedor privado.

37 — Véanse la Decisión 2006/900/CE de la Comisión, de 20 de octubre de 2005, relativa a la ayuda estatal ejecutada por Finlandia en concepto de ayuda a la inversión en favor de Componenta Oyj (DO 2006 L 353, p. 36), apartado 26 (no se debe confundir el papel de un municipio como poder público y como copropietario de la sociedad), y la Decisión de la Comisión de 30 de abril de 2008, C(2008) 1625 final, sobre la ayuda estatal n° C 56/2006 (ex NN 77/2006) de Austria concedida para la privatización del Bank Burgenland (DO L 239, p. 32): la Comisión desestimó una alegación de Austria, observando que las obligaciones de Derecho público no deben confundirse con el análisis de las actuaciones del Estado en calidad de inversor, pero señaló que el criterio habría sido otro si el Estado hubiera prestado la misma garantía mediante un contrato de garantía conforme al Derecho privado.

38 — Sentencias ambas de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión (234/84, Rec. p. 2263), y Bélgica/Comisión (40/85, Rec. p. 2321), respectivamente.

39 — Sentencia de 14 de noviembre de 1984 (323/82, Rec. p. 3809) (véase p. 3842).

atraviesa dificultades, participación que [...] fue considerada por la Comisión como una ayuda a los efectos del artículo [92] [...]. La presente participación en el capital de las empresas del grupo Intermills está además esencialmente destinada a cubrir pérdidas. No parece que quepa la menor duda de que semejante forma de cobertura muy cuantiosa de las pérdidas, que mantiene viva artificialmente una empresa, debe calificarse también de ayuda a los efectos del artículo [92]. Y ello con mayor razón porque tanto la ausencia de una limitación temporal de esta participación en el capital como el hecho de que, cuatro años después de la concesión de las ayudas, la rentabilidad de las fábricas que siguen en actividad ni siguiera se haya recuperado todavía, obligan a deducir que este capital no se hubiera podido conseguir en el mercado privado de capitales».

91. Me parece claro, como pretendo mostrar en estas conclusiones, por qué está justificado que tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia hayan mantenido siempre con firmeza una clara distinción entre el ejercicio por el Estado de su poder público y su papel como inversor, de modo que, incluso cuando la medida adoptada en virtud de potestades públicas tenga un efecto muy semejante al que habría producido otra que quizá pudiera haber adoptado el Estado en su condición de inversor, ello debe dejarse de lado no obstante al apreciar las alegaciones de que el Estado actuó como un inversor en el mercado.⁴⁰

92. Creo que, en la sentencia recurrida, el Tribunal General vulneró una distinción meticulosamente enunciada por el Tribunal de Justicia entre los *acta iure gestionis* y los *acta iure imperii*.⁴¹ En sustancia, a mi parecer, el criterio del Tribunal General podría dar lugar a inseguridad jurídica y falta de transparencia así como a privilegios (fiscales) para las empresas públicas. Añado que la última posibilidad podría tener un impacto especialmente adverso en los numerosos sectores que se han liberalizado recientemente o que están en vías de liberalización.

93. El criterio del Tribunal General en la sentencia recurrida es contrario específicamente a la exigencia de transparencia prescrita por el Derecho de la UE. El Tribunal de Justicia ha afirmado, por ejemplo, que «un sistema de competencia no falseada, como el previsto por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos». El Tribunal de Justicia dedujo de ello que «*el mantenimiento de una competencia efectiva y la garantía de transparencia* exigen que la formalización de las especificaciones técnicas y el control de su aplicación, así como la homologación, sean efectuadas por una entidad independiente de las empresas públicas o privadas competidoras que ofrezcan bienes y/o servicios en el sector de las telecomunicaciones». ⁴² No me cabe duda de que la transparencia tiene que jugar también un papel muy importante en el Derecho de la UE sobre las ayudas de Estado.

94. Sobre ello es relevante la referencia a la sentencia Altmark.⁴³ Si se aplican los principios establecidos en esa sentencia, la consecuencia es que, para que la compensación por obligaciones de servicio público no constituya ayuda de Estado, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar «claramente definidas». Además, «los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse *previamente de forma objetiva y transparente*» (el subrayado es mío). En el contexto de la cuarta condición enunciada en la sentencia Altmark, también es relevante que la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público deba realizarse mediante un procedimiento de licitación pública.

40 — Véase Khan, N., y Borchardt, K.-D.: «The private market investor principle: reality check or distorting mirror?», *EC State aid law – Le droit des aides d'Etat dans le CE: liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea*; Kluwer, 2008, p. 115.

41 — *Acta iure gestionis*, en cuanto las medidas controvertidas pretendían «normalizar» las cuentas de una empresa, en este caso el balance de EDF (véase el anterior punto 6), y *acta iure imperii*, porque la reestructuración del balance de EDF «se decidió y comunicó a EDF» por las autoridades francesas en virtud de una ley aprobada con esa finalidad (véanse los anteriores puntos 6 a 8).

42 — El subrayado es mío. Véase la sentencia de 9 de noviembre de 1995, Tranchant (C-91/94, Rec. p. I-3911), apartado 18 y la jurisprudencia citada.

43 — Citada en la nota 17 (apartados 89, 90 y 93).

95. A mi juicio es evidente que la sentencia recurrida se aparta de varios aspectos de la jurisprudencia enunciada en la sentencia *Altmark*. En ésta el Tribunal de Justicia, con un criterio prescriptivo, quiso eliminar toda posibilidad de manipulación por parte de los Estados miembros (véase también al respecto el anterior punto 71) y aportar transparencia y claridad a las actuaciones de los Estados miembros en el mercado.

96. Estimo que el presente asunto exige aplicar el mismo criterio. Por tanto, la Comisión adoptó conforme a Derecho una línea de principio en la Decisión impugnada, la de que debe separarse con claridad la función del Estado como poder público y como accionista. Considero que el test PIEM no debe aplicarse a menos que exista paridad de condiciones de juego para los diferentes operadores económicos, e igualdad ante los impuestos. No hay que olvidar que la *ratio* del PIEM es precisamente impedir toda discriminación entre empresas públicas y privadas, para lograr la debida aplicación de las reglas del Tratado sobre las ayudas de Estado. Sin embargo, como he expuesto, en la sentencia recurrida el Tribunal General se desvió de esa exigencia de igualdad, y en consecuencia de la verdadera *raison d'être* del PIEM.

97. Por consiguiente, debe estimarse la primera parte del segundo motivo de casación.

2. La segunda parte del segundo motivo de casación: el Tribunal General debería haber apreciado si un operador privado sin privilegios habría podido adoptar la misma conducta que el Estado francés

98. En sustancia, la Comisión, Iberdrola y la Autoridad reprochan al Tribunal General no haber basado su apreciación en el estudio comparativo del comportamiento que habría adoptado en parecidas circunstancias un operador privado diligente, carente de privilegios, por una parte, y por otra el comportamiento seguido en el presente caso por el Estado francés, investido de sus prerrogativas de poder público. EDF y el Gobierno francés mantienen que el segundo motivo de casación debe desestimarse.

99. Sin embargo, en contra de la alegación por EDF de que el Tribunal General valoró el comportamiento efectivamente seguido por el Estado, creo que su análisis se basó en realidad en la conducta que el Estado francés «podría haber» adoptado, si hubiera actuado de manera diferente. El Tribunal General llevó a cabo un examen de la forma de actuar que el Estado francés podría haber seguido conforme a un «mecanismo largo». Ésa consistía en asignar ante todo al capital de EDF un importe neto después de haber pagado el impuesto de sociedades, solicitar a EDF el pago del impuesto correspondiente a la variación de activo neto y proceder a una dotación complementaria de capital de importe igual al impuesto pagado.

100. En relación con ello la Comisión señala con razón que, conforme al «mecanismo largo», el presupuesto del Estado, objeto de control riguroso, habría garantizado transparencia, cuya falta es precisamente una cuestión central en este asunto. Conforme al mecanismo efectivamente aplicado en este caso, los recursos eludieron toda disciplina presupuestaria, el principio de igualdad ante el impuesto no fue respetado y EDF obtuvo un trato especial sin transparencia de clase alguna.

101. Como alega Iberdrola, es claramente errónea la aserción según la que no hay diferencia entre que un importe gravado sea directamente asignado al capital de una empresa pública, con falta total de transparencia, o bien que ese importe ingrese en el presupuesto del Estado. No es en absoluto una conclusión ineludible que la aportación de capital a la que el Tribunal General equiparó la exención fiscal controvertida se habría realizado efectivamente si el Estado francés hubiera recaudado en primer término el impuesto a fin de que ingresara en su presupuesto y después hubiera invertido en EDF un importe igual al del impuesto recaudado conforme a los procedimientos aplicables.

102. En cualquier caso, la jurisprudencia pone de manifiesto que la calificación de una medida como ayuda de Estado no depende de las medidas que «se podrían haber» adoptado alternativamente. Depende de las características objetivas de la medida que de hecho haya llevado a la práctica el Estado miembro.⁴⁴

103. Además, en la sentencia BNP Paribas y BNL/Comisión⁴⁵ el Tribunal General estimó fundadamente que «no incumbe a la Comisión, al examinar un régimen en relación con la normativa en materia de ayudas de Estado, entrar en las elecciones subjetivas que los beneficiarios de ese régimen podrían haber realizado si tal régimen no hubiera existido, sino examinar dicho régimen para determinar si, objetivamente, conlleva una ventaja económica en relación con la tributación de la cual representa una excepción y que sería normalmente aplicable si aquél no existiese [...] En el contexto de tal apreciación objetiva, carece de pertinencia la consideración de que si no hubiese existido el régimen [...] controvertido las empresas de que se trata, presumiblemente, no habrían cedido sus activos».

104. Hay que observar que en el presente caso el criterio del Tribunal General exige a la Comisión llevar a cabo un análisis «global», es decir un análisis que abarque la pérdida de ingresos fiscales derivada de la exención fiscal concedida a EDF, por un lado, y por otro la supuesta aportación adicional de capital por el Estado-accionista. Baste decir que tal criterio presupone que los ingresos fiscales se habrían asignado directamente a la supuesta aportación de capital. Sin embargo, ya se ha puesto de manifiesto que, si se hubiera recaudado el impuesto, éste habría ingresado en el presupuesto general del Estado, sin asignación específica alguna.

105. Según la jurisprudencia, una apreciación conjunta de un impuesto como forma de financiación de una medida sólo es precisa cuando es indisociable de la ayuda, lo que sucede cuando ciertos ingresos son específicamente «asignados» al uso del que se trata. Lo cierto es que «para que se pueda considerar que un tributo forma parte integrante de una ayuda, el destino del tributo debe estar obligatoriamente vinculado a la ayuda con arreglo a la normativa nacional pertinente, en el sentido de que la recaudación del tributo se destine obligatoriamente a la financiación de la ayuda y afecte directamente a la cuantía de ésta».⁴⁶

106. Por otro lado, la cuestión de si la adopción de la medida controvertida fue o no una actuación racional del Estado francés es del todo irrelevante. Ésa no es la finalidad del PIEM. Antes bien, de la jurisprudencia resulta claramente que el objetivo de dicho principio es comparar la situación de la empresa pública con la de una empresa privada, y no comparar los costes de dos diferentes operaciones para el Estado.

107. En relación con ello el apartado 262 de la sentencia recurrida expone que «como cualquier acreedor accionista único de una sociedad, el Estado puede renunciar a un crédito al convertir éste en capital por importe equivalente. Esa operación, mediante la que el accionista único de una sociedad aumenta el capital de ésta al renunciar a un crédito que tiene frente a ella, constituye una compensación que un inversor privado diligente puede efectuar también en condiciones normales del mercado». En la vista el Tribunal de Justicia preguntó por consiguiente: suponiendo que una empresa privada hubiera creado provisiones contables para el pago de un crédito del que fuera titular su accionista único, y que éste decidiera renunciar a su crédito a fin de aumentar el capital de la empresa, ¿esa operación daría lugar a imposición en virtud del artículo 38, apartado 2, del Código general de impuestos francés? La Comisión respondió que es indiscutido que la cuantía del aumento de capital no sería nunca la misma, ya que el importe del impuesto nunca podría ser recuperado por un operador privado (que tendría que pagar el impuesto y no podría convertirlo en capital), en tanto que en el presente caso el Estado francés pudo aportar como capital el mismo importe.

44 — Sentencia de 15 de diciembre de 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Rec. p. I-11137), apartado 114.

45 — Sentencia de 1 de julio de 2010 (T-335/08, Rec. p. II-3323), apartado 169.

46 — Sentencia de 17 de julio de 2008, Essent Netwerk Noord y otros (C-206/06, Rec. p. I-5497), apartados 89 y 90 y la jurisprudencia citada.

108. Se pone así de manifiesto que, en un lado de la comparación, el Tribunal General consideró la conducta que el Estado francés «podría haber seguido», es decir, el mecanismo largo (en cuanto opuesta a la conducta real seguida por el Estado), mientras que, del otro lado, omitió definir a un operador privado de referencia que pudiera existir en el mercado.

109. No obstante, actualmente es jurisprudencia reiterada que una aportación de capital por el Estado o autoridades públicas no puede considerarse ayuda de Estado si un inversor privado que actuara en condiciones normales de mercado habría realizado la inversión.⁴⁷ En relación con ello, es preciso analizar si, en circunstancias similares, un inversor privado de dimensiones comparables con las del inversor público habría efectuado aportaciones de capital de esa magnitud.⁴⁸

110. Y como se deduce de las consideraciones antes expuestas, en el presente asunto es evidente que una empresa privada no habría podido convertir en capital los importes objeto de las provisiones contables sin estar obligado previamente al pago del impuesto de sociedades. Como consecuencia, el inversor privado ya no habría dispuesto del importe sujeto al impuesto ni por tanto del importe supuestamente utilizado para la posterior aportación de capital, «inversión» que el Estado francés, en ejercicio de sus prerrogativas, sí pudo llevar a cabo.

111. En relación con ello es relevante la referencia a la sentencia Chronopost I del Tribunal de Justicia,⁴⁹ ya que a mi parecer el Tribunal se pronunció en ella en sustancia de una forma que es la procedente para el presente asunto. En la sentencia Chronopost I el Tribunal de Justicia consideró que no era apropiado comparar la situación de La Poste con la del inversor privado.

112. En particular, en ese asunto el Tribunal General también aceptó la aplicación del PIEM, mientras que el Tribunal de Justicia la excluyó. Así era necesario porque La Poste estaba en una situación muy singular: tenía que mantener una red de oficinas postales para prestar servicios de interés económico general, y un inversor privado, que no operara en un sector reservado, nunca se encontraría en la misma posición.

113. En consecuencia, de la sentencia Chronopost I resulta que, cuando un operador público se encuentra en una situación en la que por definición no puede hallarse un operador privado, no cabe comparación alguna. En mi opinión, la cuestión en el asunto Chronopost I consistía en determinar la cuantía de la compensación por el servicio público, y no era un supuesto que guardara relación directa con el PIEM como tal. No obstante, la sentencia es relevante para el presente asunto y debe atenderse a ella por analogía.

114. Estimo por tanto que el Tribunal General no se ajustó a esa jurisprudencia al afirmar en el apartado 278 de la sentencia recurrida, fundando su apreciación en el apartado 38 de la sentencia Chronopost I, que «la falta de inversor privado de referencia no impide que se deba examinar la operación a la luz de las “condiciones normales del mercado”, dado que éstas, que en tal caso son necesariamente hipotéticas, deben apreciarse en función de los datos objetivos y verificables de que se disponga».

115. Es útil leer en primer término las conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto Chronopost I, que acogió el Tribunal de Justicia. En el punto 47 el Abogado General expone que «en condiciones normales de mercado», una empresa privada que no esté obligada a mantener una red postal pública comparable a la de La Poste para garantizar la prestación del servicio postal universal

47 — Véanse entre otras las sentencias de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión («ENI-Lanerossi») (C-303/88, Rec. p. I-1433), apartados 20 a 24; de la misma fecha, Italia/Comisión («Alfa Romeo») (C-305/89, Rec. p. I-1603), apartados 19 y 20, y de 8 de mayo de 2003, Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión (C-328/99 y C-399/00, Rec. p. I-4035), apartado 38.

48 — Véanse la sentencia Alfa Romeo, citada en la nota 47 (apartado 19); las sentencias de 29 de junio de 2000, DSG/Comisión (T-234/95, Rec. p. II-2603), apartado 119; de 12 de diciembre de 2000, Alitalia/Comisión (T-296/97, Rec. p. II-3871), apartado 96; y Westdeutsche Landesbank, citada en la nota 32 (apartado 245).

49 — Citada en la nota 20.

[...] no dispondría de una red postal como ésa y no podría, por consiguiente, prestar a una filial suya un apoyo logístico como el controvertido. Al exigir a la Comisión que evaluara la contrapartida que hubiera exigido por un apoyo como ése una hipotética sociedad financiera [...] que no estuviera obligada a garantizar la prestación del servicio universal y que, por tanto, no gozase de un sector reservado, el Tribunal [General] adoptó, por consiguiente, una interpretación errónea del artículo 87 CE, al tomar como referencia para la identificación de eventuales ayudas de Estado a una empresa privada que, en realidad, “en condiciones normales de mercado”, ni siquiera existiría». Concluyó en el punto 45 que «el Tribunal [General] exigió a la Comisión [...] que aplicara un criterio claramente irrealista y, por tanto, inadecuado para identificar en un caso como éste la eventual existencia de una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE».

116. Es evidente que el PIEM no era pertinente en el asunto Chronopost I. El Tribunal de Justicia acogió ese análisis y por ello precisamente estimó que el Tribunal General había incurrido en un error, y excluyó la aplicación del PIEM en dicho asunto. El Tribunal de Justicia afirmó en el apartado 33 de esa sentencia que «esta apreciación [del Tribunal General], que no tiene en cuenta que una empresa como La Poste se encuentra en una situación muy diferente de la de una empresa privada que opera en condiciones normales de mercado, adolece de un error de Derecho».

117. Ésa es la razón por la que en cierto sentido el criterio mantenido por el Tribunal de Justicia en la referida sentencia responde al mismo problema que está en el centro del presente asunto: la necesidad de excluir del alcance del PIEM situaciones en las que no existe un operador privado real con el que se pueda comparar la conducta del Estado.

118. Por ello no puede aprobarse el test enunciado en la sentencia recurrida, dado que se basa en un cúmulo de ficciones sobre el comportamiento real del Estado y del inversor privado normal. Ambos términos de comparación, la conducta del Estado por un lado y la del inversor privado por otro, se alteran hasta tal punto que ya no se trata de una comparación del comportamiento real del Estado con el de un verdadero operador privado en una economía de mercado.

119. De ello resulta que el test del PIEM según lo sugiere el Tribunal General llega a carecer de sentido. Conforme a la versión del test por el Tribunal General, las condiciones «normales» del mercado ya no se aprecian a partir de datos reales, que caracterizarían a un inversor privado de referencia correspondiente a un inversor normal en el mercado (que el Tribunal General omitió definir); tampoco se aprecian a la luz de los medios empleados para aportar capital, sino en virtud de consideraciones puramente hipotéticas. En cambio, el PIEM exige sin duda comprobar si un inversor privado habría realizado la inversión de que se trata en las mismas condiciones. Como observó la Comisión, diferentes inversiones pueden implicar diferentes costes y diferentes expectativas de rentabilidad.

120. Por último, según el apartado 249 de la sentencia recurrida, «incumbía en efecto a la Comisión verificar si un inversor privado hubiera procedido a una inversión de importe comparable en circunstancias similares, con independencia de la forma de la intervención del Estado para aumentar el capital de EDF y del posible uso de recursos fiscales a ese efecto, y ello para comprobar la racionalidad económica de esa inversión y compararla con el comportamiento que habría adoptado tal inversor respecto a la misma empresa en las mismas circunstancias».

121. En concordancia con el análisis del Tribunal General, EDF alega en sustancia que toda conducta del Estado debe apreciarse con arreglo al criterio de la rentabilidad.⁵⁰

50 — Hace referencia a las sentencias Bélgica/Comisión (C-234/84), citada en la nota 38 (apartado 14) e Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión, citada en la nota 47 (apartado 38).

122. Sin embargo, como ha señalado Iberdrola, si sólo se tuviera en cuenta la racionalidad económica de la inversión del Estado se permitiría que las empresas públicas obtuvieran ventajas basadas en el status de su propietario, ya que el Estado como inversor está en una situación intrínsecamente diferente de la del inversor privado. Según ese análisis las empresas públicas podrían estar en definitiva completamente exentas de impuestos.

123. En relación con ello, según estimó acertadamente el Tribunal General en la sentencia *Westdeutsche Landesbank*,⁵¹ al aplicar el PIEM no era suficiente comparar el rendimiento que el Land obtenía mediante la transacción controvertida con el que obtenía del patrimonio del *Wohnbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen* antes de dicha transacción. Era preciso comparar el rendimiento obtenido por el Land mediante la transacción controvertida con el rendimiento que un hipotético inversor privado habría exigido por dicha transacción.⁵² El hecho de que la transacción controvertida fuera razonable para el Land no excluía que se aplicara el Derecho de la UE sobre ayudas de Estado. Ese hecho no evitaba que resultara necesario determinar si dicha transacción reforzaba la posición del *Westdeutsche Landesbank* dándole una ventaja que no habría obtenido en condiciones normales de mercado.

124. Si se hubiera de seguir el criterio del Tribunal General sería posible que los Estados miembros actuaran basándose en una valoración global de la racionalidad económica, en cuyo contexto se les permitiría hacer uso de las prerrogativas del poder público. Por ejemplo, en el presente caso la República Francesa podría ejercer su potestad fiscal en favor de EDF si la operación, vista en su totalidad, pudiera calificarse como la conducta racional de un operador que actúa con ánimo de obtener beneficios.

125. Sin embargo, el Tribunal de Justicia desaprobó esa clase de valoración global en las sentencias *Hytasa y Gröditzter*.⁵³ Como Iberdrola ha señalado, esos asuntos se referían a la posibilidad de permitir que Alemania y España se acogieran a la racionalidad de las medidas en cuestión (en sustancia, aumentos de capital), considerando las obligaciones a cargo de esos Estados en su condición de poderes públicos en el caso de la liquidación de la empresa beneficiaria, relacionadas por ejemplo con el pago de ciertas prestaciones por desempleo. El Tribunal de Justicia desaprobó esa valoración global de la racionalidad porque estaban en juego los actos del poder público. El Tribunal de Justicia puso de relieve la incompatibilidad entre la valoración de la racionalidad que es propia del PIEM, por un lado, y por otro la consideración de las ventajas y cargas derivadas de las potestades y obligaciones específicas del Estado.

126. Acerca de ello, en contra de las afirmaciones formuladas en los apartados 256 y siguientes de la sentencia recurrida y de las alegaciones expuestas por EDF, el hecho de que las sentencias *Hytasa y Gröditzter* se referían a «obligaciones» a cargo del Estado tan sólo, y no, como en el presente asunto, a las potestades activas, no altera el hecho de que las obligaciones, pero también los derechos, que el Estado puede tener como poder público nunca deben considerarse en unión de las obligaciones y derechos que el Estado tenga como inversor.

127. Por consiguiente, según resulta con claridad del apartado 258 de la sentencia recurrida, el Tribunal General llegó a incurrir en dicho error al atribuir una vez más mayor importancia al supuesto objetivo de la medida controvertida que a la exclusividad indiscutible de la potestad necesaria para llevarla a cabo. Sin embargo, en las sentencias *Hytasa y Gröditzter* el Tribunal de Justicia no tomó en consideración los objetivos de rentabilidad global alegados por los dos Estados miembros interesados, ya que refutó su relevancia en la lógica de un inversor: la naturaleza de las medidas era por sí misma suficiente para excluirlas de la valoración de la racionalidad invocada por esos Estados miembros.

51 — Citada en la nota 32 (apartados 313 a 315).

52 — Véase al efecto la sentencia *DM Transport*, citada en la nota 35 (apartado 25).

53 — Citadas respectivamente en la nota 27 (apartado 22) y en la nota 28 (apartado 134).

128. Finalmente, como ha observado la Comisión, el criterio del Tribunal General es paradójico en especial porque se introduce en el contexto de la liberalización del mercado afectado. Como quiera que la exención fiscal representa una ventaja considerable para la empresa pública interesada, es evidente que tal medida tiende a prolongar su posición dominante a pesar de la liberalización del mercado.

129. Resulta de cuanto se ha expuesto que la segunda parte del segundo motivo de casación debe ser estimada.

3. La tercera parte del segundo motivo de casación: el principio de igualdad de trato

130. La Comisión e Iberdrola sostienen en sustancia que la sentencia recurrida ha vulnerado el principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas, y permite así conceder un trato fiscal más favorable para el Estado, incluidas empresas en las que el Estado no es el único accionista. EDF y el Gobierno francés alegan que la tercera parte del segundo motivo debe desestimarse.

131. Quiero recordar que el PIEM refleja el principio de igualdad de trato y por consiguiente, como ha señalado la Comisión, al permitir que el Estado conceda exenciones fiscales a empresas de las que es el único accionista, cuando su rentabilidad es suficiente para ello, el Tribunal General atribuye de hecho un beneficio fiscal a esas empresas.

132. A mi juicio ello constituye una infracción del principio de igualdad de trato y no puede conciliarse con el objetivo del PIEM. Es patente que el test según lo concibe el Tribunal General originaría graves distorsiones de la competencia entre empresas públicas y privadas, y en consecuencia la condición de que el instrumento empleado tiene que ser accesible también para el inversor privado no es meramente formalista: esa cuestión está en el centro mismo del PIEM. En consecuencia estimo que el test según lo concibe el Tribunal General es incompatible con el artículo 87 CE. En particular, la aplicación de ese test desvirtuaría la lógica inherente al principio de neutralidad que se recoge en el artículo 295 CE.⁵⁴

133. Según el Tribunal General, dado que la naturaleza del crédito es irrelevante, todas las ventajas financieras concedidas por el Estado mediante el ejercicio de su poder público deben apreciarse a la luz de ese principio, criterio ése que llegaría a ser un medio para excluir del concepto de ayuda de Estado medidas que un inversor privado sería incapaz de poner en práctica.

134. Como ha observado Iberdrola, el principio de que las actuaciones del Estado como accionista deben mantenerse estrictamente separadas de las que el Estado lleva a cabo como poder público es en esencia la misma idea fundamental que ha llevado al Tribunal de Justicia a considerar que el hecho de que una empresa en posición dominante hubiera actuado a la vez como titular de derechos especiales y como operador económico creaba un riesgo de conflicto de intereses, con infracción de los artículos 82 CE y 86 CE. Un sistema de competencia no falseada, como el previsto por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos.⁵⁵ De modo semejante, el Tribunal de Justicia ha estimado que si la desigualdad de oportunidades entre los operadores económicos, y por lo tanto la competencia falseada, es el resultado de una medida estatal, dicha medida constituye una infracción del artículo 86 CE, apartado 1, interpretado en relación con el artículo 82 CE.⁵⁶ En mi opinión, por tanto, el PIEM no debe permitir que las empresas públicas lleven

54 — Véanse las sentencias de 6 de julio de 1982, Francia y otros/Comisión (188/80 a 190/80, Rec. p. 2545), apartado 21, y Westdeutsche Landesbank, citada en la nota 32 (apartados 192 a 194).

55 — Véase la sentencia de 1 de julio de 2008, MOTOE (C-49/07, Rec. p. I-4863), apartados 48 y ss. y apartado 51.

56 — Véase la sentencia de 22 de mayo de 2003, Connect Austria (C-462/99, Rec. p. I-5197), apartado 84.

a cabo operaciones en condiciones más favorables que las aplicables a las empresas privadas, u operaciones que las empresas privadas nunca serían capaces de realizar. No debe olvidarse que en el presente caso el Estado podría haber seguido sin dificultad una conducta comparable a la de un inversor privado (véase el anterior punto 77).

135. Como se pone de manifiesto por las precedentes consideraciones, estimo que el PIEM no debe aplicarse en el supuesto de una exención fiscal.

136. Por ultimo, hay razones para pensar que, aun si *prima facie* el Tribunal General trata de limitar el alcance de su sentencia al supuesto de una empresa en la que el Estado es el único accionista, no creo posible discernir los motivos de esa limitación en la lógica que sustenta la sentencia. Por el contrario, como la Comisión ha expuesto, cuando hay accionistas privados además del Estado la aplicación del PIEM se hace tanto más plausible porque en tal caso la conducta de los otros accionistas puede servir a menudo como punto de referencia válido.

137. En consecuencia, debe estimarse la tercera parte del segundo motivo de casación.

4. La cuarta parte del segundo motivo de casación: la carga de la prueba

138. La Comisión, Iberdrola y la Autoridad alegan que el Tribunal General vulneró las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba en relación con la aplicabilidad del PIEM. EDF y el Gobierno francés aducen que debe desestimarse la cuarta parte del segundo motivo de casación.

139. Quiero señalar en primer lugar que el Tribunal General manifiesta en los apartados 248, 249 y 250 de la sentencia recurrida que la carga de la prueba de que la operación considerada se ajustaba al PIEM incumbía a la Comisión. En el apartado 278, el Tribunal General incluso reprocha a la Comisión que «no ha demostrado en absoluto la falta de inversor privado de referencia con el que comparar en el presente caso al inversor público». Aunque convengo con EDF en que la Comisión debe llevar a cabo un examen diligente e imparcial del expediente, pienso que con toda seguridad ello no significa que la Comisión estuviera obligada a apreciar una exención fiscal a la luz del PIEM tan sólo porque el Estado miembro «mencionara» ese principio 18 meses después del inicio del procedimiento de examen. No cabe en absoluto que el PIEM dependa de la cooperación del Estado miembro.

140. Es verdad que corresponde a la Comisión acreditar que la asistencia financiera concedida por el Estado reúne objetivamente todas las condiciones necesarias para calificarla como ayuda de Estado. Sin embargo, sigue siendo cierto que, una vez que la Comisión lo ha acreditado así, incumbe al Estado demostrar que ha actuado de igual forma que un inversor privado racional. Como ha indicado la Autoridad, la aplicación del PIEM sirve para desvirtuar la apreciación de que la asistencia concedida era una ayuda de Estado. En consecuencia, corresponde al Estado miembro aportar la prueba contraria.

141. En la sentencia Freistaat Thüringen/Comisión,⁵⁷ el Tribunal General afirmó fundadamente que, cuando concurren los requisitos para apreciar la existencia de una ayuda de Estado, corresponde al Estado miembro presentar «datos destinados a demostrar que la entrega de la aportación [...] se había ajustado al comportamiento de un inversor privado en una economía de mercado».

142. Es lógico en definitiva que el Estado miembro que invoca esa justificación deba cargar con la prueba de que concurren las condiciones inherentes al PIEM. También es evidente que el Estado miembro y la empresa beneficiaria son las únicas partes que tienen a su disposición los datos económicos y contables que muestran la naturaleza y las características de una inversión específica.

57 — Sentencia de 19 de octubre de 2005 (T-318/00, Rec. p. II-4179), apartado 180.

143. En cualquier caso, así ha de ser *a fortiori* si la actuación que, según alega el Estado, se ajusta al PIEM parece de entrada reflejar el ejercicio del poder público.

144. Por los documentos obrantes ante el Tribunal de Justicia se pone de manifiesto que las autoridades francesas no presentaron durante el procedimiento administrativo ninguna prueba adecuada y específica para fundamentar su alegación de que el Estado francés había actuado como un inversor privado racional. Las autoridades francesas sólo alegaron que la aportación de capital se justificaba por las perspectivas de rentabilidad, sin ninguna prueba en su apoyo. Por tanto, en contra de lo alegado por EDF, a la vista de las circunstancias del presente caso y dado que las autoridades francesas no presentaron la menor prueba específica pese a que la carga de la prueba incumbía al Estado miembro, la Comisión estaba facultada para no aplicar el PIEM, en particular en las circunstancias del presente caso, en el que el Estado ha ejercido su poder público.

145. De ello resulta que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho puesto que no se ajustó a las reglas sobre el reparto de la carga de la prueba.

146. Como ha manifestado la Autoridad, la inversión de la carga de la prueba realizada por el Tribunal General pone a la Comisión en una situación enojosa. En principio, la Comisión no puede conocer las circunstancias precisas del apoyo estatal prestado a una empresa si el Estado miembro interesado no le informa de ellas. Todos los argumentos relevantes, y en particular los hechos en que se fundamenta y la prueba, tiene que ser comunicados por el Estado. Si la Comisión no tiene conocimiento de todos los hechos necesarios, ha de adoptar una decisión a la luz de la información que tiene en su poder.

147. Además, concuerdo con la Comisión en que la falta de prueba acreditativa de que la exención fiscal controvertida debía considerarse una inversión en relación con la cual el Estado había valorado las expectativas de rendimiento positivo antes de decidirla, como habría hecho cualquier inversor privado, pone de manifiesto otro error de Derecho.

148. Como el Tribunal de Justicia recordó en la sentencia Comisión/Scott,⁵⁸ «el juez de la [UE] debe examinar la legalidad de una decisión en materia de ayudas de Estado en función de la información de que podía disponer la Comisión en el momento en que la adoptó».

149. Sin embargo, al tiempo de adoptar la Decisión impugnada en el presente asunto la Comisión no tenía a su disposición pruebas acreditativas de que el PIEM era relevante o de que ese principio se hubiera cumplido. Así pues, reprochar a la Comisión no haber apreciado la exención fiscal a la luz del PIEM equivale a criticarla por no tener en cuenta información que no estaba a disposición de la Comisión.

150. Finalmente, ha de señalarse que, durante el procedimiento administrativo, las autoridades francesas no aportaron prueba objetiva que sustentara su alegación de que el PIEM era aplicable. No aportaron informe, dictamen técnico o estudio interno que mostrara que se había llevado a cabo una valoración de la rentabilidad. Incluso cuando el Tribunal General instó la presentación de un informe de esa clase, el que se presentó había sido elaborado *a posteriori*: con otras palabras, las autoridades francesas carecían de un informe realizado al tiempo de la supuesta inversión. De ello resulta que el Estado francés ha invertido aparentemente 888,89 millones de euros en una empresa sin llevar a cabo un análisis previo o preparar *ex ante* un plan empresarial y no obstante alega que su actuación debe considerarse comparable a la de un inversor privado diligente que opere en una economía de mercado.

151. De todo ello se deduce que la cuarta parte del segundo motivo de casación también debe ser estimada, y como consecuencia éste debe serlo en su totalidad.

58 — Sentencia de 2 de septiembre de 2010 (C-290/07 P, Rec. p. I-7763), apartado 91, y la jurisprudencia citada.

5. Las consecuencias de la anulación

152. Según el artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en caso de anulación de la resolución del Tribunal General, el Tribunal de Justicia podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal General para que este último resuelva.

153. En el presente asunto el Tribunal General no apreció todos los motivos aducidos por EDF. Por tanto, es apropiado devolver el asunto al Tribunal General para que se pronuncie de nuevo y reservar la decisión sobre las costas del procedimiento de casación.

154. No obstante, sigue siendo cierto que el Tribunal de Justicia mismo puede resolver definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permite. A mi parecer el Tribunal de Justicia tiene a su disposición toda la información necesaria para pronunciarse sobre el fondo de la tercera parte del segundo motivo aducido por EDF en primera instancia, en el que EDF alegaba en esencia que las medidas controvertidas se debían haber calificado como una aportación de capital y se debían haber analizado en el contexto global de la clarificación de las relaciones financieras entre el Estado y EDF, afirmando así que el Estado había actuado como un inversor privado diligente en una economía de mercado. Como ponen de manifiesto todas las consideraciones precedentes de estas conclusiones, debe desestimarse esa tercera parte de la segunda alegación.

V. Conclusión

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

- Anule la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2009 en el asunto T-156/04 EDF/Comisión, en cuanto dicha sentencia anuló los artículos 3 y 4 de la Decisión de la Comisión relativa a las ayudas estatales concedidas por Francia a EDF y al sector de las industrias eléctricas y del gas (C 68/2002, N 504/2003 y C 25/2003), adoptada el 16 de diciembre de 2003.
- Devuelva el asunto al Tribunal General para su nuevo examen.
- Reserve la decisión sobre las costas del procedimiento de casación.