



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NILS WAHL
presentadas el 3 de mayo de 2017¹

Asunto C-300/16 P

**Comisión Europea
contra**

Frucona Košice a.s.

«Recurso de casación — Ayudas de Estado — Criterio del operador privado — Condiciones de aplicabilidad y de aplicación de dicho criterio — Apreciación global — Carga de la prueba — Apreciación de las pruebas»

1. Mediante su recurso de casación, la Comisión Europea solicita al Tribunal de Justicia que anule la sentencia del Tribunal General en el asunto T-103/14.² En dicha sentencia, el Tribunal General anuló la Decisión 2014/342/UE de la Comisión, de 16 de octubre de 2013, relativa a la ayuda estatal n.º SA.18211 (C 25/2005) (ex NN 21/2005) concedida por la República Eslovaca a Frucona Košice a.s.³
2. El presente recurso de casación tiene por objeto la cuestión de cuándo y cómo debe aplicar la Comisión el llamado «criterio del operador privado».⁴ En particular, el presente asunto versa sobre el alcance de la obligación de la Comisión de aplicar ese criterio y de evaluar la conducta de una autoridad administrativa que tiene la condición de acreedor del beneficiario de la supuesta ayuda.

I. Antecedentes del procedimiento

3. En lo que respecta a los antecedentes del presente procedimiento, de la sentencia recurrida cabe deducir lo siguiente.
4. La recurrida, Frucona Košice a.s. (en lo sucesivo, «Frucona»), es una sociedad constituida con arreglo al Derecho eslovaco que se dedicaba, entre otras cosas, a la producción de bebidas alcohólicas.
5. Entre noviembre de 2002 y noviembre de 2003, Frucona se benefició de varios aplazamientos del pago de sus deudas fiscales. Dichas deudas fiscales consistían en impuestos especiales de los que era deudora. La oficina tributaria de Košice IV (en lo sucesivo, «autoridad fiscal local») concedió los aplazamientos después de que Frucona hubiera constituido garantías financieras a su favor.

1 Lengua original: inglés.

2 Sentencia de 16 de marzo de 2016, Frucona Košice/Comisión (T-103/14, en lo sucesivo, «sentencia recurrida», EU:T:2016:152).

3 DO 2014, L 176, p. 38 (en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

4 Dependiendo de las circunstancias, dicho criterio también se denomina, *inter alia*, «criterio del inversor privado», «criterio del acreedor privado» o «criterio del vendedor privado».

6. Debido a las dificultades financieras que atravesaba, el 25 de febrero de 2004, Frucona no pudo pagar los impuestos especiales que adeudaba, correspondientes al mes de enero de 2004. A raíz de un cambio legislativo que tuvo lugar el 1 de enero de 2004, Frucona ya no pudo obtener el aplazamiento del pago de dichos impuestos especiales.

7. En consecuencia, Frucona se encontró en situación de endeudamiento en el sentido de la Zákon č. 328/1991 Zb. o konkurze a vyrovnání (Ley eslovaca n.º 328/1991 del Concurso de Acreedores).

8. El 8 de marzo de 2004, Frucona presentó una solicitud de iniciación de un procedimiento de convenio de acreedores ante el Krajský súd v Košiciach (Tribunal Regional de Košice, Eslovaquia). En dicha solicitud, Frucona proponía pagar a cada uno de sus acreedores el 35 % de la deuda. La deuda total ascendía a cerca de 644,6 millones de coronas eslovacas (SKK). La deuda fiscal representaba la amplia mayoría de dicho importe, aproximadamente 640,8 millones de SKK.

9. Mediante resolución de 29 de abril de 2004, el Krajský súd v Košiciach (Tribunal Regional de Košice) autorizó la iniciación del procedimiento de convenio de acreedores.

10. En la junta de acreedores de 9 de julio de 2004, los acreedores de Frucona, incluida la autoridad fiscal local, aceptaron la proposición de convenio. En el marco del procedimiento de convenio de acreedores, la autoridad fiscal local actuó como acreedor independiente. Gozaba de esa condición debido a las garantías constituidas a su favor por Frucona a cambio de los aplazamientos de pago de los impuestos especiales antes citados.

11. Antes del 9 de julio de 2004, Frucona había hecho entrega a la autoridad fiscal local de un informe de auditoría elaborado por una sociedad de auditoría independiente (en lo sucesivo, «informe E»). Ese informe fue concebido para permitir a la autoridad fiscal local evaluar las ventajas respectivas del convenio de acreedores y de la liquidación judicial.

12. El 21 de junio de 2004, las autoridades tributarias eslovacas practicaron una inspección en los locales de Frucona. En esa inspección se determinó la situación financiera de esta última a fecha de 17 de junio de 2004.

13. Mediante resolución de 14 de julio de 2004, el Krajský súd v Košiciach (Tribunal Regional de Košice) homologó el convenio de acreedores. Con arreglo a este, la Administración tributaria eslovaca debía percibir el 35 % de su crédito, es decir, un importe cercano a 224,3 millones de SKK.

14. Mediante escrito de 20 de octubre de 2004, la autoridad fiscal local indicó a Frucona que las condiciones del convenio de acreedores, según las cuales no era preciso devolver una parte de la deuda fiscal, constituían una ayuda de Estado indirecta sujeta a la autorización de la Comisión Europea.

15. El 17 de diciembre de 2004, Frucona pagó a la autoridad fiscal local 224,3 millones de SKK, correspondientes al 35 % del importe total de su deuda fiscal. Mediante resolución de 30 de diciembre de 2004, el Krajský súd v Košiciach (Tribunal Regional de Košice) dio por terminado el procedimiento de convenio de acreedores. El 18 de agosto de 2006, dicho órgano jurisdiccional redujo el importe que debía abonarse a la autoridad fiscal local a 224,1 millones de SKK.

A. Procedimiento administrativo

16. El 15 de octubre de 2004, se presentó una denuncia ante la Comisión acerca de una ayuda de Estado supuestamente ilegal a favor de Frucona.

17. Mediante escrito de 4 de enero de 2005, la República Eslovaca informó a la Comisión, a raíz de la petición de información de esta, de la posibilidad de que Frucona hubiera recibido una ayuda ilegal, y le solicitó que autorizara esa ayuda en concepto de ayuda de salvamento concedida a una empresa en crisis.

18. Tras recibir información adicional, la Comisión comunicó a la República Eslovaca, mediante escrito de 5 de julio de 2005, su decisión de incoar un procedimiento de investigación en el sentido del actual artículo 107 TFUE, apartado 2, con respecto a la medida en cuestión.⁵

19. Mediante escrito de 10 de octubre de 2005, la República Eslovaca presentó a la Comisión sus observaciones sobre la medida en cuestión. Asimismo, por medio de escrito de 24 de octubre de 2005, Frucona presentó a la Comisión sus observaciones sobre la medida en cuestión. Estas fueron transmitidas a la República Eslovaca para que dicho Estado miembro pudiera manifestarse sobre ellas, lo que hizo mediante escrito de 16 de diciembre de 2005.

B. Decisión inicial

20. El 7 de junio de 2006, la Comisión adoptó la Decisión 2007/254/CE, relativa a la ayuda estatal C-25/2005 (ex NN 21/2005) concedida por la República Eslovaca a Frucona Košice a.s.⁶ De conformidad con dicha Decisión, la ayuda de Estado que la República Eslovaca había concedido a Frucona (416 515 990 SKK) era incompatible con el mercado común y debía recuperarse.

C. Procedimientos ante el Tribunal General y el Tribunal de Justicia

21. El 12 de enero de 2007, Frucona interpuso un recurso ante el Tribunal General por el que solicitaba la anulación de la Decisión inicial.

22. Mediante sentencia de 7 de diciembre de 2010, Frucona Košice/Comisión,⁷ el Tribunal General desestimó dicho recurso por infundado.

23. Mediante sentencia de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión⁸, el Tribunal de Justicia anuló la sentencia del Tribunal General en casación. El Tribunal de Justicia declaró que, al no haber tenido en cuenta, en su apreciación del criterio del operador privado, la duración del procedimiento de liquidación judicial, la Comisión había cometido un error manifiesto de apreciación, y que, en el supuesto de que ese factor hubiera sido tenido en cuenta por la Comisión, no había motivado de forma suficiente en Derecho la Decisión inicial. El Tribunal de Justicia devolvió el asunto al Tribunal General para que este resolviera sobre los motivos aducidos ante él sobre los que no se había pronunciado.

24. A raíz de la sentencia Frucona I, y con el fin de colmar las lagunas puestas de manifiesto por el Tribunal de Justicia, la Comisión adoptó la Decisión controvertida el 16 de octubre de 2013. Mediante dicha Decisión, se derogó la Decisión inicial.

25. En consecuencia, mediante auto motivado de 21 de marzo de 2014, Frucona Košice/Comisión,⁹ el Tribunal General declaró que procedía sobreseer el recurso de anulación de la Decisión inicial.

5 Ayuda estatal n.º C-25/2005 (ex NN 21/2005) — Medida a favor de Frucona Košice (DO 2005, C 233, p. 47).

6 DO 2007, L 112, p. 14 (en lo sucesivo, «Decisión inicial»).

7 Sentencia de 7 de diciembre de 2010, Frucona Košice/Comisión (T-11/07, EU:T:2010:498).

8 Sentencia de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión (C-73/11 P, en lo sucesivo, «Frucona I», EU:C:2013:32).

9 Auto de 21 de marzo de 2014, Frucona Košice/Comisión (T-11/07 RENV, EU:T:2014:173).

D. Decisión controvertida

26. La Decisión controvertida se adoptó para subsanar los errores de que adolecía la Decisión inicial identificados en la sentencia Frucona I (considerando 10 de la Decisión controvertida).

27. La Comisión estimó, en particular, que era necesario examinar la cuestión de si, en esencia, al aceptar la propuesta de convenio y, en consecuencia, consentir en una reducción del 65 % de su crédito, la autoridad fiscal local se había comportado con Frucona como un operador privado en una economía de mercado. La Comisión declaró, a este respecto, que la posición de dicha autoridad como acreedor de Frucona era inusualmente fuerte. A su parecer, la autoridad fiscal local se hallaba en una situación jurídica y económica más favorable que los acreedores privados de Frucona. De hecho, la autoridad fiscal local era titular del 99 % de los créditos registrados y era además un acreedor independiente cuyos créditos podían satisfacerse en todo momento durante el procedimiento de liquidación judicial con los ingresos obtenidos de la venta de los activos asegurados (considerando 80 de la Decisión controvertida).

28. En cuanto al criterio del operador privado, la Comisión señaló, en particular, que la aplicabilidad de este criterio depende de que el Estado miembro interesado haya concedido una ventaja económica a una empresa, pero no en calidad de poder público. Asimismo, la Comisión observó que si un Estado miembro invoca ese criterio en el procedimiento administrativo, le incumbe, en caso de duda, acreditar inequívocamente y en virtud de factores objetivos y verificables que la medida ejecutada corresponde a su cualidad de operador privado. A este respecto, la Comisión se remitió a la sentencia Comisión/EDF¹⁰ (considerando 82 de la Decisión controvertida).

29. A continuación, subrayó que «la República Eslovaca sostiene que, en su opinión, la medida constituye ayuda estatal. La República Eslovaca reconoció que, en el momento del convenio, la cuestión de la ayuda estatal simplemente no se contempló y solicitó que la medida controvertida sea tratada como ayuda de salvamento. Por tanto, parece que los requisitos de la jurisprudencia [...] no se han cumplido en el presente asunto y la medida controvertida constituye ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE» (considerando 83 de la Decisión controvertida).

30. Observó que Frucona había rebatido la calificación de la medida como ayuda de Estado. También proporcionó documentos elaborados por auditores para respaldar dicha opinión (considerando 84 de la Decisión controvertida).

31. A continuación, la Comisión analizó si la República Eslovaca se había comportado como un acreedor privado frente a Frucona.

32. En primer lugar, la Comisión comparó, a la luz de las pruebas presentadas por Frucona, el procedimiento de convenio de acreedores y el procedimiento de liquidación judicial (considerandos 88 a 119 de la Decisión controvertida). En segundo lugar, comparó el convenio de acreedores con el procedimiento de ejecución fiscal (considerandos 120 a 127 de la Decisión controvertida). En tercer lugar, apreció las demás pruebas presentadas por las autoridades eslovacas y Frucona (considerandos 128 a 138 de la Decisión controvertida). En esencia, la Comisión estimó que tanto el procedimiento de liquidación judicial como el de ejecución fiscal eran, desde el punto de vista de la autoridad fiscal local, alternativas más ventajosas que la propuesta de convenio de acreedores (considerandos 119, 124 y 127 de la Decisión controvertida).

¹⁰ Sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), apartados 81 a 85.

33. La Comisión concluyó que no se cumplía el criterio del operador privado y que la República Eslovaca había concedido a Frucona una ventaja que no habría podido obtener en condiciones de mercado (considerando 139 de la Decisión controvertida). La Comisión llegó pues a la conclusión de que la condonación de la deuda que la autoridad fiscal local aceptó en el convenio constituía una ayuda estatal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107 TFUE, apartado 1 (considerando 140 de la Decisión controvertida). La Comisión concluyó asimismo que esa ayuda era incompatible con el mercado interior (considerando 182 de la Decisión controvertida).

34. En el artículo 1 de la parte dispositiva, la Decisión controvertida establece que la Decisión inicial queda derogada. En el artículo 2, dispone que la ayuda estatal que la República Eslovaca concedió a Frucona Košice, por un total de 416 515 990 SKK, es incompatible con el mercado interior. En el artículo 3, la Comisión ordena a la República Eslovaca que recupere la ayuda junto con los intereses de demora. En virtud del artículo 4, la República Eslovaca debe informar a la Comisión, en un plazo de dos meses a partir de la fecha de notificación de dicha Decisión, de las medidas adoptadas en cumplimiento de esta. El artículo 5 especifica que la Decisión está dirigida a la República Eslovaca.

II. Procedimiento ante el Tribunal General

35. Mediante recurso presentado el 17 de febrero de 2014, Frucona solicitó al Tribunal General que anulara la Decisión controvertida.

36. En la sentencia recurrida, el Tribunal General anuló la Decisión controvertida y condenó en costas a la Comisión.

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

37. Mediante su recurso de casación, presentado ante el Tribunal de Justicia el 26 de mayo de 2016, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- anule la sentencia recurrida;
- desestime el recurso de anulación y condene en costas a Frucona Košice;
- con carácter subsidiario, devuelva el asunto al Tribunal General y reserve la decisión sobre las costas.

38. Frucona solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación y condene en costas a la Comisión.

39. Las partes formularon observaciones orales en la vista celebrada el 15 de febrero de 2017.

IV. Apreciación

40. Para fundamentar su recurso de casación, la Comisión invoca seis motivos. Los cuatro primeros motivos de casación se refieren a la conclusión del Tribunal General de que el criterio del operador privado era aplicable. Los dos restantes motivos de casación versan sobre la aplicación del criterio del operador privado.

41. En particular, los motivos de casación referidos a la aplicabilidad del criterio del operador privado abordan las siguientes cuestiones. El primer motivo de casación se basa en que el Tribunal General interpretó erróneamente la Decisión controvertida. Conforme a dicho motivo, el Tribunal General se equivocó al estimar que la Decisión consideraba que el criterio del operador privado resultaba aplicable a la medida en cuestión. El segundo motivo de casación se basa en que la sentencia recurrida adolece de un error de Derecho, dado que el Tribunal General consideró que ese criterio puede ser invocado por el beneficiario de la medida de que se trata. El tercer motivo de casación se basa en la vulneración de los principios *res judicata* y *ne ultra petita*. La Comisión alega que el Tribunal General vulneró esos principios al considerar que, como el Tribunal de Justicia había aplicado el criterio del operador privado en Frucona I, también había considerado, implícita pero necesariamente, que el criterio del operador privado era aplicable. Por último, el cuarto motivo de casación se basa en que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar que, a efectos de la aplicabilidad del criterio del operador privado, la Comisión no podía trazar una distinción entre las distintas alternativas de la medida controvertida.

42. En cuanto a los dos motivos de recurso restantes, estos versan sobre el modo en que se aplicó el criterio del operador privado. El quinto motivo de casación se basa en que la sentencia recurrida adolece de un error de Derecho, porque el Tribunal General estableció un nuevo requisito que la Comisión debe cumplir a la hora de aplicar el criterio del operador privado. La Comisión sostiene que, a diferencia de lo que establece una jurisprudencia bien asentada, la sentencia recurrida exige a dicha institución reconstruir de oficio el comportamiento del hipotético operador privado ideal, racional y plenamente informado. Mediante su sexto motivo de casación, la Comisión aduce que el Tribunal General también cometió un error en la medida en que cabe entender que la sentencia recurrida concluye que la Comisión incumplió su obligación de realizar un examen diligente e imparcial.

43. Comenzaré analizando los motivos de casación segundo y cuarto. La razón es que esos motivos inciden en el posterior análisis de los motivos de casación primero y tercero. Sin embargo, antes de entrar en ese análisis, considero conveniente efectuar varias observaciones preliminares.

A. Observaciones preliminares

44. En primer lugar, resulta conveniente recordar el fundamento del criterio del operador privado (en este caso, el criterio del acreedor privado), así como su finalidad.

45. A tenor del artículo 107 TFUE, apartado 1, son incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Por consiguiente, el concepto de ayuda que se emplea en el ámbito del Derecho de las ayudas estatales es amplio. Comprende cualquier tipo de ayuda, directa o indirecta: incluye toda medida que, al margen de su forma, alivie las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa.¹¹

46. Sin embargo, es preciso efectuar una matización importante. Aunque una medida emane de fondos estatales no estará comprendida en el ámbito del artículo 107 TFUE si el beneficiario podría haber obtenido la misma ventaja que se puso a su disposición mediante recursos del Estado en circunstancias que correspondan a las condiciones normales del mercado.¹² Ese principio se aplica con la misma contundencia al margen de que el Estado haya actuado como inversor, acreedor o

¹¹ Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 23 de febrero de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad (30/59, EU:C:1961:2), p. 19, y de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100), apartados 12 y 13. Véase la reciente sentencia Frucona I, apartados 68 y 69 y la jurisprudencia citada.

¹² Sentencia Frucona I, apartado 70 y sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), apartado 78 y jurisprudencia citada.

vendedor. Para determinar si el beneficiario podría haber obtenido la misma ventaja en condiciones normales de mercado, la Comisión recurre al criterio del operador privado. La finalidad de dicho criterio es apreciar si el Estado ha concedido una ventaja a una empresa al no actuar como un operador privado en una determinada operación.

47. En términos sencillos, el criterio del operador privado es la herramienta que la Comisión utiliza para determinar si existe una ventaja económica, que es una de las características necesarias de la ayuda de Estado.

48. Sin duda por esa razón el Tribunal de Justicia ha declarado que no constituye una excepción que solo se aplique a instancia de un Estado miembro cuando se haya comprobado que existen los factores integrantes del concepto de ayuda de Estado que figuran en el artículo 107 TFUE, apartado 1.¹³ Cuando es aplicable, el criterio del operador privado es uno de los aspectos que la Comisión está obligada a considerar para determinar la existencia de una ayuda.¹⁴

49. La segunda breve observación preliminar que procede realizar versa sobre la carga y la calidad de la prueba en el ámbito de la normativa sobre ayudas de Estado.

50. Para determinar si una medida constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, la Comisión está obligada a proceder a un examen diligente e imparcial. Mediante dicha investigación se garantiza que, a la hora de adoptar la decisión final, la Comisión dispone de los elementos más completos y fiables posibles para ello. En efecto, no hay que olvidar que incumbe a la Comisión demostrar que la medida controvertida constituye una ayuda estatal en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1.

51. El presente recurso de casación debe examinarse a la luz de estos principios.

B. Motivos de casación segundo y cuarto

1. Alegaciones de las partes

52. Mediante su segundo motivo de casación, la Comisión sostiene que el Tribunal General cometió un error de Derecho al considerar que el beneficiario de una ayuda puede invocar el criterio del operador privado.¹⁵ En su opinión, el criterio del operador privado tiene por objeto poner de manifiesto la «actitud subjetiva» del Estado miembro que concede la supuesta ayuda. Por lo tanto, no puede ser invocado por nadie más. En el presente asunto, el Estado miembro consideró clara y sistemáticamente que la medida constituía una ayuda de Estado.

53. Aunque el Tribunal General estuviera en lo cierto al entender que el beneficiario de la ayuda podía invocar el criterio del operador privado, la Comisión sostiene que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al no exigir al beneficiario que acreditara de forma inequívoca y sobre la base de pruebas objetivas y contrastables que el Estado miembro había actuado como un operador privado.

54. Frucona sostiene que las conclusiones del Tribunal General son correctas. A su parecer, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia deja claro que el criterio del operador privado puede ser invocado por el beneficiario de la ayuda.

¹³ Véanse las sentencias de 3 de abril de 2014, Comisión/Países Bajos e ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), apartado 32, y de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), apartado 103.

¹⁴ Sentencia Frucona I, apartado 71 y la jurisprudencia citada.

¹⁵ Apartados 109 a 118 de la sentencia recurrida.

55. En cuanto a la alegación de la Comisión de que el criterio del operador privado guarda relación con la actitud del Estado miembro de que se trata, Frucona aduce que la jurisprudencia subraya que el Estado miembro debe actuar en calidad de operador económico. Frucona arguye que no cabe duda de que en este asunto la actuación de la autoridad fiscal local fue de este tipo.

56. En virtud del cuarto motivo de casación, la Comisión aduce que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al entender que, a efectos de la aplicabilidad del criterio del operador privado, la Comisión no podía trazar una distinción en función de las distintas alternativas de la medida controvertida.¹⁶

57. La Comisión sostiene que la aplicabilidad del criterio del operador privado depende de que el Estado miembro de que se trate o el beneficiario aporten pruebas que permitan determinar si la autoridad pública se comportó del mismo modo que un operador privado que se hubiera enfrentado a la misma elección. La Comisión alega que el criterio del operador privado no es aplicable cuando no se han aportado pruebas de que la autoridad administrativa haya sopesado la posibilidad de adoptar una determinada conducta.

58. Frucona aduce que el análisis del Tribunal General con respecto a la aplicabilidad del criterio del operador privado es correcto. A su parecer, cuando el criterio del operador privado es aplicable, la Comisión no puede limitar su apreciación a una potencial alternativa de la medida en cuestión y excluir otra.

2. Apreciación

59. Mediante sus motivos de casación segundo y cuarto, la Comisión sostiene que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar que el criterio del operador privado puede resultar aplicable incluso cuando el Estado miembro no lo ha invocado. Según la Comisión, el criterio del operador privado únicamente es aplicable si se cumplen unos requisitos estrictos. Desde su punto de vista, ese criterio es aplicable cuando 1) el Estado miembro interesado lo ha invocado, 2) la «actitud subjetiva» del Estado miembro pone de manifiesto que tenía la intención de actuar como un operador privado, y 3) el Estado miembro ha elegido específicamente una conducta determinada al adoptar la medida en cuestión.

60. Para empezar, ha de observarse que el presente recurso es intrínsecamente contradictorio. La Comisión alega, en esencia, que no estaba obligada a aplicar el criterio del operador privado porque el Estado miembro interesado no lo invocó durante el procedimiento administrativo. Durante dicho procedimiento, la República Eslovaca admitió que la medida constituía una ayuda de Estado. Solicitó que dicha medida se considerara una ayuda de salvamento. Sin embargo, al mismo tiempo, la Comisión admite que la Decisión controvertida aplica el criterio del operador privado para concluir que la condonación de la deuda fiscal constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. Dicho de otro modo, el punto de partida del presente recurso de casación es que a pesar de que en la Decisión controvertida se aplica el criterio del operador privado, dicho criterio no es aplicable.

61. Un análisis más detallado del recurso de casación pone de manifiesto, no obstante, que la Comisión intenta limitar artificialmente su obligación de aplicar el criterio del operador privado y, en esencia, invertir la carga de la prueba.

62. Como expondré a continuación, la jurisprudencia no respalda la postura de la Comisión.

¹⁶ Apartado 247 de la sentencia recurrida.

a) El criterio del operador privado es aplicable cuando el Estado miembro actúa en calidad de operador económico

63. Desde un primer momento puede ser de utilidad señalar que la cuestión de si el criterio del operador privado resulta aplicable ha de resolverse sobre la base de criterios objetivos que pongan de manifiesto la condición en la que actuó el Estado miembro. En particular, el criterio es aplicable cuando, al conferir una ventaja económica a una empresa, el Estado miembro ha actuado en calidad de operador económico (y no de poder público).¹⁷

64. En lo que respecta, en particular, a un *acreedor* público, el Tribunal de Justicia ya declaró en la sentencia Frucona I que el criterio del operador privado se aplica cuando «un acreedor público otorga facilidades de pago de una deuda a cargo de una empresa». ¹⁸ En tales circunstancias, la conducta de la autoridad administrativa debe compararse con la de un acreedor privado que trata de recuperar las cantidades que le adeuda un deudor que se enfrenta a dificultades financieras. ¹⁹ Dicho de otro modo, el criterio del operador privado ha de aplicarse cuando la conducta adoptada por el Estado podría haber sido adoptada, al menos en principio, por un operador privado que intenta obtener un beneficio o limitar las pérdidas. De otro modo, la aplicación de dicho criterio no tendría sentido.

65. En el presente asunto, un acreedor público (la autoridad fiscal local) concedió «facilidades de pago de una deuda a cargo de una empresa». Por consiguiente, a primera vista, cabría pensar que la necesidad de aplicar el criterio del operador privado es patente.

66. Sin embargo, la Comisión aduce, partiendo de una inferencia basada en la sentencia Comisión/EDF del Tribunal de Justicia, que el criterio del operador privado no es aplicable en el presente asunto.

67. Dicho precedente no respalda la opinión de la Comisión.

68. En el asunto Comisión/EDF se suscitaron dudas sobre la condición en la que el Estado miembro de que se trataba había actuado. No estaba claro si el Estado miembro había actuado en calidad de operador económico (como accionista de una empresa pública), o como poder público. Ello se debió a la forma de la medida adoptada. Si bien el Estado miembro afirmaba que había actuado como accionista, había recurrido a medidas fiscales para conceder una exención fiscal a la empresa en cuestión. En este contexto, sin duda singular, el Tribunal de Justicia estimó que si el Estado miembro invoca el criterio del operador privado, también debe acreditar inequívocamente y en virtud de factores objetivos y verificables que la medida ejecutada corresponde a su calidad de operador privado y no de poder público. ²⁰ Tras analizar las pruebas que puede ser necesario aportar en tal sentido, el Tribunal de Justicia aclaró que incumbe a la Comisión realizar una apreciación global teniendo en cuenta, además de los datos aportados por ese Estado miembro, cualquier otro dato pertinente en el caso concreto que le permita determinar si la medida en cuestión corresponde a la condición de accionista o a la de poder público de dicho Estado miembro. El Tribunal de Justicia aceptó que, para realizar esa apreciación (preliminar), el objetivo perseguido por la medida podía constituir una circunstancia pertinente. ²¹

69. Procede formular tres observaciones.

¹⁷ Véase, en lo que respecta a un inversor público, la sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), apartado 81.

¹⁸ Sentencia Frucona I, apartado 71 y jurisprudencia citada.

¹⁹ Sentencia Frucona I, apartado 72 y jurisprudencia citada.

²⁰ Sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), apartado 82.

²¹ Sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), apartados 86 y 87.

70. En primer lugar, en la sentencia Comisión/EDF, el Tribunal de Justicia simplemente declaró que cuando existan dudas sobre la condición en la que el Estado miembro actuó y el Estado miembro interesado haya invocado ese criterio, dicho Estado debe aportar pruebas en apoyo de su postura. No obstante, no cabe deducir de dicha afirmación que el criterio del operador privado únicamente pueda ser invocado por un Estado miembro.

71. La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Land Burgenland y otros, en el que se suscitaron dudas similares sobre la condición en la que el Estado miembro había actuado, pone de manifiesto la corrección de dicha interpretación. En el contexto particular de ese asunto, el Tribunal de Justicia declaró que la Comisión no estaba obligada a aplicar el criterio del operador privado. El Tribunal de Justicia explicó que ello se debía a que ni el Estado miembro, ni la autoridad que había concedido la supuesta ayuda, ni su beneficiario habían aportado pruebas en relación con la aplicabilidad del criterio del operador privado durante el procedimiento administrativo.²² Como el Tribunal General señaló en la sentencia recurrida, ello respalda el planteamiento de que no solo el Estado miembro, sino también el beneficiario de la medida en cuestión, pueden invocar el criterio del operador privado.²³

72. Dejando a un lado las particularidades de dichos asuntos, admitir que el beneficiario de la supuesta ayuda puede invocar el criterio del operador privado refleja la razón de ser del procedimiento administrativo: dicho procedimiento se concibió para garantizar que la Comisión conoce todos los hechos pertinentes para efectuar una evaluación objetiva a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1. Sería contrario a la finalidad de dicho procedimiento limitar la posibilidad de que los interesados, y en particular el beneficiario de la supuesta ayuda, formulen alegaciones y aporten pruebas sobre la existencia de la ayuda (o, como en este caso, su inexistencia), por ejemplo, invocando el criterio del operador privado. Ello es así pese a que, en términos estrictos, únicamente el Estado miembro es parte en ese procedimiento.

73. En segundo lugar, la alegación de que la aplicabilidad del criterio del operador privado depende de la «actitud subjetiva» del Estado miembro parece derivarse de la afirmación del Tribunal de Justicia contenida en la sentencia Comisión/EDF según la cual el objetivo de la medida (y, por consiguiente, la intención del Estado) puede ser pertinente para apreciar si el criterio del operador privado es aplicable. Sin embargo, como ya se ha expuesto, el criterio del operador privado resulta aplicable cuando el Estado miembro ha actuado en calidad de operador económico. La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/EDF simplemente expone cómo debe determinarse esa calidad en el marco de una apreciación global cuando existen dudas sobre la condición en la que actuó la autoridad administrativa. En ese contexto es donde la intención del Estado puede constituir un factor pertinente.

74. En el presente asunto, que la República Eslovaca estimara que la propuesta de convenio constituía ayuda de Estado o que las autoridades fiscales locales o centrales estuvieran en desacuerdo sobre si debían aceptarse las condonaciones carece de pertinencia.²⁴ El punto de partida para determinar si debe aplicarse el criterio del operador privado debe ser la naturaleza (económica) de la actuación del Estado miembro, no el modo en el que, desde un punto de vista subjetivo, ese Estado consideraba que estaba actuando o qué conductas alternativas había sopesado antes de adoptar la medida en cuestión. Desde esa perspectiva, la «actitud subjetiva» del Estado miembro (bien de las autoridades centrales o de sus representantes locales) puede constituir una circunstancia pertinente para determinar la condición en la que actuó el Estado miembro, en caso de que existan dudas a este respecto.

²² Sentencia de 24 de octubre de 2013, Land Burgenland y otros/Comisión (C-214/12 P, C-215/12 P y C-223/12 P, EU:C:2013:682), apartados 57, 60 y 61.

²³ Apartado 113 de la sentencia recurrida.

²⁴ De los considerandos 83 y 128 a 132 de la Decisión controvertida puede deducirse que la dirección general de impuestos se oponía al convenio propuesto y que la República Eslovaca consideró que dicho convenio constituía una ayuda de Estado.

75. No hay nada en el expediente que revele que existieran tales dudas.²⁵

76. En tercer lugar, conviene insistir en que, en la sentencia Comisión/EDF, el Tribunal de Justicia aclaró que corresponde a la Comisión determinar si debe aplicarse ese criterio. Por consiguiente, cuando se advierte que el criterio del acreedor privado *puede* ser aplicable, incumbe a la Comisión solicitar al Estado miembro interesado que le proporcione toda la información pertinente que le permita comprobar si ese criterio debe aplicarse.²⁶ En otras palabras, al margen de quién invoque el criterio del operador privado, en principio, corresponde a la Comisión apreciar si es preciso aplicar ese criterio, en caso de que su aplicabilidad no resulte evidente (por ejemplo, a raíz de la forma de la medida impugnada). Para ello debe solicitar al Estado miembro interesado (o a otras partes pertinentes) que facilite la información que necesita para llevar a cabo tal evaluación. En ningún caso debe incumbir al beneficiario de la supuesta ayuda acreditar de forma inequívoca y sobre la base de factores objetivos y verificables que el criterio es aplicable. En efecto, como ya he señalado anteriormente, incumbe a la Comisión demostrar que la medida constituye una ayuda de Estado.

77. A la luz de ese principio, cuando existen dudas sobre la naturaleza de la actuación del Estado miembro, la Comisión debe determinar, en primer lugar, la condición en la que actuó el Estado miembro. En la medida en que la apreciación global de las pruebas pertinentes requerida ponga de manifiesto que el Estado miembro actuó en calidad de operador económico, la Comisión deberá aplicar a continuación el criterio del operador privado. En este sentido, en lugar de aliviar la carga investigadora de la Comisión, la sentencia Comisión/EDF añade una fase preliminar a la apreciación de la existencia de una ventaja.

78. Procede señalar que en el presente asunto la Decisión controvertida no contiene indicación alguna de que se haya llevado a cabo esa apreciación preliminar y de hecho, el criterio del operador privado se aplicó para determinar si existía una ventaja.

79. En todo caso, dado que no existían dudas sobre la condición en la que actuó la autoridad fiscal local, el Tribunal General concluyó fundadamente que el criterio del operador privado era aplicable.

80. Esto me lleva a analizar el cuarto motivo de casación.

b) La aplicación del criterio del operador privado forma parte de un examen diligente e imparcial

81. En línea con lo que alega en el segundo motivo de casación, la Comisión sostiene, en su cuarto motivo de casación, que el Tribunal General también incurrió en error de Derecho al considerar que, dado que el criterio del operador privado es aplicable en cuanto tal, la Comisión no puede distinguir, a efectos de su aplicabilidad, entre las distintas alternativas de la medida en cuestión.²⁷

82. En particular, la Comisión arguye que el criterio del operador privado no es aplicable en lo que atañe a la comparación de los procedimientos de ejecución fiscal y de convenio de acreedores. En su opinión, ello se debe a que ni el Estado miembro ni el beneficiario aportaron pruebas que acreditaran que la autoridad fiscal local se planteara iniciar un procedimiento de ejecución y concluyera que ese procedimiento sería menos ventajoso que el convenio de acreedores.²⁸

83. Ya se han expuesto anteriormente las razones por las que procede rechazar el presente motivo de casación. Sin embargo, conviene formular las siguientes observaciones adicionales.

²⁵ Por el contrario, como expondré con mayor detalle a continuación, la Decisión controvertida aplica el criterio del operador privado en el mercado para concluir que la condonación de la deuda fiscal es una ayuda de Estado.

²⁶ Véanse las sentencias de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), apartado 104, y de 3 de abril de 2014, Comisión/Países Bajos e ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), apartado 33.

²⁷ Apartado 247 de la sentencia recurrida.

²⁸ Apartado 245 de la sentencia recurrida.

84. El cuarto motivo de casación parte de la misma premisa que el segundo. Se fundamenta en la idea de que, como ni el Estado miembro interesado ni el beneficiario de la supuesta ayuda han acreditado inequívocamente y en virtud de factores objetivos y verificables que la autoridad fiscal local se planteara iniciar un procedimiento de ejecución fiscal, el criterio del operador privado no es aplicable a dicho procedimiento.

85. Dado que no existían dudas sobre la condición en la que actuó la autoridad fiscal local, el Tribunal General concluyó acertadamente que el criterio del operador privado debía aplicarse. En contra de lo que parece sugerir la Comisión, la cuestión relativa a las opciones que han de tomarse en consideración al evaluar si existe una ventaja se refiere a la concreta aplicación del criterio del operador privado más que a la cuestión de si dicho criterio resulta aplicable.²⁹ En efecto, como señaló el Tribunal General, dado que el criterio del operador privado es aplicable en cuanto tal, la Comisión no puede distinguir, a efectos de la aplicabilidad de dicho criterio, entre las distintas alternativas a la medida controvertida.³⁰

86. A este respecto, el cuarto motivo de casación ilustra cuán inútil es, con carácter general, la distinción entre aplicabilidad y aplicación del criterio del operador privado. Como en el presente asunto, suele inducir a confusión.

87. Salvo en asuntos como aquel en el que recayó la sentencia Comisión/EDF, en el que existían dudas sobre la naturaleza de la actuación del Estado miembro, los elementos relativos a la aplicabilidad y a la aplicación del criterio del operador privado no pueden separarse de forma clara. En lugar de constituir una excepción que únicamente el Estado miembro puede esgrimir en su defensa durante el procedimiento administrativo, el criterio del operador privado es precisamente la herramienta que la Comisión deben aplicar para determinar si se ha concedido una ventaja económica a la empresa de que se trate. La cuestión de si, al adoptar una medida de carácter económico, el Estado miembro ha actuado efectivamente como lo habría hecho un operador privado debe resolverse aplicando ese criterio. En ese contexto es cuando puede surgir la duda de qué alternativas a la medida adoptada deben compararse.³¹

88. Recordemos que cuando, como en el presente asunto, no existen dudas sobre la condición en la que el Estado miembro ha actuado, debe aplicarse el criterio del operador privado. Como ha explicado el Tribunal de Justicia, ese criterio se utiliza para determinar si es manifiesto que la beneficiaria de la supuesta ayuda no habría obtenido facilidades comparables de un operador privado. A tal efecto, la Comisión debe llevar a cabo una apreciación global teniendo en cuenta cualquier dato pertinente en el caso concreto. En particular, en lo que respecta a un acreedor público, la Comisión debe apreciar si es manifiesto que la beneficiaria no habría obtenido facilidades comparables de un acreedor privado que se hallara en una situación lo más semejante posible a la de la autoridad administrativa y que tratara de obtener el pago de las cantidades que le adeudase un deudor que se encontrara en dificultades.³² En cambio, si la Comisión no realiza esa apreciación, en realidad estaría incumpliendo su obligación de realizar un examen diligente e imparcial.

89. Por los motivos expuestos, no creo que la sentencia recurrida adolezca de errores en lo que respecta a la apreciación de las condiciones en las que el criterio del operador privado resulta aplicable. A mi parecer, procede desestimar los motivos de casación segundo y cuarto por infundados.

²⁹ Sentencia de 24 de octubre de 2013, Land Burgenland y otros/Comisión (C-214/12 P, C-215/12 P y C-223/12 P, EU:C:2013:682).

³⁰ Apartado 247 de la sentencia recurrida.

³¹ Del considerando 121 de la Decisión controvertida se deriva que el procedimiento de ejecución fiscal se tomó en consideración como alternativa al procedimiento de convenio de acreedores en el marco del criterio del operador privado en el mercado, pese a que la autoridad fiscal local no se había planteado específicamente recurrir a ese procedimiento.

³² Sentencia Frucona I, apartado 73 y jurisprudencia citada y, en ese mismo sentido, sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), apartado 86.

C. Primer motivo de casación

1. Alegaciones de las partes

90. Mediante su primer motivo de casación, la Comisión aduce que el Tribunal General interpretó incorrectamente la Decisión controvertida, al entender que concluía que el criterio del operador privado era aplicable.³³ La Comisión alega que de una interpretación correcta de la Decisión controvertida y de la jurisprudencia citada en los considerandos pertinentes se desprende claramente que la Comisión consideró que ese criterio no resultaba aplicable al asunto de que se trataba.³⁴

91. Frucona sostiene, en esencia, que la interpretación de la Decisión controvertida llevada a cabo por el Tribunal General es correcta.

2. Apreciación

92. El primer motivo de casación se basa en una supuesta interpretación incorrecta de la Decisión controvertida. Como expondré brevemente a continuación, el primer motivo de casación, que está estrechamente relacionado con los motivos segundo y cuarto, debe ser asimismo desestimado.

93. En primer lugar, procede señalar que la Decisión controvertida no establece expresamente que el criterio del operador privado no sea aplicable. Es cierto que, considerado de forma aislada, cabría interpretar el considerando 83 de la Decisión controvertida en el sentido que propugna la Comisión.³⁵ Sin embargo, también puede interpretarse en el sentido de que se limita a describir la postura del Estado miembro, antes de exponer la de Frucona en el siguiente considerando. En cualquier caso, no aprecio ningún otro elemento en la Decisión controvertida que respalde la interpretación de la Comisión. En lugar de exponer claramente por qué no es aplicable el criterio del operador privado, la Decisión controvertida lo aplica. En efecto, como ya se ha mencionado anteriormente, la conclusión a la que se llega en la Decisión controvertida sobre la existencia de ayuda se fundamenta en la aplicación del criterio del operador privado.³⁶

94. En segundo lugar, de albergar dudas sobre la aplicabilidad del criterio del operador privado, la Comisión debería haber solicitado al Estado miembro interesado que le facilitara toda la información pertinente que le permitiera determinar si dicho criterio era aplicable. No hay rastro alguno de que se hubiera efectuado una apreciación en lo que concierne a la aplicabilidad del criterio del operador privado en la Decisión controvertida. El hecho de que la República Eslovaca considerara que la medida constituía una ayuda durante el procedimiento administrativo (es decir, una vez aceptado el convenio) no basta para determinar que dicho criterio no es aplicable. En todo caso, como ya he expuesto anteriormente, en el presente asunto no cabe esa duda: un acreedor público ha concedido facilidades de pago con respecto a una deuda que una empresa tiene frente a él. Ya solo por esa razón debía aplicarse el criterio del operador privado.³⁷

95. En tercer lugar, y como corolario a las dos observaciones anteriores, no hay que pasar por alto que Frucona había alegado que la medida no constituía una ayuda y había aportado pruebas según las cuales el procedimiento de liquidación judicial habría perjudicado en mayor medida a la autoridad fiscal local. Aunque la Comisión estaba obligada en todo caso a aplicar el criterio del operador privado en el caso de autos, parece haberlo aplicado precisamente por esa razón.³⁸

³³ Apartados 99 a 104 de la sentencia recurrida.

³⁴ Considerandos 80 a 84 y 128 a 132 de la Decisión controvertida.

³⁵ Véase el punto 29 anterior.

³⁶ Considerandos 139 y 140 de la Decisión controvertida.

³⁷ Véase el punto 73 anterior.

³⁸ Considerandos 84 y 85 de la Decisión controvertida.

96. Por todo lo anterior, no me complace la interpretación alternativa de la Decisión controvertida por la que aboga la Comisión. No puede censurarse la sentencia recurrida por haber malinterpretado la Decisión controvertida en este punto. Por consiguiente, procede desestimar asimismo el primer motivo de casación.

D. Tercer motivo de casación

1. Alegaciones de las partes

97. Mediante su tercer motivo de casación, la Comisión alega que el Tribunal General aplicó incorrectamente el principio de *res judicata*, se pronunció *ultra vires* y vulneró el principio de que el objeto de la acción lo definen las partes, así como el artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los artículos 44, apartado 1, y 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General.³⁹

98. En particular, la Comisión aduce que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al considerar que, en su sentencia Frucona I, el Tribunal de Justicia había estimado «implícita, pero necesariamente, que el criterio del acreedor privado era aplicable».⁴⁰ La Comisión sostiene que, en el asunto Frucona I, las partes no habían cuestionado la aplicabilidad del criterio del operador privado. Así pues, considera que si el Tribunal de Justicia hubiera considerado que dicho criterio no era aplicable, se habría pronunciado *ultra petita*.

99. Frucona considera que la apreciación del Tribunal General es correcta y que, en todo caso, el Tribunal de Justicia no está vinculado por los argumentos en los que las partes fundamentan su postura. Afirma que, si el Tribunal de Justicia hubiera considerado que el criterio del operador privado no era aplicable, habría obrado incorrectamente al apreciar si dicho criterio se cumplía.

2. Apreciación

100. Mediante su tercer motivo de casación, la Comisión censura el modo en que el Tribunal General aplicó el principio de *res judicata*. En la sentencia recurrida, dicho órgano jurisdiccional consideró que ya se había resuelto la cuestión de la aplicabilidad del criterio del operador privado en el asunto Frucona I porque, en dicho asunto, el Tribunal de Justicia ya había abordado la aplicación de ese criterio.

101. En el caso de que el Tribunal de Justicia desestime los motivos de casación primero, segundo y cuarto, como propongo, no será necesario analizar el tercer motivo de casación. Ello se debe a que el tercer motivo de casación versa sobre una cuestión que el Tribunal General examinó en aras de la exhaustividad.

102. En cuanto al fondo de dicho motivo, estoy de acuerdo con la Comisión.

³⁹ Apartados 119 a 126 de la sentencia recurrida.

⁴⁰ Apartado 123 de la sentencia recurrida.

103. En la sentencia Frucona I, el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre la aplicabilidad del criterio del operador privado dado que no podía hacerlo sin pronunciarse *ultra petita*. Baste recordar que se solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre la *aplicación* del criterio del operador privado, no sobre su aplicabilidad. A este respecto, considero particularmente desconcertante la siguiente conclusión de la sentencia recurrida: como el Tribunal de Justicia podría haber declarado que el criterio del operador privado no era aplicable y no lo hizo, esto significa que el Tribunal de Justicia pretendió confirmar la aplicabilidad de dicho criterio en el asunto controvertido.⁴¹

104. Es cierto que la aplicabilidad es condición previa de la aplicación. También es cierto que el Tribunal de Justicia no siempre está obligado a atenerse a las alegaciones formuladas por las partes en apoyo de sus pretensiones. En caso contrario, en ocasiones podría verse obligado a fundar sus decisiones en consideraciones jurídicas erróneas. No obstante, el Tribunal de Justicia solo debe pronunciarse sobre las pretensiones de las partes, a las cuales corresponde delimitar el marco del litigio.⁴²

105. En la sentencia Frucona I, las partes no cuestionaron la aplicabilidad del criterio del operador privado. Si en esas circunstancias el Tribunal de Justicia hubiera declarado que el criterio del operador privado no era aplicable, claramente se habría pronunciado sobre una cuestión que excedía del ámbito del litigio. Como señala acertadamente la Comisión, la cuestión de la aplicabilidad del criterio del operador privado no puede equipararse a los aspectos de orden público que el Tribunal de Justicia puede plantear de oficio sin que las partes hayan formulado una petición en tal sentido.

106. Por consiguiente, considero que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al estimar que, dado que el Tribunal de Justicia había analizado la aplicación del criterio del operador privado en la sentencia Frucona I, la aplicabilidad de dicho criterio constituía *res judicata*. No obstante, en la medida en que el Tribunal de Justicia esté de acuerdo conmigo en lo que respecta a los motivos de casación primero, segundo y cuarto, el presente motivo es inoperante.

E. Motivos de casación quinto y sexto

1. Alegaciones de las partes

107. Mediante el quinto motivo de casación, la Comisión alega que el criterio del operador privado le exige determinar la «actitud subjetiva» de la autoridad administrativa y compararla con la intención que un operador privado habría tenido en idénticas circunstancias. Aduce que, para aplicar ese criterio, la única prueba pertinente es la información disponible y los acontecimientos que fueran previsibles en el momento en el que se adoptó la medida en cuestión. En opinión de la Comisión, la apreciación de la aplicación del criterio del operador privado adolece de un error porque el Tribunal General le exigió comparar el comportamiento de la autoridad administrativa con el de un hipotético operador privado ideal, racional y plenamente informado. Al hacerlo, el Tribunal General creó un requisito adicional que la Comisión debe cumplir al aplicar el criterio del operador privado.⁴³

108. Frucona aduce que la apreciación del Tribunal General es correcta. En primer lugar, dicha apreciación se basó en el mismo criterio que la propia Comisión aplicó en la Decisión controvertida. La sentencia recurrida no crea un nuevo requisito. Simplemente exige a la Comisión que examine todos los elementos pertinentes disponibles y previsibles en el momento en el que se adoptó la medida.

⁴¹ Apartado 125 de la sentencia recurrida.

⁴² Sentencia de 21 de septiembre de 2010, Suecia y otros/API y Comisión (C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, EU:C:2010:541), apartado 65.

⁴³ Apartados 137 y 180 a 213 de la sentencia recurrida.

109. El sexto motivo de casación está estrechamente relacionado con el quinto. Mediante ese motivo de casación, la Comisión aduce que se ha cometido un error de Derecho en la medida en que cabe interpretar que la sentencia recurrida concluye que la Comisión incumplió su obligación de realizar un examen diligente e imparcial.⁴⁴ La Comisión arguye que la carga de la prueba que se la ha impuesto es excesivamente gravosa. En su opinión, ello se debe sobre todo a que la sentencia recurrida no facilita suficiente orientación sobre cómo alcanzar el nivel probatorio exigido.

110. Frucona sostiene que está claro que el Tribunal General criticó a la Comisión por no verificar, entre otras cosas, la naturaleza y la metodología subyacentes a las evaluaciones que empleó al aplicar el criterio del operador privado. Desde su punto de vista, el Tribunal General actuó correctamente cuando concluyó que la Comisión no había fundamentado suficientemente sus conclusiones.

2. *Apreciación*

111. Existe un nexo entre los motivos de casación quinto y sexto. Por tanto, es conveniente abordarlos conjuntamente.

112. Los dos restantes motivos de casación versan sobre la comparación del procedimiento de convenio de acreedores, por un lado, con el procedimiento de liquidación y, por otro, con el procedimiento de ejecución fiscal. En particular, dichos motivos se centran en el alcance de las obligaciones de la Comisión al aplicar el criterio del operador privado. La Comisión aduce que la sentencia recurrida adolece de un error de Derecho, habida cuenta de que el Tribunal General no demostró que la Decisión controvertida contuviera un error manifiesto de apreciación en cuanto a la aplicación del criterio del operador privado.

a) Parámetros de apreciación

113. En primer lugar, los parámetros que definen la apreciación que ha de llevarse a cabo cuando se aplica el criterio del operador privado ya han sido definidos en la jurisprudencia el Tribunal de Justicia.

114. Por un lado, en la sentencia Frucona I, el Tribunal de Justicia declaró que para comprobar si es manifiesto que la empresa beneficiaria no habría obtenido facilidades comparables de un operador privado que se hallara en una situación lo más semejante posible a la del acreedor público y que tratara de obtener el pago de las cantidades que le adeudase un deudor que se encontrara en dificultades económicas, la Comisión debe llevar a cabo una apreciación global. En el marco de dicha apreciación debe tenerse en cuenta cualquier dato pertinente en el caso concreto que le permita determinar si es manifiesto que la empresa beneficiaria no habría obtenido facilidades comparables de tal acreedor privado.⁴⁵ En ese asunto, el Tribunal de Justicia observó asimismo que se ha de estimar pertinente toda información que podría influir de forma apreciable en el proceso decisorio de un acreedor privado normalmente prudente y diligente, que se hallara en una situación lo más semejante posible a la del acreedor público y que tratara de obtener el pago de las cantidades que le adeudase un deudor que se encontrara en dificultades económicas.⁴⁶

115. Por otro lado, sin duda para limitar las obligaciones que pesan sobre la Comisión a la hora de aplicar el criterio del operador privado, el Tribunal de Justicia ha declarado que solo son pertinentes los datos disponibles y la evolución previsible al tiempo de la adopción de la decisión de realizar la inversión.⁴⁷

⁴⁴ Apartados 191 a 195 de la sentencia recurrida.

⁴⁵ Sentencia Frucona I, apartados 72 y 73 y jurisprudencia citada.

⁴⁶ Sentencia Frucona I, apartado 78.

⁴⁷ Sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), apartado 105.

116. Otra breve observación que deseo realizar antes de analizar los dos restantes motivos de casación de la Comisión guarda relación con la competencia del Tribunal de Justicia en casación: no incumbe al Tribunal de Justicia volver a evaluar los hechos o las pruebas en el contexto de un recurso de casación. En efecto, en lugar de solicitar una nueva apreciación de los hechos o de las pruebas, la Comisión aduce que, al apreciar las pruebas que obraban en autos, el Tribunal General creó un requisito nuevo que la Comisión debía cumplir en el marco de la aplicación del criterio del operador privado.

b) Competencia del Tribunal General para apreciar las pruebas obrantes en autos

117. En la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró que, al aplicar el criterio del operador privado, la Comisión debía comprobar si era manifiesto que para obtener el pago de las cantidades que se le adeudaran, un acreedor privado normalmente prudente y diligente que se hallara en una situación lo más semejante posible a la de las autoridades eslovacas no habría aceptado la propuesta de convenio de acreedores. A tal efecto, para identificar la alternativa más ventajosa, debía comparar, en función de los intereses de un acreedor privado, las ventajas y las desventajas de cada uno de estos procedimientos.⁴⁸

118. La sentencia recurrida examinó en primer lugar el procedimiento de liquidación judicial como potencial alternativa al procedimiento de convenio de acreedores. El Tribunal General analizó los coeficientes de liquidación que la Comisión aplicó en la Decisión controvertida en lo que atañe a los títulos de crédito a corto plazo y al activo no circulante (instalación de producción y maquinaria).⁴⁹ Concluyó que las pruebas que obraban en los autos del procedimiento administrativo no sustentaban de manera suficiente en Derecho la apreciación de la Comisión del rendimiento que podía obtenerse en el marco de un procedimiento de liquidación judicial. Estimó asimismo que, para subsanar ese hecho, la Comisión debería haber intentado obtener información adicional para verificar y fundamentar sus conclusiones.⁵⁰

119. A continuación, la sentencia recurrida analizó el procedimiento de ejecución fiscal. En ese contexto, el Tribunal General reiteró su opinión de que las conclusiones extraídas de la apreciación del activo no circulante y de los títulos de crédito a corto plazo no estaban sustentadas de manera suficiente en Derecho.⁵¹ Posteriormente identificó otras tres cuestiones que, desde su punto de vista, también viciaban la Decisión controvertida en relación con la apreciación del procedimiento de ejecución fiscal: la Comisión no tuvo en la debida consideración la duración de ese procedimiento al determinar los costes inherentes a él ni consideró la posibilidad de que la empresa pudiera enfrentarse a una quiebra durante ese procedimiento.⁵²

120. La Comisión sostiene que las conclusiones del Tribunal General crean un nuevo requisito que la Comisión debe cumplir al aplicar el criterio del operador privado: debe reconstruir de oficio el comportamiento del hipotético operador privado ideal, racional y plenamente informado.

121. En mi opinión, las quejas de la Comisión carecen de fundamento.

⁴⁸ Apartado 137 de la sentencia recurrida.

⁴⁹ Apartados 185 a 200 de la sentencia recurrida.

⁵⁰ Apartados 201 y 235 de la sentencia recurrida.

⁵¹ Apartados 277 y 278 de la sentencia recurrida.

⁵² Apartados 279 a 283 de la sentencia recurrida.

122. Una cuestión de particular importancia que procede mencionar llegados a este punto es que el Tribunal General no solo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos.⁵³

123. En esencia, el Tribunal General consideró que no había sido así. Llegó a esta conclusión tanto en relación con la apreciación del procedimiento de liquidación judicial como con la del procedimiento de ejecución fiscal.⁵⁴

124. En cuanto a los coeficientes de liquidación, la Comisión arguye que la sentencia recurrida no ofrece indicaciones sobre qué otra información adicional debería haber intentado obtener para alcanzar el nivel probatorio exigido. Por tanto, en su opinión, el requisito impuesto a la Comisión sería contrario al fundamento mismo del criterio del operador privado, a saber, apreciar la «actitud subjetiva» de la autoridad administrativa cuando adoptó la decisión.

125. Desde mi punto de vista, un análisis más exhaustivo de la sentencia recurrida no respalda esa opinión. De hecho, de la sentencia recurrida cabe inferir, en lo que respecta al activo no circulante, que lo que se critica de la Decisión controvertida es que no justificara la aplicación de un coeficiente de liquidación del 97%.⁵⁵ Por otra parte, en cuanto a los títulos de crédito a corto plazo, la sentencia recurrida censura que, en la Decisión controvertida, no se justificara la elección de un factor de liquidación del 59%.⁵⁶ Dicho de otro modo, el problema que identificó el Tribunal General consiste en que la Decisión controvertida se basa en presunciones no acreditadas sobre el valor de los activos de la empresa en caso de liquidación.

126. Esto enlaza con el asunto Buczek Automotive al que hace referencia la sentencia recurrida. La Comisión intenta diferenciar el presente asunto del asunto en el que recayó la sentencia Buczek Automotive. En particular, subraya que la naturaleza de los errores detectados en ese asunto no es comparable a la de los detectados en primera instancia en el presente caso: en el asunto Buczek Automotive, se determinó que, con respecto a una cuestión, el expediente administrativo no contenía pruebas que respaldaran la conclusión de la Comisión.⁵⁷ La Comisión observa además que el presente asunto es diferente porque la Decisión controvertida no intenta determinar lo que un operador privado habría hecho.

127. En primer lugar, la supuesta diferencia entre ambos asuntos es una distinción sin diferencias; a lo sumo, es una cuestión de grado. En el asunto Buczek Automotive no se había aportado ninguna prueba que respaldara la conclusión de que únicamente la liquidación permitía cobrar la deuda de forma eficiente. Asimismo, en la sentencia recurrida se declaró que la Decisión controvertida llegaba a una serie de conclusiones que no estaban respaldadas por pruebas suficientemente contundentes contenidas en el expediente administrativo.⁵⁸ En segundo lugar, en mi opinión, la Decisión controvertida sí que establece, de hecho, lo que habría hecho un operador privado. Llega a la conclusión de que un operador privado no habría aceptado la propuesta de convenio: un operador privado habría preferido una de las alternativas al convenio.⁵⁹

53 Sentencia Frucona I, apartado 76 y la jurisprudencia citada.

54 Apartados 201, 278 y 284 de la sentencia recurrida.

55 Apartado 191 de la sentencia recurrida.

56 Apartado 198 de la sentencia recurrida.

57 Sentencia de 21 de marzo de 2013, Comisión/Buczek Automotive (C-405/11 P, EU:C:2013:186), apartado 60.

58 Apartados 191, 194, 196, 199, 279 y 283 de la sentencia recurrida.

59 Considerandos 119 y 124 de la Decisión controvertida.

128. En todo caso, ha de observarse que la sentencia recurrida no se basa simplemente en la sentencia *Buczek Automotive*. También se fundamenta en principios bien asentados según los cuales la apreciación (global) de la Comisión ha de basarse en información exacta, fiable y coherente.⁶⁰ Más importante resulta aún que, como ha señalado el Tribunal de Justicia, en dicha apreciación deben tomarse en consideración todas las pruebas pertinentes que pueden ayudar a la Comisión a determinar si es manifiesto que la empresa beneficiaria no habría obtenido facilidades comparables de un acreedor privado: se ha de estimar pertinente toda información que pudiera influir de forma apreciable en el proceso decisorio de un acreedor privado normalmente prudente y diligente que se hallara en una situación lo más semejante posible a la de la autoridad administrativa.⁶¹

129. Los órganos jurisdiccionales de la Unión no deben sustituir las apreciaciones complejas realizadas por la Comisión en el ámbito de las ayudas de Estado por las suyas propias. Sin embargo, deben estar en condiciones de comprobar si dichas apreciaciones se basan en pruebas sólidas.

130. Cabría argumentar que el Tribunal General adoptó un planteamiento estricto. No obstante, en mi opinión, la Comisión no tiene razón cuando alega que la conclusión alcanzada en la sentencia recurrida supone el establecimiento de un nuevo requisito consistente en reconstruir la conducta de un hipotético operador privado ideal y racional.

131. Nada apunta a que la sentencia recurrida exija a la Comisión escudriñar más allá de la información disponible en el momento en que se adoptó la medida en cuestión. Al apreciar las pruebas que obraban en autos sobre los coeficientes de liquidación, el Tribunal General simplemente llegó a la conclusión de que las pruebas aportadas no eran suficientes para sustentar las conclusiones alcanzadas en la Decisión controvertida en relación con el cumplimiento del criterio del operador privado. Dicho de otro modo, no le convencían las pruebas presentadas para acreditar la existencia de una ventaja dado que no se había tenido en cuenta toda la información pertinente.

132. En efecto, esta situación no difiere de la analizada en el asunto *Tetra Laval* en la medida en que el Tribunal General no añadió una condición al nivel de prueba exigido en el presente asunto. Simplemente consideró que las pruebas aportadas no fundamentaban de forma convincente la postura de la Comisión.⁶²

133. Puede resultar difícil trazar con carácter general la línea que separa las conclusiones fundamentadas de aquellas que no lo están. Por esa razón debe dejarse en manos del Tribunal General la tarea de realizar la necesaria apreciación de las pruebas en el caso de que se trate, sin interferencias innecesarias del Tribunal de Justicia.

134. Lo anterior enlaza con las alegaciones de la Comisión acerca de la apreciación del procedimiento de ejecución fiscal, sobre las que procede formular las siguientes observaciones.

135. En lo que respecta a la apreciación de los activos y coeficientes de liquidación empleados, la conclusión debe ser la misma que en caso del procedimiento de liquidación judicial: a la luz de su competencia para revisar los hechos y las pruebas, el Tribunal General estaba facultado para llegar a la conclusión a la que llegó.

60 Sentencias de 15 de febrero de 2005, Comisión/*Tetra Laval* (C-12/03 P, EU:C:2005:87), apartado 39, y de 2 de septiembre de 2010, Comisión/*Scott* (C-290/07 P, EU:C:2010:480), apartado 65. Véase asimismo la sentencia *Frucona I*, apartado 76.

61 Sentencia *Frucona I*, apartado 78.

62 Véase la sentencia de 15 de febrero de 2005, Comisión/*Tetra Laval* (C-12/03 P, EU:C:2005:87), apartado 41.

136. Además, procede observar que la Comisión no ha cuestionado expresamente el análisis del Tribunal General sobre otras tres cuestiones que, en su opinión, también viciaron la Decisión controvertida: el hecho de no apreciar adecuadamente la duración del procedimiento de ejecución fiscal, los costes inherentes a dicho procedimiento y la posibilidad de que la empresa se enfrentara a una quiebra durante ese procedimiento.

137. Difícilmente puede afirmarse que un acreedor privado normalmente diligente y prudente en una situación lo más semejante posible a la de la autoridad fiscal local hubiera soslayado sin más esos factores. El Tribunal de Justicia ya declaró en la sentencia Frucona I que, en lo que atañe al procedimiento de liquidación, la duración del procedimiento es un factor que puede influir de forma apreciable en el proceso decisorio de un acreedor privado normalmente prudente y diligente.⁶³ Lo mismo ocurre en el caso del procedimiento de ejecución fiscal. Además, los costes relacionados con dicho procedimiento, así como la necesidad de considerar la posibilidad de que se produzca una quiebra durante ese procedimiento, son, sin duda, factores altamente pertinentes para cualquier acreedor normalmente prudente y diligente que trate de obtener pagos de un deudor que se encuentre en dificultades económicas. Desde mi punto de vista, esas conclusiones bastan para justificar la conclusión de que la Comisión no tuvo en cuenta toda la información pertinente a la hora de aplicar el criterio del operador privado de conformidad con la jurisprudencia derivada de la sentencia Frucona I.⁶⁴

138. Habida cuenta de que la Comisión no ha impugnado esas conclusiones alcanzadas en la sentencia recurrida, procede considerar inoperantes sus alegaciones sobre los errores relativos a la apreciación de la aplicación del criterio del operador privado en relación con el procedimiento de ejecución fiscal.

139. En conclusión, incumbe a la Comisión realizar un examen diligente e imparcial para determinar si una medida constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. Para ello, debe respaldar sus conclusiones con pruebas materialmente exactas, fiables y coherentes. Dichas pruebas deben contener toda la información pertinente que permita concluir que la medida constituye una ayuda. En el presente asunto, el Tribunal General consideró que las conclusiones alcanzadas en la Decisión controvertida sobre las ventajas e inconvenientes de las alternativas al procedimiento de convenio de acreedores no estaban basadas en toda la información pertinente. Esto no entraña añadir un nuevo requisito al nivel de prueba exigido.

140. Por lo tanto, considero que también procede desestimar los motivos de casación quinto y sexto por infundados.

F. Conclusión

141. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación y condene en costas a la Comisión.

⁶³ Sentencia Frucona I, apartado 81.

⁶⁴ Véase, en tal sentido, la sentencia Frucona I, apartado 77.