



## Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 10 de diciembre de 2020\*

«Recurso de casación — Ayudas de Estado — Sector del transporte aéreo — Servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos de Milán-Linate (Italia) y de Milán-Malpensa (Italia) — Aportaciones de capital realizadas por el gestor de esos aeropuertos en la filial de su propiedad al 100 % que presta esos servicios — Accionariado público del gestor — Decisión por la que se declaran esas medidas ayudas de Estado ilegales e incompatibles con el mercado interior — Artículo 107 TFUE, apartado 1 — Conceptos de “fondos estatales”, de “medida imputable al Estado” y de “ventaja económica” — Principio del operador privado — Criterio del inversor privado — Carga de la prueba — Apreciaciones económicas complejas — Intensidad del control jurisdiccional — Desnaturalización de las pruebas»

En el asunto C-160/19 P,

que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 22 de febrero de 2019,

**Comune di Milano**, representado por los Sres. A. Mandarano, E. Barbagiovanni, S. Grassani y L. Picciano, avvocati,

parte recurrente en casación,

y en el que la otra parte en el procedimiento es:

**Comisión Europea**, representada por la Sra. D. Recchia y por los Sres. G. Conte y D. Grespan, en calidad de agentes,

parte demandada en primera instancia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. A. Arabadjiev (Ponente), Presidente de Sala, el Sr. K. Lenaerts, Presidente del Tribunal de Justicia, en funciones de Juez de la Sala Segunda, y los Sres. M. Ilešič, A. Kumin y T. von Danwitz, Jueces;

Abogada General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sr. R. Schiano, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 4 de junio de 2020;

\* Lengua de procedimiento: italiano.

oídas las conclusiones de la Abogada General, presentadas en audiencia pública el 16 de julio de 2020;

dicta la siguiente

### **Sentencia**

- 1 Mediante su recurso de casación, el Comune di Milano (Ciudad de Milán, Italia) solicita la anulación de la sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2018, Comune di Milano/Comisión (T-167/13, en lo sucesivo, «sentencia recurrida», EU:T:2018:940), por la que este último desestimó su recurso que tenía por objeto la anulación de la Decisión (UE) 2015/1225 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, relativa a las ampliaciones de capital efectuadas por la empresa SEA SpA en favor de SEA Handling SpA [Asunto SA.21420 (C-14/10) (ex NN 25/10) (ex CP 175/06)] (DO 2015, L 201, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

### **Antecedentes del litigio**

- 2 SEA SpA es la empresa que gestiona los aeropuertos de Milán-Linate (Italia) y de Milán-Malpensa (Italia). Entre 2002 y 2010 (en lo sucesivo, «período en cuestión»), su capital pertenecía casi por completo a entes públicos, a saber, el 84,56 % a la Ciudad de Milán, el 14,56 % a la Provincia di Milano (Provincia de Milán, Italia), y el 0,88 % a otros accionistas públicos y privados. En diciembre de 2011, F2i — Fondi Italiani per le infrastrutture SGR SpA adquirió, por cuenta de dos fondos gestionados por ella, el 44,31 % del capital de SEA, constituido por una parte del capital de la Ciudad de Milán (29,75 %) y la totalidad del capital en manos de la Provincia de Milán (14,56 %).
- 3 Hasta el 1 de junio de 2002, SEA prestaba directamente los servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos de Milán-Linate y Milán-Malpensa. A raíz de la entrada en vigor del decreto legislativo n. 18 — Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità (Decreto Legislativo n.º 18, de aplicación de la Directiva 96/67/CE, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad), de 13 de enero de 1999 (suplemento ordinario a la GURI n.º 28, de 4 de febrero de 1999), SEA, de conformidad con la obligación establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad (DO 1996, L 272, p. 36), procedió a la separación contable y jurídica entre las actividades de prestación de los servicios de asistencia en tierra y sus otras actividades. A tal efecto, constituyó una nueva sociedad, totalmente controlada por ella y denominada Sea Handling SpA, a la que se encargó prestar servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos de Milán-Linate y de Milán-Malpensa a partir del 1 de junio de 2002.
- 4 El 26 de marzo de 2002, la Administración de la ciudad de Milán, la SEA y las organizaciones sindicales celebraron un acuerdo (en lo sucesivo, «acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002») en el que se estipulaba lo siguiente:

«La Administración de la ciudad de Milán [...] confirma que [...]

- la participación mayoritaria de la empresa de gestión de aeropuertos seguirá perteneciendo a SEA durante al menos cinco años,

- con respecto a los eventuales socios, SEA se compromete a mantener informadas a las organizaciones sindicales y a presentarles el plan empresarial y la estructura organizativa [...]. El acuerdo que SEA formalice con las organizaciones sindicales tendrá valor operativo tras la presentación y la negociación del citado plan con los sindicatos,
- el plan de movilidad acordado tendrá que dar solución a los eventuales excedentes, excluyendo procedimientos de despido colectivo e imponiendo a SEA la obligación de asumir los gastos que se deriven del reciclaje, reconversión, incentivos a la baja voluntaria y preparación a la jubilación del personal,
- el paso de los trabajadores a la nueva empresa se producirá sin menoscabo de los derechos adquiridos y con una garantía de empleo que cubra los próximos cinco años,
- SEA y sus eventuales socios mantendrán el equilibrio costes/beneficios y el marco económico general, preservando la capacidad de gestión y mejorando sensiblemente las posibilidades de competir adecuadamente en los mercados nacionales e internacionales,
- intervendrá ante los ministerios competentes y las autoridades aeroportuarias para que se adopten directrices capaces de garantizar el empleo en caso de transferencia a la competencia de la actividad de asistencia en tierra, en particular para responder a los compromisos de seguridad y fiabilidad adquiridos por los gestores aeroportuarios, compromisos que deben abarcar igualmente a los empleados que desarrollan las actividades de asistencia en tierra.

Por último, la Administración municipal y las organizaciones sindicales supervisarán los contenidos del presente acuerdo, verificando sus fases de ejecución mediante reuniones periódicas *ad hoc*.»

- 5 Estos compromisos fueron confirmados mediante acuerdos celebrados entre SEA y los sindicatos, en particular los días 4 de abril de 2002 y 19 de junio de 2003, cuyo contenido reproducía expresamente el del acuerdo de 26 de marzo de 2002.
- 6 Durante el período en cuestión, SEA Handling recibió de SEA subvenciones en forma de aportaciones de capital por un importe total de 359,644 millones de euros (en lo sucesivo, «medidas en cuestión»). Estas subvenciones estaban destinadas a cubrir las pérdidas de explotación de SEA Handling, que ascendieron, durante ese mismo período, a un importe total de 339,784 millones de euros, es decir, aproximadamente 43,639 millones de euros (año 2002), 49,489 millones de euros (año 2003), 47,962 millones de euros (año 2004), 42,430 millones de euros (año 2005), 44,150 millones de euros (año 2006), 59,724 millones de euros (año 2007), 52,387 millones de euros (año 2008), 29,7 millones de euros (2009), 13,4 millones de euros (año 2010).
- 7 Así, en virtud de las medidas en cuestión, SEA Handling obtuvo sucesivamente de SEA 39,965 millones de euros (año 2002), 49,132 millones de euros (año 2003), 55,236 millones de euros (año 2004), 40,229 millones de euros (año 2005), 60,439 millones de euros (año 2006), 41,559 millones de euros (año 2007), 25,271 millones de euros (año 2008) y 47,810 millones de euros (año 2009).
- 8 Mediante escrito de 13 de julio de 2006, la Comisión Europea recibió una denuncia relativa a unas supuestas medidas de ayuda de Estado concedidas a Sea Handling.

- 9 Mediante escrito de 23 de junio de 2010, la Comisión notificó a las autoridades italianas su decisión de incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 108 TFUE, apartado 2.
- 10 El 19 de diciembre de 2012, la Comisión adoptó la Decisión controvertida. En el considerando 191 de esta Decisión, consideró que los recursos utilizados para cubrir las pérdidas de SEA Handling tenían un origen público, ya que procedían de SEA, cuyo capital, durante el período objeto de examen, pertenecía en un 99,12 % a la Ciudad y a la Provincia de Milán.
- 11 En los considerandos 192 a 217 de la citada Decisión, la Comisión llegó a la conclusión de que las medidas en cuestión eran imputables al Estado italiano, a partir de un conjunto de cinco indicios que incluían, en primer lugar, los acuerdos sindicales mencionados en los apartados 4 y 5 de la presente sentencia y otros documentos; en segundo lugar, la especial dependencia de la dirección de SEA de la Ciudad de Milán; en tercer lugar, la existencia de cartas de dimisión en blanco entregadas por los administradores de SEA a la Ciudad de Milán; en cuarto lugar, la importancia de las operaciones de los aeropuertos de Milán-Malpensa y de Milán-Linate en las políticas de la Ciudad de Milán y, en quinto lugar, el carácter excepcional de las ampliaciones de capital, que debían ser aprobadas por la asamblea general de SEA. En particular, la Comisión dedujo de estos indicios la existencia de una estrategia única y de una implicación continua de las autoridades públicas italianas, circunstancia que, desde su punto de vista, la dispensaba de analizar individualmente cada una de las intervenciones.
- 12 En los considerandos 219 a 315 de la misma Decisión, la Comisión verificó el criterio del inversor privado a la luz de los elementos aportados por las autoridades italianas, por SEA y por SEA Handling, relativos 1) a una estrategia plurianual de cobertura de las pérdidas, 2) a las aportaciones de capital efectuadas durante el año 2002, 3) al contexto en el momento de la adopción de las decisiones sobre dichas aportaciones, 4) a las alternativas a la cobertura de las pérdidas, 5) a la elección del modelo comercial del grupo SEA de prestar directamente los servicios ofrecidos por SEA Handling, 6) a la reestructuración de SEA Handling y a los objetivos perseguidos a este respecto por SEA, 7) a los resultados económicos sucesivos de SEA Handling y 8) a la comparación de esos resultados con los de otros operadores. Al término de dicho examen, la Comisión concluyó que este criterio no se cumplía en relación con ninguna de las medidas en cuestión.
- 13 En la parte dispositiva de la Decisión controvertida, la Comisión consideró, en particular, que las ampliaciones de capital efectuadas por SEA en favor de SEA Handling para cada uno de los ejercicios del período en cuestión constituían ayudas estatales en el sentido del artículo 107 TFUE (artículo 1) y que dichas ayudas estatales, concedidas en infracción del artículo 108 TFUE, apartado 3, eran incompatibles con el mercado interior (artículo 2). En consecuencia, ordenó que la República Italiana procediera a recuperar del beneficiario esas ayudas (artículo 3, apartado 1).

### **Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida**

- 14 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal General el 18 de marzo de 2013, la Ciudad de Milán interpuso un recurso solicitando, con carácter principal, la anulación de la Decisión controvertida y, con carácter subsidiario, la anulación de los artículos 3 a 5 de esta.

- 15 En apoyo de su recurso, la Ciudad de Milán invocó cuatro motivos, de los cuales el primero y el segundo se basaban en infracciones del artículo 107 TFUE, apartado 1, en la medida en que la Comisión, por una parte, constató erróneamente la existencia de una transferencia de fondos estatales y que las medidas en cuestión eran imputables al Estado italiano y, por otra parte, no tuvo en cuenta el criterio del inversor privado.
- 16 Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal General desestimó el recurso y condenó en costas a la Ciudad de Milán.

### **Pretensiones de las partes**

- 17 La Ciudad de Milán solicita al Tribunal de Justicia que anule tanto la sentencia recurrida como la Decisión controvertida y que condene en costas a la Comisión.
- 18 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación y condene en costas a la Ciudad de Milán.

### **Sobre el recurso de casación**

- 19 En apoyo de su recurso de casación, la Ciudad de Milán invoca cuatro motivos, de los cuales el primero y el cuarto se basan en infracciones del artículo 107 TFUE, apartado 1, en la medida en que el Tribunal General, por una parte, declaró erróneamente la existencia de una transferencia de fondos estatales y concluyó que las medidas en cuestión eran imputables a la Ciudad de Milán y, por otra parte, no tuvo en cuenta el criterio del inversor privado. Mediante los motivos segundo y tercero, también relativos a la imputabilidad de las medidas en cuestión a la Ciudad de Milán, esta alega que el Tribunal General aplicó erróneamente los principios de la carga de la prueba y desnaturalizó los hechos y las pruebas.

### ***Sobre el primer motivo de casación, relativo al concepto de ayuda de Estado***

### ***Sobre la primera parte del primer motivo de casación, relativa al concepto de fondos estatales***

#### ***– Alegaciones de las partes***

- 20 La Ciudad de Milán alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al basarse, en los apartados 65 y 66 de la sentencia recurrida, en la participación mayoritaria de aquella en SEA y en la presunción de influencia dominante, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO 2006, L 318, p. 17), sin comprobar si la Comisión había probado la realidad de esa influencia, o incluso la gestión en favor de la Ciudad de Milán de los fondos de SEA.

- 21 Pues bien, de entrada, el hecho de que los miembros del Consejo de Administración y del Consejo de Vigilancia de SEA fueran nombrados por el accionista mayoritario no prueba en absoluto, habida cuenta de las normas del Derecho de sociedades italiano aplicable, que los medios financieros de SEA se encontraran constantemente bajo el control de las autoridades públicas.
- 22 Además, la Directiva 2006/111 se adoptó sobre la base jurídica del artículo 106 TFUE y no del artículo 107 TFUE, de modo que la lógica de esta Directiva no es pertinente para apreciar los conceptos contenidos en esta última disposición.
- 23 Por último, según la jurisprudencia, solo se cumple el requisito de un control público constante de los recursos si los fondos de que se trata están constantemente a disposición de las autoridades públicas, sobre la base de elementos concretos, lo que no sucede en el caso de autos. Así, el Tribunal de Justicia declaró en su sentencia de 13 de septiembre de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), que la mera circunstancia de que el Estado sea titular de la mayoría del capital de empresas no permite deducir de ello la existencia de una influencia dominante que permita orientar la utilización de los recursos de tales empresas. Además, hay que aportar la prueba de la existencia de instrucciones del Estado relacionadas con la gestión de los fondos empleados para la concesión de la ayuda.
- 24 La Comisión sostiene que el Tribunal General se pronunció *ultra petita* cuando analizó, en la sentencia recurrida, la existencia de una transferencia de fondos estatales, pese a que, en primera instancia, la Ciudad de Milán no había formulado ninguna alegación que cuestionase la calificación de los recursos de SEA como fondos estatales, según se desprende de los apartados 55 a 58 y 64 de la sentencia recurrida. Por lo tanto, no puede autorizarse a la Ciudad de Milán a impugnar, en el presente recurso de casación, el análisis efectuado por el Tribunal General de un motivo que no había sido invocado en primera instancia. La Comisión rebate, además, la argumentación sobre el fondo de la Ciudad de Milán.

#### – *Apreciación del Tribunal de Justicia*

- 25 Por lo que se refiere a la admisibilidad de la primera parte del primer motivo de casación, es cierto, como señala la Comisión, que el Tribunal General examinó la naturaleza estatal de los recursos de SEA transferidos a SEA Handling sin que la Ciudad de Milán hubiera formulado ante él una alegación específica a este respecto, extremo que el propio Tribunal General subrayó en el apartado 64 de la sentencia recurrida.
- 26 No obstante, como señaló la Abogada General en el punto 25 de sus conclusiones, de la demanda en primera instancia se desprende sin ambigüedad que la Ciudad de Milán se oponía, mediante la argumentación expuesta en su primer motivo, a la vez a la imputabilidad de las medidas en cuestión y al carácter estatal de los fondos empleados. De ello se deduce que, mediante las consideraciones que figuran en los apartados 65 y 66 de la sentencia recurrida, el Tribunal General no se pronunció *ultra petita*, de modo que debe desestimarse la alegación de la Comisión relativa a la inadmisibilidad de la primera parte del primer motivo de casación.
- 27 En lo que atañe a la fundamentación de esta parte, debe recordarse de entrada que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la calificación de una medida como «ayuda de Estado» en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, exige que concurren todos los requisitos siguientes. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, tal intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los

Estados miembros. En tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario. En cuarto lugar, debe falsear o amenazar con falsear la competencia (sentencia de 19 de diciembre de 2019, Arriva Italia y otros, C-385/18, EU:C:2019:1121, apartado 31 y jurisprudencia citada).

- 28 Por lo tanto, para que unas ventajas puedan ser calificadas de ayudas en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, es necesario, de conformidad con el primero de estos requisitos, por una parte, que sean otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales y, por otra parte, que sean imputables al Estado (sentencia de 18 de mayo de 2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, apartado 14 y jurisprudencia citada).
- 29 Por lo que respecta más en concreto al requisito basado en que la ventaja sea conferida directa o indirectamente mediante fondos estatales, según jurisprudencia reiterada, el concepto de «ayuda» es más general que el de «subvención», ya que comprende no solo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (sentencia de 18 de mayo de 2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, apartado 15 y jurisprudencia citada).
- 30 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 107 TFUE, apartado 1, comprende todos los medios económicos que las autoridades públicas pueden efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio del Estado. Por consiguiente, aun cuando las sumas correspondientes a la medida que se discuta no estén de manera permanente en poder de la Hacienda Pública, el hecho de que permanezcan constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes basta para que se las califique como fondos estatales (sentencia de 18 de mayo de 2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, apartado 16 y jurisprudencia citada).
- 31 En lo que atañe específicamente a las empresas públicas como SEA, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, mediante el ejercicio de su influencia dominante sobre dichas empresas, el Estado puede perfectamente orientar la utilización de los recursos de estas para financiar, en su caso, la concesión de ventajas específicas a otras empresas (sentencia de 18 de mayo de 2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, apartado 17 y jurisprudencia citada).
- 32 A este respecto, una empresa propiedad casi al 100 % de las autoridades públicas y en la cual los miembros del consejo de administración son nombrados además por dichas autoridades debe considerarse una empresa pública bajo el control del Estado, ya que dichas autoridades públicas pueden, en efecto, ejercer directa o indirectamente una influencia dominante sobre tal empresa (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión, C-482/99, EU:C:2002:294, apartados 33 y 34).
- 33 Del mismo modo, el otorgamiento de garantías por una empresa propiedad en su totalidad de un ayuntamiento implica la utilización de fondos estatales, puesto que esas garantías conllevan un riesgo económico suficientemente concreto que puede generar obligaciones para dicha empresa (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de septiembre de 2014, Commerz Nederland, C-242/13, EU:C:2014:2224, apartado 30).

- 34 Además, cuando, mediante el ejercicio de su influencia dominante sobre dichas empresas, el Estado puede perfectamente orientar la utilización de los recursos de estas para financiar, en su caso, la concesión de ventajas específicas a otras empresas, la circunstancia de que los fondos de que se trate estén gestionados por entidades distintas de la autoridad pública o sean de origen privado es irrelevante (sentencia de 9 de noviembre de 2017, Comisión/TV2/Danmark, C-656/15 P, EU:C:2017:836, apartados 47 y 48).
- 35 En el caso de autos, de esta jurisprudencia se desprende que, en los apartados 65 y 66 de la sentencia recurrida, el Tribunal General pudo deducir, sin incurrir en error de Derecho, de la circunstancia de que las participaciones sociales de SEA perteneciesen casi en su totalidad y directamente a las autoridades públicas, entre ellas la Ciudad de Milán, y que esta designase a los miembros del Consejo de Administración y del Consejo de Vigilancia de SEA, bien directamente, bien a través de su mayoría en la asamblea general de dicha sociedad, que los medios financieros concedidos por esta última a SEA Handling debían calificarse de fondos estatales.
- 36 Contrariamente a lo que sostiene la Ciudad de Milán, esta afirmación no queda desvirtuada ni por la referencia, que figura en el apartado 65 de la sentencia recurrida, al artículo 2, letra b), de la Directiva 2006/111 ni por las enseñanzas que se desprenden de la sentencia de 13 de septiembre de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671).
- 37 En efecto, por una parte, aun cuando la referencia a la Directiva 2006/111 no fuera pertinente en el caso de autos, los elementos mencionados en el apartado 35 de la presente sentencia bastarían para apoyar la conclusión del Tribunal General relativa a la implicación de fondos estatales.
- 38 Por otra parte, como señaló la Abogada General en los puntos 33 y 34 de sus conclusiones, de los apartados 27 y 31 a 35 de la sentencia de 13 de septiembre de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), resulta que las circunstancias que dieron lugar a dicha sentencia se diferencian de las que concurren en el presente procedimiento. En efecto, en la citada sentencia, se trataba de una obligación de adquisición de electricidad verde que se aplicaba indistintamente, en virtud de una intervención legislativa del Estado miembro en cuestión, tanto a los suministradores de electricidad cuyo capital pertenecía mayoritariamente al Estado como a aquellos cuyo capital pertenecía mayoritariamente a operadores privados. Así pues, la ventaja eventualmente conferida por esa intervención del Estado miembro en cuestión en su condición de legislador no se derivaba de las facultades de control que el Estado podía ejercer en su calidad de accionista mayoritario de las empresas públicas afectadas y, por tanto, no podía considerarse que, en las circunstancias mencionadas en los apartados 32 a 35 de dicha sentencia, estuviera financiada mediante fondos estatales.
- 39 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, debe desestimarse por infundada la primera parte del primer motivo de casación.

***Sobre la segunda parte del primer motivo de casación, relativa a la imputabilidad de las medidas en cuestión***

***– Alegaciones de las partes***

- 40 La Ciudad de Milán alega que el Tribunal General infringió el artículo 107 TFUE, apartado 1, al estimar, en el apartado 80 de la sentencia recurrida, que la demostración de la participación de la Ciudad de Milán en la concesión de las medidas en cuestión no exigía la práctica de una prueba positiva, sino únicamente acreditar lo improbable de la falta de intervención de esta.
- 41 La Ciudad de Milán expone a este respecto que, para evitar una sobre inclusión en el concepto de ayuda de Estado, el Tribunal de Justicia añadió al criterio de imputabilidad de vínculos orgánicos el criterio, más estricto, de la implicación activa del Estado en la adopción de las medidas de que se trate, implicación que debe ser identificable y presentar un nexo concreto de causalidad suficientemente fuerte con cada una de las medidas adoptadas. Así pues, es necesario demostrar que todas las medidas se adoptaron a iniciativa del Estado, o incluso que este intervino en la fase de concepción de estas, que ejerció efectivamente su facultad de control y que ejerció una influencia determinante en cada una de las decisiones adoptadas.
- 42 Pues bien, no existe tal demostración en el presente asunto, dado que el Tribunal General recurrió al criterio de lo improbable de una falta de intervención, de modo que este incurrió en un error manifiesto al establecer el nivel de prueba en materia de imputabilidad.
- 43 La Comisión señala, de entrada, que la Ciudad de Milán solo critica el apartado 80 de la sentencia recurrida, que se limita a repetir los principios jurisprudenciales relativos al concepto de imputabilidad expuestos en el apartado 75 de dicha sentencia, de modo que esta parte del motivo de casación es parcialmente inadmisibles o inoperante. En cualquier caso, la Comisión considera que el Tribunal General no se basó en un concepto erróneo de imputabilidad ni recurrió a presunciones negativas o aplicó un nivel de prueba erróneo.

***– Apreciación del Tribunal de Justicia***

- 44 Ante todo, procede desestimar la alegación de la Comisión basada en la inadmisibilidad de la segunda parte del primer motivo de casación, ya que la Ciudad de Milán impugna inequívocamente los principios jurídicos en los que se basó el Tribunal General para imputar a la Ciudad de Milán el comportamiento de SEA. A este respecto, carece de pertinencia, como tal, saber si el Tribunal General invocó esos mismos principios en diversas partes de la sentencia recurrida.
- 45 En cuanto al fondo, en el apartado 28 de la presente sentencia se ha recordado que, para que unas ventajas puedan ser calificadas de ayudas en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, es necesario, de conformidad con el primero de los requisitos expuestos en dicha disposición, por una parte, que sean otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales y, por otra, que sean imputables al Estado.
- 46 Por lo que se refiere más en concreto al requisito relativo a la imputabilidad al Estado de una medida que concede ventajas, adoptada por una empresa pública, hay que recordar que la imputabilidad no puede deducirse del mero hecho de que las ventajas fuesen otorgadas por una empresa pública controlada por el Estado. En efecto, aunque el Estado esté en condiciones de

controlar una empresa pública y ejercer una influencia determinante sobre sus actividades, no puede presumirse automáticamente el ejercicio efectivo de ese control en un caso concreto. Resulta necesario analizar además si resulta procedente la conclusión de que las autoridades públicas intervinieron de algún modo en la adopción de dichas medidas (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de septiembre de 2014, *Commerz Nederland*, C-242/13, EU:C:2014:2224, apartado 31 y jurisprudencia citada).

- 47 A este respecto, no cabe exigir una demostración, basada en instrucciones concretas, de que las autoridades públicas incitaron específicamente a la empresa pública a adoptar las medidas de ayuda de que se trate. En efecto, la imputabilidad al Estado de una medida de ayuda adoptada por una empresa pública puede deducirse de un conjunto de indicios derivados de las circunstancias del asunto y del contexto en el que se produjo la medida (sentencias de 17 de septiembre de 2014, *Commerz Nederland*, C-242/13, EU:C:2014:2224, apartado 32 y jurisprudencia citada, y de 18 de mayo de 2017, *Fondul Proprietatea*, C-150/16, EU:C:2017:388, apartado 18 y jurisprudencia citada).
- 48 En particular, resulta pertinente cualquier indicio o bien de la intervención de las autoridades públicas en el caso concreto o de lo improbable de su falta de intervención en la adopción de la medida, habida cuenta igualmente del alcance de esta, de su contenido o de las condiciones que establezca, o bien de la falta de intervención de dichas autoridades en la adopción de esa medida (sentencia de 17 de septiembre de 2014, *Commerz Nederland*, C-242/13, EU:C:2014:2224, apartado 33 y jurisprudencia citada).
- 49 Del mismo modo, el mero hecho de que una empresa pública haya adoptado la forma de sociedad de capital de Derecho común, con la autonomía que esta forma jurídica puede conferirle, no basta para excluir que las medidas de ayuda adoptadas por tal sociedad sean imputables al Estado. En efecto, la existencia de una situación de control y las posibilidades reales de ejercicio de una influencia dominante que esta conlleva en la práctica impiden excluir de entrada toda posibilidad de imputar al Estado una medida adoptada por una sociedad de estas características, así como excluir, en consecuencia, el riesgo de elusión de las normas del Tratado sobre ayudas de Estado, pese a la pertinencia que de por sí tiene la forma jurídica de la empresa pública entre los indicios que permiten demostrar o no la intervención del Estado en un caso concreto (sentencia de 18 de mayo de 2017, *Fondul Proprietatea*, C-150/16, EU:C:2017:388, apartado 20 y jurisprudencia citada).
- 50 En el caso de autos, es preciso señalar que el Tribunal General, al comprobar, en los apartados 80 a 88 de la sentencia recurrida, si los indicios invocados por la Comisión en los considerandos 195 a 200 de la Decisión controvertida permitían presumir que la Ciudad de Milán había intervenido en la adopción de las medidas en cuestión, aplicó los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia recordada en los apartados 46 a 49 de la presente sentencia.
- 51 Por una parte, de estos principios se desprende, en particular, que, contrariamente a lo que afirma la Ciudad de Milán, no incumbía a la Comisión demostrar que las autoridades públicas habían incitado concretamente a la empresa pública a adoptar las medidas en cuestión ni correspondía al Tribunal General asegurarse de ello.
- 52 Por otra parte, no es necesario pronunciarse sobre si, en virtud de la jurisprudencia recordada en el apartado 48 de la presente sentencia, la Comisión podía basarse exclusivamente en indicios que indicaran, en el caso concreto, lo improbable de una falta de intervención de las autoridades públicas. Como señaló la Abogada General en los considerandos 38 a 44 de sus conclusiones, la

argumentación de la Ciudad de Milán procede de una interpretación incorrecta de la sentencia recurrida según la cual el Tribunal General admitió que la Comisión podía basar la apreciación de la imputabilidad de las medidas en cuestión exclusivamente en lo improbable de que la Ciudad de Milán no hubiera intervenido en su adopción.

- 53 En efecto, de entrada, en los apartados 80 a 83 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró, en primer término, que los términos del acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002 creaban una obligación clara y precisa para SEA de compensar, al menos durante un período de cinco años, las pérdidas de SEA Handling. En segundo término, consideró que, mediante la firma de dicho acuerdo, la Ciudad de Milán había dado formalmente su aprobación, incluso en su calidad de accionista mayoritario de SEA, no solo por lo que respecta a la imposición de esta obligación, sino también en lo relativo a su observancia y a su aplicación posteriores por parte de SEA. En tercer término, el Tribunal General dedujo de ello que la participación activa de la Ciudad de Milán en la negociación y en la celebración del citado acuerdo constituía una prueba clave de la intervención de las autoridades italianas en la concesión de las medidas en cuestión.
- 54 Asimismo, en los apartados 84 a 87 de la sentencia recurrida, el Tribunal General atribuyó, en su apreciación de los hechos, un valor probatorio positivo a las actas de las reuniones del Consejo de Administración de SEA Handling, al hecho de que el alcalde de Milán hubiera solicitado y obtenido la dimisión del presidente del Consejo de Administración de SEA durante el año 2006 y a la existencia de cartas de dimisión en blanco que los miembros del Consejo de Administración habían remitido a dicho alcalde.
- 55 Por último, en el apartado 88 de la sentencia recurrida, el Tribunal General confirmó la apreciación del carácter de «decisiones importantes» de las medidas en cuestión realizada por la Comisión en el considerando 210 de la Decisión impugnada, circunstancia de la cual esta dedujo, en particular, en el mismo considerando, lo improbable de que la Ciudad de Milán no hubiera intervenido en la adopción de tales medidas.
- 56 Por lo tanto, de los apartados 80 a 88 de la sentencia recurrida se desprende claramente que el Tribunal General constató la existencia de indicios positivos que ponían de manifiesto, en el caso concreto, la intervención de la Ciudad de Milán en la adopción de dichas medidas y que, sobre la base de esos indicios positivos, admitió que la Comisión también podía apoyarse en lo improbable de la falta de intervención de la Ciudad de Milán en la adopción, al menos, de algunas de las medidas en cuestión durante el período posterior a la celebración del acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002.
- 57 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, deben desestimarse por infundados la segunda parte de este motivo y, por tanto, el primer motivo de casación en su totalidad.

***Sobre el segundo motivo de casación, relativo a los principios de la carga de la prueba***

***Sobre la primera parte del segundo motivo de casación, relativa a la carga de la prueba supuestamente desigual***

***– Alegaciones de las partes***

- 58 La Ciudad de Milán sostiene que el Tribunal General no llevó a cabo un examen minucioso de las pruebas aportadas por aquella cuando, en los apartados 89 a 94 de la sentencia recurrida, de manera sucinta y limitándose a reproducir textualmente las consideraciones de la Decisión controvertida, rechazó los elementos presentados por considerarlos insuficientes para refutar lo improbable de la falta de intervención de la Ciudad de Milán en las medidas en cuestión.
- 59 Pues bien, al actuar de este modo, el Tribunal General permitió a la Comisión basarse en la prueba negativa de lo improbable de una falta de intervención, mientras que impuso a la Ciudad de Milán pruebas positivas y ciertas de la falta de intervención, lo que tuvo como efecto someterla a una *probatio diabolica*.
- 60 Prueba de ello es, en particular, el apartado 82 de la sentencia recurrida, en el que el Tribunal General rechazó la alegación de la Ciudad de Milán de que esta solo intervino en la celebración del acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002 en calidad de mediador político, pese a que esta circunstancia fue demostrada mediante declaraciones juradas *ad hoc* de los representantes sindicales. Además de no conceder valor alguno a estas declaraciones, el Tribunal General consideró irrelevante que la firma estampada en dicho acuerdo fuera la del teniente de alcalde responsable de personal y empleo, y no la del teniente de alcalde responsable de presupuesto.
- 61 La Comisión estima que debe declararse la inadmisibilidad de la alegación de la Ciudad de Milán, que insta al Tribunal de Justicia a proceder a una nueva apreciación de los hechos. En cualquier caso, el Tribunal General no imposibilitó la prueba de la no imputabilidad ni aplicó una carga desigual de la prueba, sino que apreció con diligencia tanto los indicios de imputabilidad como los indicios de inimputabilidad.

***– Apreciación del Tribunal de Justicia***

- 62 En la medida en que la Ciudad de Milán reprocha al Tribunal General haber basado la declaración de la imputabilidad de las medidas en cuestión exclusivamente en lo improbable de la falta de intervención de aquella en la adopción de tales medidas, ya se ha señalado, en los apartados 52 y 56 de la presente sentencia, que esta alegación procede de una interpretación errónea de la sentencia recurrida, ya que el Tribunal General declaró, en los apartados 80 a 88 de la sentencia recurrida, la existencia de indicios positivos que indicaban concretamente la intervención de la Ciudad de Milán en la adopción de las medidas en cuestión.
- 63 Además, como señaló la Abogada General en el punto 48 de sus conclusiones, el Tribunal General examinó del mismo modo, a la luz de los principios desarrollados por la jurisprudencia, los indicios invocados por la Ciudad de Milán y que tenían por objeto, según esta, demostrar que no intervino en la adopción de dichas medidas.

- 64 Así pues, respecto de cada uno de los indicios aportados por la Comisión o por la Ciudad de Milán, el Tribunal General examinó los elementos a favor y en contra del valor probatorio de esos indicios y la importancia que cabía otorgarles. De ello se deduce que el Tribunal General examinó equitativamente las alegaciones y las pruebas presentadas por las partes y que llegó a su conclusión tras un análisis detallado de todos los elementos aportados.
- 65 En consecuencia, como señaló la Abogada General en el punto 49 de sus conclusiones, la desestimación por el Tribunal General de la argumentación de la Ciudad de Milán no se debe, contrariamente a lo que esta sostiene, ni a la imposición por el Tribunal General de la obligación de aportar pruebas positivas y ciertas de su falta de intervención en la adopción de las medidas en cuestión ni a la aplicación por este de una carga de la prueba desigual, sino a la apreciación por el Tribunal General del valor probatorio de cada uno de los indicios aportados.
- 66 Por último, en la medida en que la Ciudad de Milán pretenda impugnar, mediante la argumentación resumida en el apartado 60 de la presente sentencia, esta apreciación del Tribunal General, debe considerarse, como alega acertadamente la Comisión, que pretende obtener con ello una nueva apreciación de los hechos, lo cual excede de la competencia del Tribunal de Justicia (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de noviembre de 2016, Comisión/Francia y Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, apartado 97).
- 67 De ello se desprende que debe desestimarse la primera parte del segundo motivo de casación por ser en parte inadmisibles y en parte infundada.

***Sobre la segunda parte del segundo motivo de casación, relativa al objeto de la prueba que debe aportarse***

***– Alegaciones de las partes***

- 68 La Ciudad de Milán considera que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al estimar, en los apartados 73 y 83 de la sentencia recurrida, que la Comisión podía apreciar fundadamente que la participación activa acreditada de la Ciudad de Milán en la celebración del acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002 era suficiente, como tal, para justificar que se la considerara implicada en la concesión de las medidas en cuestión, que debían considerarse una intervención única.
- 69 La Ciudad de Milán considera que, según la jurisprudencia, la Comisión estaba obligada a demostrar la imputabilidad de cada una de las medidas de recapitalización adoptadas en el período en cuestión, por cuanto estas diversas medidas eran totalmente distintas unas de otras. Si bien el Tribunal de Justicia ha admitido que varias intervenciones consecutivas del Estado pueden considerarse una única intervención, ello es a condición de que estas presenten, a la luz de su cronología, de su finalidad y de la situación de la empresa, vínculos tan estrechos entre sí que sea imposible disociarlas. Por otro lado, el Tribunal General extendió erróneamente a la imputabilidad de una medida esta jurisprudencia relativa a los criterios de los fondos estatales y del operador privado.
- 70 A este respecto, la Ciudad de Milán indica haber comenzado señalando al Tribunal General que los supuestos indicios de imputabilidad eran escasos, de calidad insatisfactoria y sin relación directa con las medidas en cuestión. Además, alega que es incorrecto afirmar que las autoridades italianas y SEA admitiesen la existencia de una estrategia plurianual de cobertura de las pérdidas de SEA Handling durante el período necesario para la reestructuración de esta, ya que las

afirmaciones de que se trata se refieren únicamente a una estrategia de saneamiento de SEA Handling. Por último, las recapitalizaciones siempre tuvieron lugar en contextos que no tenían carácter coherente.

- 71 La Comisión replica que iría en contra de los términos y de la lógica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los requisitos exigidos para que varias intervenciones consecutivas del Estado puedan considerarse una única intervención limitar dicha jurisprudencia únicamente a los criterios de los fondos estatales y del operador privado. Por lo demás, la Comisión indica que la Ciudad de Milán se limita a solicitar al Tribunal de Justicia una nueva apreciación de los hechos, lo cual es inadmisibles en la fase de casación.

– *Apreciación del Tribunal de Justicia*

- 72 Según reiterada jurisprudencia, dado que las intervenciones estatales adoptan formas diversas y deben analizarse en función de sus efectos, no puede descartarse que, a efectos de la aplicación del artículo 107 TFUE, apartado 1, varias intervenciones consecutivas del Estado deban considerarse una única intervención. Puede ser así especialmente cuando, a la luz de su cronología, de su finalidad y de la situación de la empresa en el momento de las intervenciones, las intervenciones consecutivas tienen vínculos tan estrechos entre sí que resulta imposible disociarlas (sentencias de 4 de junio de 2015, Comisión/MOL, C-15/14 P, EU:C:2015:362, apartado 97 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 33 y jurisprudencia citada).
- 73 Pues bien, en la medida en que esta jurisprudencia tiene por objeto, a efectos de la aplicación del artículo 107 TFUE, apartado 1, las intervenciones estatales como tales e implica que estas deben analizarse de manera objetiva en función de sus efectos, no puede aplicarse exclusivamente a algunos de los criterios enunciados en dicha disposición. Por consiguiente, como señaló la Abogada General en el punto 54 de sus conclusiones, la citada jurisprudencia puede aplicarse también al criterio de la imputabilidad al Estado de tales intervenciones.
- 74 De ello se deduce que, contrariamente a lo que sostiene la Ciudad de Milán, el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al referirse, en el apartado 71 de la sentencia recurrida, a esa misma jurisprudencia y al aplicarla posteriormente en el marco del análisis de la imputabilidad de las medidas en cuestión a la Ciudad de Milán.
- 75 Por lo demás, como alega acertadamente la Comisión, la Ciudad de Milán se limita a solicitar, mediante la argumentación resumida en el apartado 70 de la presente sentencia, una nueva apreciación de los hechos en relación con la efectuada por el Tribunal General en los apartados 72 a 73 de la sentencia recurrida, lo cual, como se desprende de la jurisprudencia citada en el apartado 66 de la presente sentencia, no es admisible en la fase de casación.
- 76 En consecuencia, deben desestimarse la segunda parte del segundo motivo de casación y, por tanto, este motivo de casación en su totalidad, por ser en parte inadmisibles y en parte infundados.

## ***Sobre el tercer motivo de casación, basado en la desnaturalización de los elementos de prueba***

### ***Alegaciones de las partes***

- 77 La Ciudad de Milán afirma que el Tribunal General desnaturalizó el acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002 al considerar, en el apartado 77 de la sentencia recurrida, que dicho acuerdo establecía una obligación clara y precisa que incumbía a SEA de mantener, durante un período de al menos cinco años, el equilibrio costes/beneficios y el marco económico general de SEA Handling y al deducir de ello que, en virtud de esa obligación, SEA estaba obligada a compensar las eventuales pérdidas de SEA Handling que pudieran afectar a la continuidad de la actividad económica de esta.
- 78 La Ciudad de Milán explica a este respecto que dicho acuerdo no impuso a SEA ninguna obligación de recapitalizar SEA Handling, ya que no menciona ni pérdidas ni recapitalizaciones, ni tan siquiera compromisos de SEA en caso de que se produzcan tales acontecimientos. Por lo tanto, el Tribunal General procedió, a la luz de las recapitalizaciones posteriores, a una interpretación retroactiva y, por ello, no se situó en el contexto de la celebración del citado acuerdo. Pues bien, según los términos de este, SEA Handling fue creada con el fin de permitir el ejercicio de una competencia en los demás aeropuertos italianos y, por ende, con la perspectiva de un escenario positivo de crecimiento.
- 79 La Ciudad de Milán precisa que, si bien «confirmó», en una cláusula del acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002, que se mantendría el «equilibrio costes/beneficios y el marco económico general» de SEA Handling, tal cláusula figuraba entre la relativa a la reducción de los efectivos y la relativa a la expansión de las actividades de SEA Handling hacia otros mercados, ya que dichas medidas debían permitir evitar las recapitalizaciones. Además, el citado acuerdo hacía referencia a la posible entrada de accionistas en el capital de SEA Handling, para reforzar sus perspectivas positivas. Por último, en él se afirmaba que se mantendrían las capacidades de gestión de SEA Handling con el fin de mejorar aún más sus opciones de competir efectivamente en los mercados nacionales e internacionales.
- 80 De ello se deduce que la Ciudad de Milán no asumió, en el acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002, ningún compromiso material o jurídico vinculado a las recapitalizaciones.
- 81 La Comisión estima que la Ciudad de Milán se limita a impugnar, so pretexto de una supuesta desnaturalización, la apreciación realizada por el Tribunal General de los indicios de imputabilidad a la Ciudad de Milán del comportamiento de SEA, lo que, a su juicio, hace inadmisibles estas alegaciones. En cualquier caso, considera que tal motivo de casación carece de todo fundamento.

### ***Apreciación del Tribunal de Justicia***

- 82 Del artículo 256 TFUE, apartado 1, párrafo segundo, y del artículo 58, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se deduce, por una parte, que el Tribunal General es el único competente para determinar los hechos, salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones se desprenda de los documentos que obran en autos,

y, por otra parte, que es el único competente para apreciar esos hechos (sentencia de 30 de noviembre de 2016, Comisión/Francia y Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, apartado 97 y jurisprudencia citada).

- 83 Por lo tanto, salvo en caso de desnaturalización de los elementos de prueba aportados ante el Tribunal General, la apreciación de los hechos no constituye una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia (sentencia de 30 de noviembre de 2016, Comisión/Francia y Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, apartado 98 y jurisprudencia citada).
- 84 Cuando un recurrente alega la desnaturalización de elementos de prueba por parte del Tribunal General, el artículo 256 TFUE, el artículo 58, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el artículo 168, apartado 1, letra d), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia lo obligan a indicar con precisión los elementos de prueba que en su opinión desnaturalizó el Tribunal General y a demostrar los errores de análisis que a su juicio llevaron al Tribunal General a incurrir en esa desnaturalización. Por otro lado, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que la desnaturalización debe resultar manifiesta a la vista de los documentos que obran en autos, sin necesidad de efectuar una nueva apreciación de los hechos y de las pruebas (sentencia de 30 de noviembre de 2016, Comisión/Francia y Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, apartado 99 y jurisprudencia citada).
- 85 En el presente caso, el Tribunal General señaló, en el apartado 77 de la sentencia recurrida, que SEA había asumido, a tenor del acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002, la obligación clara y precisa de mantener, durante un período de al menos cinco años, «el equilibrio costes/[beneficios] y el marco económico [general]» de Sea Handling «salvaguardando [sus] capacidades de gestión y mejorando considerablemente [sus] posibilidades de operar en los mercados nacionales e internacionales».
- 86 Por consiguiente, es preciso señalar que los términos del acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002 permiten la interpretación adoptada por el Tribunal General en el apartado 77 de la sentencia recurrida, según la cual SEA debía, en virtud de dicha obligación, compensar eventuales pérdidas de SEA Handling que pudieran afectar a la continuidad de la actividad económica de esta. Esta interpretación se ve corroborada, además, como declaró el Tribunal General en el mismo apartado, por los acuerdos sindicales posteriores a los que se hace referencia en el apartado 5 de la presente sentencia, de modo que la desnaturalización alegada no resulta, en cualquier caso, manifiestamente de los documentos que obran en autos.
- 87 Por lo demás, basta con señalar, como alega acertadamente la Comisión y como señaló la Abogada General en los puntos 65 a 68 de sus conclusiones, que la Ciudad de Milán se limita a impugnar, so pretexto de una supuesta desnaturalización de dicho acuerdo, la apreciación por el Tribunal General de esa prueba cuando sostiene que este no se situó en el contexto de la celebración del citado acuerdo.
- 88 Por consiguiente, debe desestimarse el tercer motivo de casación por ser en parte inadmisibles y en parte infundados.

### ***Sobre el cuarto motivo, relativo al criterio del inversor privado***

#### ***Alegaciones de las partes***

- 89 La Ciudad de Milán invoca una calificación errónea de los hechos realizada por el Tribunal General en los apartados 97, 107 y 108 de la sentencia recurrida, por la que no tuvo en cuenta el criterio del inversor privado.
- 90 En primer término, la Ciudad de Milán considera que el segundo motivo del recurso de casación demuestra que ni el acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002 ni ningún otro documento permiten deducir la existencia de una estrategia de cobertura de las pérdidas de SEA Handling por SEA.
- 91 En segundo término, aduce que el Tribunal General no se situó, para apreciar el criterio del inversor privado, en el contexto de la situación particular de SEA en aquel momento, situación que se distinguía de la de un inversor privado genérico, ya que esta sociedad tiene una concesión exclusiva para la gestión de los aeropuertos de Milán hasta el año 2041 y operaba, por tanto, con un bajo riesgo y con una perspectiva de rentabilidad de sus inversiones a muy largo plazo.
- 92 La Ciudad de Milán afirma que el error cometido por el Tribunal General reside en la importancia que este atribuyó a la falta de estudios económicos coetáneos que demostrasen un examen minucioso de la rentabilidad de las recapitalizaciones de SEA Handling y del tiempo de amortización de la inversión, según un análisis de los costes y de las ventajas. Ello se desprende, en particular, del apartado 114 de la sentencia recurrida, en el que el Tribunal General descartó erróneamente la pertinencia de un estudio económico aportado por la Ciudad de Milán por el mero hecho de haber sido elaborado con posterioridad a la adopción de las medidas en cuestión.
- 93 En efecto, la jurisprudencia no exige que los elementos de prueba relativos a la racionalidad económica de una medida sean coetáneos a la adopción de esta, sino que la apreciación de dicha medida a la luz de ese criterio se sitúe en el contexto de su adopción, de modo que es la perspectiva adoptada en el estudio económico la que debe ser *ex ante* y no el estudio económico como tal. En efecto, sería absurdo imponer a una empresa privada, como hizo el Tribunal General, la obligación de demostrar la existencia de un documento que corroborara sus previsiones como condición *sine qua non* para poder beneficiarse del criterio del inversor privado.
- 94 A este respecto, la Ciudad de Milán recuerda que, durante el año 2002, las perspectivas de SEA Handling eran positivas y que una serie de acontecimientos exógenos e imprevisibles acaecidos posteriormente retrasaron su proceso de saneamiento. Así pues, SEA no necesitaba realizar nuevas apreciaciones específicas de la rentabilidad de cada recapitalización y tampoco estaba obligada por el Derecho nacional a justificar por escrito, con la ayuda de economistas terceros, la racionalidad de sus intervenciones. En particular, dado que el problema de SEA Handling estaba relacionado, esencialmente, con el coste de la mano de obra, no había ninguna razón para encargar estudios económicos.
- 95 En tercer término, según la Ciudad de Milán, el Tribunal General consideró erróneamente que las apreciaciones económicas complejas realizadas por la Comisión solo están sujetas a un control limitado por parte del juez de la Unión. En efecto, según la jurisprudencia, incumbe a este, en particular, efectuar un control exhaustivo y completo de hecho y de Derecho, relativo, en particular, a la interpretación por la Comisión de datos de carácter económico.

- 96 En cuarto término, la Ciudad de Milán reprocha al Tribunal General que hiciese recaer sobre ella la carga de la prueba del criterio del inversor privado, ya que la Comisión, por su parte, no había demostrado nada a este respecto. En efecto, como la Comisión admitió ante el Tribunal General, esta no llevó a cabo ningún estudio del mercado de los servicios de asistencia aeroportuaria ni ningún estudio económico sobre este criterio o un análisis de los resultados económicos de otros operadores comparables. Tampoco indicó las medidas que SEA debería haber adoptado en virtud de dicho criterio.
- 97 Contrariamente a lo prescrito por la jurisprudencia, la Comisión, a falta de elementos que pudiesen demostrar positivamente la existencia de una ventaja, supuso que SEA Handling disfrutó de tal ventaja basándose en una presunción negativa, fundada en la inexistencia de información que permitiera llegar a la conclusión contraria. Por lo tanto, al no haber comprobado si la Comisión había tenido en cuenta, en su apreciación, todos los elementos pertinentes, el Tribunal General incurrió en errores de Derecho.
- 98 La Comisión cuestiona el carácter fundado de la argumentación de la Ciudad de Milán.

### *Apreciación del Tribunal de Justicia*

- 99 En primer lugar, procede señalar que la argumentación de la Ciudad de Milán resumida en el apartado 90 de la presente sentencia se limita a repetir la expuesta en el segundo motivo de casación, de modo que, por las mismas razones que se han expuesto en el apartado 75 de la presente sentencia, no puede prosperar.
- 100 En segundo lugar, respecto a la argumentación resumida en el apartado 95 de la presente sentencia relativa al control judicial que incumbe al Tribunal General, según jurisprudencia consolidada, el examen que corresponde llevar a cabo a la Comisión al aplicar el principio del operador privado requiere proceder a una apreciación económica compleja y, en el marco del control que los órganos jurisdiccionales de la Unión ejercen sobre las apreciaciones económicas complejas realizadas por la Comisión en materia de ayudas de Estado, no corresponde al juez de la Unión sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia (sentencia de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 39).
- 101 Por consiguiente, el Tribunal General no incurrió en error de Derecho en la sentencia recurrida al limitarse a comprobar si las apreciaciones de la Comisión sobre la aplicación del criterio del inversor privado adolecían de un error manifiesto de apreciación.
- 102 Contrariamente a lo que sostiene la Ciudad de Milán, no puede extraerse ninguna otra conclusión de la jurisprudencia derivada de las sentencias de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión (C-272/09 P, EU:C:2011:810), y de 8 de diciembre de 2011, Chalkor/Comisión (C-386/10 P, EU:C:2011:815). En efecto, como señaló la Abogada General, en esencia, en el punto 80 de sus conclusiones, esa jurisprudencia, que se refiere al control jurisdiccional de las decisiones de la Comisión por las que se declaran infracciones de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE y se imponen, en su caso, sanciones pecuniarias por dichas infracciones, no es aplicable tal cual al control jurisdiccional de las decisiones de la Comisión en materia de ayudas de Estado.
- 103 En tercer lugar, por lo que se refiere al supuesto incumplimiento por el Tribunal General, en los apartados 113 a 117 de la sentencia recurrida, del reparto de la carga de la prueba, es preciso recordar que el concepto de «ayuda», en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, no puede

incluir una medida concedida a una empresa mediante recursos estatales cuando esta podría haber obtenido la misma ventaja en circunstancias que correspondan a las condiciones normales del mercado. Por consiguiente, la apreciación de las circunstancias en las que se concedió dicha ventaja se realiza, en principio, mediante la aplicación del principio del operador privado (sentencia de 6 de marzo de 2018, Comisión/FIH Holding y FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, EU:C:2018:159, apartado 45 y jurisprudencia citada).

- 104 A este respecto, cuando se advierte que el criterio del inversor privado podría ser aplicable, incumbe a la Comisión solicitar al Estado miembro interesado que le presente toda la información pertinente que le permita comprobar si concurren las condiciones de aplicabilidad y de aplicación de ese criterio (sentencias de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, apartado 104, y de 6 de marzo de 2018, Comisión/FIH Holding y FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, EU:C:2018:159, apartado 47).
- 105 En efecto, la aplicación del criterio del inversor privado trata de determinar si la ventaja económica concedida bajo cualquier forma mediante recursos del Estado a una empresa pública puede falsear o amenaza falsear la competencia por sus efectos, y afectar a los intercambios entre Estados miembros (sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, apartado 89). En consecuencia, no procede verificar si un inversor privado hubiera actuado exactamente de la misma manera que el inversor público, sino si hubiera aportado en condiciones similares un importe igual al concedido por el inversor público (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, apartado 95).
- 106 Para apreciar si la misma medida se habría adoptado en condiciones normales de mercado por un inversor privado que se encontrara en una situación lo más similar posible a la del Estado, solo se deben tener en cuenta los beneficios y las obligaciones ligados a la situación de este último en calidad de accionista, con exclusión de los que le correspondan como poder público (sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, apartado 79). Si un Estado miembro invoca el criterio del inversor privado 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 accionista (sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, apartado 82).
- 107 Esos factores deben poner de manifiesto con claridad que el Estado miembro interesado ha adoptado, con anterioridad o al mismo tiempo que la concesión de la ventaja económica, la decisión de realizar una inversión en la empresa pública de que se trata a través de la medida efectivamente ejecutada. Sobre ese aspecto pueden ser necesarios en particular factores que pongan de manifiesto que esa decisión se funda en evaluaciones económicas comparables a las que, en las circunstancias del caso, habría efectuado un inversor privado racional que se hallara en una situación lo más similar posible a la del Estado miembro referido, antes de llevar a cabo dicha inversión, con el fin de determinar la rentabilidad futura de esta (sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, apartados 83 y 84).
- 108 En el caso de autos, como señaló la Abogada General en el punto 101 de sus conclusiones, de la Decisión controvertida y de la sentencia recurrida se desprende inequívocamente que la Comisión aplicó el principio del operador privado en dicha Decisión y que la aplicabilidad, en el caso de autos, del criterio del inversor privado no fue objeto de debate ni ante la Comisión ni ante el Tribunal General, extremo que la propia Comisión confirmó en la vista ante el Tribunal de Justicia.

- 109 Por lo que respecta a la aplicación del criterio del inversor privado, este figura entre los aspectos que la Comisión está obligada a considerar para determinar la existencia de una ayuda, por lo que no constituye una excepción que se aplica solo a petición de un Estado miembro, cuando se declara que se cumplen los elementos constitutivos del concepto de «ayuda de Estado» que figura en el artículo 107 TFUE, apartado 1 (sentencias de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, apartado 103, y de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 64 y jurisprudencia citada).
- 110 Por lo tanto, recae sobre la Comisión la carga de la prueba, teniendo en cuenta, en particular, la información facilitada por el Estado miembro de que se trate, de que no concurren los requisitos de aplicación del principio del operador privado, de modo que la intervención estatal en cuestión confiere una ventaja en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1 (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 65 y jurisprudencia citada).
- 111 A este respecto, es preciso señalar que la Comisión no puede suponer, en el marco de una decisión que dé por concluido el procedimiento de investigación formal con arreglo al artículo 7 del Reglamento n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo [108 TFUE] (DO 1999, L 83, p. 1), que una empresa ha disfrutado de una ventaja que constituye una ayuda de Estado basándose en una mera presunción negativa, fundada en la inexistencia de información que permita llegar a la conclusión contraria, a falta de otros datos que puedan acreditar positivamente la existencia de una ventaja semejante (sentencias de 17 de septiembre de 2009, Comisión/MTU Friedrichshafen, C-520/07 P, EU:C:2009:557, apartado 58, y de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 70 y jurisprudencia citada).
- 112 Sin embargo, según la jurisprudencia, solo son pertinentes para esa aplicación del criterio del inversor privado los datos disponibles y la evolución previsible al tiempo de la adopción de la decisión de realizar la inversión (sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, apartado 105). De hecho, dado que la Comisión no tiene conocimiento directo de las circunstancias en las que se ha adoptado una decisión de inversión, esta debe apoyarse a efectos de la aplicación de ese criterio, en gran medida, en los aspectos objetivos y verificables aportados por el Estado miembro de que se trate para demostrar que la medida ejecutada corresponde a su condición de accionista y, por tanto, que dicho criterio es aplicable, de conformidad con la jurisprudencia citada en los apartados 106 y 107.
- 113 Por consiguiente, habida cuenta de que procede tener en cuenta la decisión que habría tomado el inversor privado en el momento en que se realizó la inversión, la falta de una evaluación previa, aunque no sea determinante en sí misma, puede constituir un elemento pertinente para controlar las apreciaciones económicas complejas que la Comisión debe realizar al aplicar el criterio del inversor privado.
- 114 En efecto, cuando las aportaciones de capital de un inversor público prescinden de toda perspectiva de rentabilidad, incluso a largo plazo, no pueden considerarse conformes al criterio del inversor privado y deben ser consideradas como ayudas en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión, C-303/88, EU:C:1991:136, apartado 22, y de 6 de marzo de 2018, Comisión/FIH Holding y FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, EU:C:2018:159, apartado 61).

- 115 A este respecto, incumbe al Tribunal General asegurarse, como se ha recordado en los apartados 100 y 101 de la presente sentencia, de que tales apreciaciones económicas complejas de la Comisión no adolecen de un error manifiesto de apreciación, lo que implica que no solo debe comprobar 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 ellos (sentencia de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 41 y jurisprudencia citada).
- 116 En el caso de autos, como señaló la Abogada General en los puntos 103 y 104 de sus conclusiones, la apreciación que figura en los apartados 113 a 117 de la sentencia recurrida, con independencia de los términos utilizados en ellos, no pone de manifiesto que el Tribunal General haya incumplido las normas relativas al reparto de la carga de la prueba en lo que atañe al criterio del inversor privado.
- 117 En efecto, del análisis que figura en los apartados 85 y 86 de la presente sentencia se desprende que el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al declarar que, en el marco del acuerdo sindical de 26 de marzo de 2002, SEA se había comprometido a compensar, durante un período de al menos cinco años, posibles pérdidas de SEA Handling que pudieran afectar a la continuidad de la actividad económica de esta. Pues bien, como señaló la Abogada General en los puntos 105 y 106 de sus conclusiones, un inversor privado no habría asumido tal compromiso sin haber realizado previamente una evaluación apropiada de la rentabilidad y de la racionalidad económica de su compromiso. En estas circunstancias, y a la luz de la jurisprudencia citada en los apartados 107 y 114 de la presente sentencia, la falta de toda evaluación previa apropiada de la rentabilidad o de la racionalidad económica de tales inversiones puede constituir un elemento esencial para demostrar que un inversor privado no habría aportado, en condiciones similares, un importe igual al que aporta el inversor público.
- 118 Tras haber tomado en consideración, en el apartado 97 de la sentencia recurrida, los elementos de hecho en los que se basó la Comisión en la Decisión controvertida para considerar que las medidas en cuestión habían sido adoptadas sin que existiera ninguna evaluación previa apropiada que un inversor privado en la situación de SEA hubiera encargado realizar para asegurarse de su rentabilidad o de su racionalidad económica, el Tribunal General examinó, en particular en los apartados 113 a 117 de la sentencia recurrida, si estas apreciaciones de la Comisión adolecían de errores manifiestos de apreciación. En los apartados 120 y 132 de la sentencia recurrida, declaró que no era así.
- 119 En consecuencia, al examinar, especialmente en los apartados 113 a 117 de la sentencia recurrida, si la Comisión podía considerar, sin incurrir en error manifiesto de apreciación, que los elementos aportados durante el procedimiento administrativo podían o no demostrar la falta de tal evaluación, el Tribunal General ejerció el control que le incumbía realizar.
- 120 En estas circunstancias, el Tribunal General no ignoró el hecho de que incumbe a la Comisión probar que no concurren los requisitos de aplicación del principio del operador privado cuando declaró, en esos mismos apartados 113 a 117 de la sentencia recurrida, que la Comisión no había incurrido en error manifiesto de apreciación al realizar las apreciaciones recordadas en el apartado 97 de la sentencia recurrida.

- 121 Por otro lado, habida cuenta de las consideraciones que figuran en los apartados 117 a 120 de la presente sentencia, la Ciudad de Milán no puede reprochar válidamente al Tribunal General haber ignorado la carga de la prueba que incumbe a la Comisión al no haberla censurado por no haber realizado estudios de mercado, por haberse apoyado en presunciones negativas o por no haber tenido en cuenta todos los elementos pertinentes.
- 122 En cuarto lugar, en la medida en que la Ciudad de Milán reprocha al Tribunal General no haber tenido en cuenta, en el apartado 114 de la sentencia recurrida, un estudio económico por el mero hecho de que este fue elaborado con posterioridad a las medidas en cuestión, debe señalarse de entrada que esta alegación procede de una interpretación errónea de dicha sentencia. En efecto, de los propios términos de ese apartado 114 se desprende que el Tribunal General comprobó el contenido del estudio económico aportado por la Ciudad de Milán y lo descartó debido, sobre todo, al carácter lapidario y contradictorio de las afirmaciones que figuraban en él y, por tanto, a su insuficiencia intrínseca a efectos de un análisis en virtud del criterio del inversor privado. Solo después en el citado apartado 114 indicó también que este estudio económico se había elaborado con posterioridad a las medidas en cuestión.
- 123 En cualquier caso, procede señalar que, para la aplicación del principio del operador privado, solo son pertinentes los datos disponibles y la evolución previsible en el momento de la adopción de la decisión de proceder a la medida controvertida (sentencia de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 31 y jurisprudencia citada), en particular, para determinar las razones que motivaron efectivamente la elección de la entidad estatal de que se trata de efectuar la inversión controvertida. No obstante, la apreciación económica efectuada por la Comisión durante el procedimiento administrativo se produce necesariamente, en caso de ayudas concedidas incumpliendo la obligación de notificación establecida en el artículo 108 TFUE, apartado 3, tras la adopción de las medidas de que se trate.
- 124 Por consiguiente, los estudios y análisis económicos en los que se base esta apreciación económica de la Comisión, así como las eventuales pruebas periciales en contrario de la misma naturaleza invocadas por el Estado miembro interesado o por el beneficiario de la ayuda para responder a las apreciaciones de la Comisión, pueden ser pertinentes a efectos de la aplicación del principio del operador privado, en la medida en que se basen únicamente en los datos disponibles y en la evolución previsible en el momento en que se adoptó la decisión de proceder a la medida controvertida.
- 125 En el caso de autos, dado que el estudio económico que invoca la Ciudad de Milán para su apreciación se realizó con posterioridad a la adopción de las medidas en cuestión, no puede desvirtuar la constatación de la Comisión sobre la inexistencia de una evaluación previa apropiada de la rentabilidad y de la racionalidad económica de dichas medidas, constatación que era un elemento esencial en el que la Comisión se basó para afirmar que un inversor privado no habría aportado, en condiciones similares, importes iguales a los aportados por SEA a SEA Handling.
- 126 De ello se deduce que el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al comprobar, por una parte, si el estudio económico invocado por la Ciudad de Milán contenía elementos de análisis económico pertinentes para la apreciación económica que la Comisión estaba obligada a realizar en el marco de la aplicación del principio del operador privado y, por otra parte, al estimar que la realización de dicho estudio con posterioridad a los períodos en que se adoptaron las medidas en cuestión excluía que su existencia pudiera viciar de un error manifiesto la apreciación de la

Comisión en la Decisión controvertida según la cual esas medidas se adoptaron sin una evaluación previa apropiada que un inversor privado en la situación de SEA habría realizado para asegurarse de su rentabilidad o de su racionalidad económica.

- 127 En quinto lugar, por lo que respecta a la alegación de la Ciudad de Milán de que el Tribunal General no se situó en la situación particular de SEA en aquel momento, situación que se caracterizaba por perspectivas de rentabilidad a muy largo plazo, del apartado 112 de la sentencia recurrida se desprende, de entrada, que el Tribunal General tuvo en cuenta este elemento para su apreciación.
- 128 Asimismo, aun cuando las perspectivas de rentabilidad debieran extenderse, como pretende la Ciudad de Milán, hasta el año 2041, habría sido necesario, además, que esta estableciera una perspectiva de rendimiento de la inversión de dichas medidas antes de esa fecha. Pues bien, es preciso señalar que el examen llevado a cabo por el Tribunal General en los apartados 113 a 131 de la sentencia recurrida pretendía precisamente comprobar si así era.
- 129 Por último, en la medida en que la Ciudad de Milán pretende impugnar la procedencia del examen así efectuado por el Tribunal General, debe considerarse que solicita al Tribunal de Justicia que realice una nueva apreciación de los hechos, lo que, de conformidad con la jurisprudencia citada en el apartado 66 de la presente sentencia, no es competencia del Tribunal de Justicia.
- 130 En estas circunstancias, debe desestimarse el cuarto motivo de casación.
- 131 De todas las consideraciones anteriores resulta que debe desestimarse el recurso de casación.

### **Costas**

- 132 Con arreglo al artículo 184, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, este decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea infundado.
- 133 Conforme al artículo 138, apartado 1, de ese Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de casación en virtud del artículo 184, apartado 1, del citado Reglamento de Procedimiento, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.
- 134 Al haber sido desestimados los motivos formulados por la Ciudad de Milán y por haber solicitado la Comisión su condena en costas, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

- 1) Desestimar el recurso de casación.**
- 2) Condenar en costas al Comune di Milano (Ciudad de Milán, Italia).**

Firmas