



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 24 de octubre de 2013 *

«Recurso de casación — Competencia — Ayudas de Estado — Ayuda declarada ilegal e incompatible con el mercado común — Ayuda otorgada al grupo Grazer Wechselseitige (GRAWE) con ocasión de la privatización de Bank Burgenland AG — Determinación del precio de mercado — Procedimiento de licitación — Condiciones ilícitas sin incidencia sobre la oferta más elevada — Criterio del denominado “vendedor privado” — Distinción entre las obligaciones que incumben al Estado cuando actúa como accionista y cuando ejerce sus prerrogativas de poder público — Desnaturalización de los medios de prueba — Obligación de motivación»

En los asuntos acumulados C-214/12 P, C-215/12 P y C-223/12 P,

que tienen por objeto sendos recursos de casación interpuestos, con arreglo al artículo 56 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los días 7, 8 y 7 de mayo de 2012,

Land Burgenland, representado por los Sres. U. Soltész, P. Melcher y A. Egger, Rechtsanwälte,

parte recurrente,

apoyado por:

República Federal de Alemania, representada por la Sra. K. Petersen y por los Sres. T. Henze y J. Möller, en calidad de agentes,

parte coadyuvante en casación,

y en el que las otras partes en el procedimiento son:

Comisión Europea, representada por los Sres. L. Flynn, V. Kreuschitz y T. Maxian Rusche, en calidad de agentes,

parte demandada en primera instancia,

República de Austria

parte demandante en primera instancia (asunto C-214/12 P),

Grazer Wechselseitige Versicherung AG, con domicilio social en Graz (Austria), representada por el Sr. H. Wollmann, Rechtsanwalt,

parte recurrente,

* Lengua de procedimiento: alemán.

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

Comisión Europea, representada por los Sres. L. Flynn, V. Kreuschitz y T. Maxian Rusche, en calidad de agentes,

parte demandada en primera instancia (asunto C-215/12 P),

y

República de Austria, representada por la Sra. C. Pesendorfer y el Sr. J. Bauer, en calidad de agentes,

parte recurrente,

apoyada por:

República Federal de Alemania, representada por la Sra. K. Petersen y por los Sres. T. Henze y J. Möller, en calidad de agentes,

parte coadyuvante en casación,

y en el que las otras partes en el procedimiento son:

Comisión Europea, representada por los Sres. L. Flynn, V. Kreuschitz y T. Maxian Rusche, en calidad de agentes,

parte demandada en primera instancia,

Land Burgenland, representado por los Sres. U. Soltész, P. Melcher y A. Egger, Rechtsanwälte,

parte demandante en primera instancia (asunto C-223/12 P),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por la Sra. R. Silva de Lapuerta, Presidenta de Sala, y los Sres. G. Arestis, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev (Ponente) y J.L. da Cruz Vilaça, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Wathelet;

Secretario: Sr. M. Aleksejev, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 19 de junio de 2013;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante sus recursos de casación, el Land Burgenland (C-214/12 P) y la República de Austria (C-223/12 P) pretenden que se anule la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 28 de febrero de 2012, Land Burgenland y Austria/Comisión (T-268/08 y T-281/08; en lo sucesivo, «sentencia Burgenland»), por la que dicho Tribunal desestimó sus recursos dirigidos a la anulación de

la Decisión 2008/719/CE de la Comisión, de 30 de abril de 2008, relativa a la ayuda estatal C 56/06 (ex NN 77/06) de Austria para la privatización del Bank Burgenland (DO L 239, p. 32; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

- 2 Mediante su recurso de casación (C-215/12 P), Grazer Wechselfürher Versicherung AG (en lo sucesivo, «GRAWE») pretende que se anule la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 28 de febrero de 2012, Grazer Wechselfürher Versicherung/Comisión (T-282/08; en lo sucesivo, sentencia GRAWE), por la que dicho Tribunal desestimó su recurso dirigido a la anulación de la Decisión controvertida.

Antecedentes del litigio

- 3 Hasta su privatización, Hypo Bank Burgenland AG (en lo sucesivo, «BB») era un banco regional constituido en forma de sociedad anónima de Derecho austriaco y que tenía su domicilio social en Eisenstadt (Austria). En 2005, su balance total era de 3.300 millones de euros y pertenecía al 100 % al Land Burgenland.
- 4 De conformidad con el artículo 4 de la Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz (Ley de bancos hipotecarios del Land Burgenland; LGBL. 58/1991, en su versión resultante de la Ley publicada en el LGBL. I, 63/1998), el Land Burgenland era garante, en el sentido del artículo 1356 del Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil austriaco), del pago de todas las obligaciones del BB en caso de que éste suspendiese pagos. En virtud de las disposiciones de dicha Ley, los acreedores del referido Banco disponen de una acción directa frente al garante, que, sin embargo, únicamente responde cuando los activos del Banco no bastan para hacer frente a las deudas.
- 5 Este régimen de garantía de buen fin destinado a las entidades públicas de crédito, denominado «Ausfallhaftung», en particular el del Land en favor del BB y de sus predecesores, existe desde 1928 prácticamente inalterado. No cubría ni un período ni un importe determinados.
- 6 En virtud de un acuerdo celebrado entre la Comisión de las Comunidades Europeas y la República de Austria, que sirvió de base a la adopción de la Decisión C(2003) 1329 final de la Comisión, de 30 de abril de 2003, relativa a la ayuda E 8/02 (DO C 175, p. 8), la Ausfallhaftung debía ser derogada antes del 1 de abril de 2007. En principio, para todas las obligaciones existentes a 2 de abril de 2003, la Ausfallhaftung se mantenía en vigor hasta su vencimiento. Durante el período comprendido entre el 2 de abril de 2003 y el 1 de abril de 2007, la Ausfallhaftung podía mantenerse en lo que respecta a las nuevas obligaciones siempre que venciesen antes del 30 de septiembre de 2017.
- 7 Después de dos tentativas infructuosas en 2003 y 2005, el Land Burgenland lanzó un tercer procedimiento de privatización del BB, cuya ejecución se confió al banco de inversiones HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA de Düsseldorf (Alemania), en colaboración con HSBC plc de Londres (Reino Unido) (en lo sucesivo, conjuntamente, «HSBC»). Este procedimiento se inició en octubre de 2005 mediante la publicación de una convocatoria de licitación en la prensa.
- 8 Dos licitadores, a saber, por una parte, GRAWE, empresa austriaca que ofrece una serie de servicios de seguro y servicios financieros y de arrendamiento financiero y que, en 2006, tenía considerables participaciones directas en dos empresas financieras del sector bancario y de la inversión, conjuntamente con la GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH, y, por otra parte, un consorcio austro-ucraniano integrado por las empresas austriacas SLAV AG y SLAV Finanzbeteiligung GmbH y las sociedades anónimas ucranianas Ukrpodshipnik e Ilyich (en lo sucesivo, «consorcio») presentaron ofertas vinculantes. Estas ofertas fueron posteriormente objeto de un examen individual y de negociaciones contractuales que concluyeron el 4 de marzo de 2006.

- 9 El 5 de marzo de 2006, el Land Burgenland adjudicó el BB a GRAWE, pese a que el precio de compra que ésta había ofrecido (100,3 millones de euros) era claramente inferior al ofrecido por el consorcio (155 millones de euros). Esta decisión se basaba especialmente en una recomendación escrita de HSBC de 4 de marzo de 2006, completada con aclaraciones verbales destinadas a los miembros del Gobierno del Land Burgenland el mismo día de la decisión. La recomendación de HSBC exponía, fundamentalmente, que si bien atendiendo al precio de compra ofrecido la decisión debía favorecer al consorcio, se recomendaba que el BB se transmitiese a GRAWE habida cuenta de los demás criterios de selección, a saber, la seguridad en cuanto al pago del precio, la continuación de la gestión del BB evitando el recurso a la Ausfallhaftung, los aumentos de capital y la seguridad de las transacciones.
- 10 La venta del BB, que fue formalmente aprobada por las autoridades del Land Burgenland el 7 de marzo de 2006, se consumó el 12 de mayo de 2006. Antes de dicha consumación, el BB emitió, en el marco de la Ausfallhaftung, títulos por un importe de 700 millones de euros, de los cuales 320 millones de euros estaban previstos en las condiciones de privatización, mientras que los 380 millones de euros «adicionales» no figuraban, según el considerando 35 de la Decisión controvertida, en los proyectos de contrato con GRAWE y el consorcio.
- 11 El 4 de abril de 2006, el consorcio interpuso una denuncia ante la Comisión alegando que la República de Austria había infringido la normativa en materia de ayudas de Estado al privatizar el BB. El denunciante sostenía en particular que el procedimiento de licitación, que no había sido equitativo, transparente y no discriminatorio para con él, no había dado como resultado la cesión del BB al mejor postor, a saber, el consorcio, sino a GRAWE.
- 12 Mediante escrito de 21 de diciembre de 2006, la Comisión comunicó a las autoridades austriacas su decisión de incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, en relación con la transmisión del BB a GRAWE. Esta Decisión fue publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 8 de febrero de 2007 (DO C 28, p. 8). Con fecha 30 de abril de 2008, la Comisión adoptó la Decisión controvertida.
- 13 Para pronunciarse sobre la cuestión de si GRAWE disfrutó de una ventaja selectiva, la Comisión examinó si el Land Burgenland actuó como cualquier vendedor que operase en una economía de mercado (en lo sucesivo, el criterio del denominado «vendedor privado»). A este respecto, la Comisión señala, en los apartados 120 a 122 de la Decisión controvertida, que un vendedor privado puede elegir una oferta más baja que la oferta más elevada en dos supuestos.
- 14 El primero de ellos es el supuesto de que esté claro que la cesión al mejor postor no es realizable, lo que en el caso de autos implica examinar la seguridad de la transacción desde el punto de vista de la solidez económica del consorcio y la probabilidad de que éste no obtenga la preceptiva autorización de la Finanzmarktaufsicht (autoridad austriaca de supervisión de los mercados financieros; en lo sucesivo, «FMA»). Pues bien, en opinión de la Comisión, no sólo no había motivo alguno para dudar de que el consorcio podía pagar el precio de compra de 155 millones de euros que había ofrecido, sino que nada indica ni demuestra que la FMA hubiera prohibido la transmisión del BB al consorcio.
- 15 El segundo supuesto contempla el caso de que esté justificado tomar en consideración otros factores distintos del precio, sabiendo que los únicos factores que han de considerarse son los que hubiera tenido en cuenta un vendedor privado, lo que, según la Comisión, excluye los riesgos derivados de la posible obligación de pagar una garantía que debiera calificarse de ayuda de Estado como la Ausfallhaftung.
- 16 La Comisión precisa a este respecto que, con arreglo a la jurisprudencia, el papel del Estado como vendedor de una empresa, por una parte, no debe confundirse con las obligaciones que le incumben como poder público, por otra. Pues bien, ningún vendedor privado habría asumido una garantía que no respetase las condiciones del mercado, y la decisión de suprimir la Ausfallhaftung confirma que ésta no forma parte de dichas condiciones.

- 17 En estas circunstancias, la Comisión declaró, en el considerando 175 de la Decisión controvertida, que la República de Austria otorgó de manera ilegal una ayuda de Estado a GRAWE en el marco de la privatización del BB, infringiendo el artículo 88 CE, apartado 3, y que dicha ayuda es incompatible con el mercado común. En los artículos 1, 2 y 4 de dicha Decisión se dispone lo siguiente:

«Artículo 1

La ayuda estatal concedida por Austria a GRAWE contraviniendo lo dispuesto en el [artículo 88 CE, apartado 3], y por consiguiente ilegalmente, es incompatible con el mercado común. Dicha ayuda corresponde a la diferencia entre las dos ofertas finales presentadas en el marco de la licitación, convenientemente ajustada de conformidad con los parámetros descritos en los considerandos 167 a 174 de la presente Decisión.

Artículo 2

1. Austria procederá a recuperar del beneficiario la ayuda mencionada en el artículo 1.

[...]

Artículo 4

En el plazo de dos meses a partir de la publicación de la presente Decisión, Austria comunicará a la Comisión la siguiente información:

- a) el importe total (principal e intereses) que debe recuperarse del beneficiario en consonancia con los parámetros fijados por la Comisión en la presente Decisión, junto con una explicación detallada del método utilizado para calcular dicho importe y la valoración de los bienes por expertos independientes;

[...]».

Procedimiento ante el Tribunal General y las sentencias Burgenland y GRAWE

- 18 Mediante escritos presentados en la Secretaría del Tribunal respectivamente los días 11, 15 y 17 de julio de 2008, el Land Burgenland, la República de Austria y GRAWE interpusieron recursos de anulación de la Decisión controvertida (asuntos T-268/08, T-281/08 y T-282/08 respectivamente).
- 19 Mediante auto del Presidente de la Sala Octava del Tribunal de 20 de abril de 2009, oídas las partes, se acordó la acumulación de los asuntos T-268/08 y T-281/08 a efectos de la fase escrita, de la fase oral y de la sentencia.
- 20 En apoyo de sus recursos, el Land Burgenland y la República de Austria invocaron nueve motivos. Entre ellos figuraban, en particular, los motivos basados:
- el primero, en la aplicación errónea del artículo 87 CE, apartado 1, al determinar el precio de mercado del BB, por cuanto la Comisión exigió indebidamente la celebración de un procedimiento de licitación con vistas a la privatización de dicho banco;
 - el tercero, en la aplicación errónea del artículo 87 CE, apartado 1, por cuanto la Comisión rehusó tener en cuenta el desenlace incierto y la posible dilación del procedimiento de autorización ante la FMA en caso de cesión del BB al consorcio;

- el cuarto, en la aplicación errónea del artículo 87 CE, apartado 1, por cuanto el Land Burgenland estaba en su derecho de tener en cuenta los riesgos derivados de la Ausfallhaftung a la hora de comparar las respectivas ofertas presentadas por GRAWE y el consorcio;
 - el séptimo, en la aplicación errónea del artículo 87 CE, apartado 1, por cuanto la oferta del consorcio no podía servir para determinar el precio de mercado del BB;
 - el octavo, en la apreciación errónea de la emisión de títulos en el marco de la Ausfallhaftung al privatizar el BB.
- 21 En apoyo de su recurso, GRAWE invoca varios motivos, de los que algunos están basados en la aplicación errónea del artículo 87 CE, apartado 1, en primer lugar, al determinar el precio de mercado del BB, después, debido a la negativa a tener en cuenta la Ausfallhaftung y, por último, porque la Comisión no consideró la posibilidad de una diferencia negativa a nivel del precio de compra.
- 22 Mediante las sentencias Burgenland y GRAWE, el Tribunal desestimó en su conjunto los recursos de los que conocía. En concreto, consideró esencialmente:
- que en el caso de autos la Comisión podía basarse exclusivamente en la oferta presentada por el consorcio a fin de determinar el precio de mercado del BB y que no era necesario recurrir a informes periciales;
 - que la Comisión no incurrió en error alguno al concluir que ni el resultado incierto ni la duración probablemente mayor del procedimiento ante la FMA –en el caso de que se hubiese decidido ceder el BB al consorcio– justificaban que se excluyese al consorcio como adquirente;
 - que no cabe reprochar a la Comisión haber descartado tomar en consideración la Ausfallhaftung en el marco de la evaluación de las ofertas, puesto que se trata de una ayuda de Estado, que no ha sido suscrita en condiciones normales de mercado, por lo que no puede tenerse en cuenta al apreciar el comportamiento de las referidas autoridades a la luz del criterio del vendedor privado;
 - que la apreciación de la emisión de títulos en el marco de la Ausfallhaftung no es errónea, puesto que ha quedado acreditado que el consorcio no había tenido en cuenta, en su oferta, empréstitos adicionales por valor de 380 millones de euros y que tampoco se demostró que GRAWE no se hubiera beneficiado, debido a dichos empréstitos adicionales, de una ventaja añadida, ni que se hubiera neutralizado cualquier otra ventaja de otro modo.

Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

- 23 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 25 de julio de 2012, la República Federal de Alemania solicitó intervenir en los asuntos C-214/12 P y C-223/12 P en apoyo respectivamente de las pretensiones del Land Burgenland y de la República de Austria.
- 24 Mediante autos de 20 de septiembre de 2012, el Presidente del Tribunal de Justicia admitió la intervención de la República Federal de Alemania en los referidos asuntos.
- 25 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2012, se resolvió acumular los asuntos C-214/12 P, C-215/12 P y C-223/12 P a efectos de la fase oral y de la sentencia.

Pretensiones de las partes

- 26 El Land Burgenland y la República de Austria solicitan al Tribunal de Justicia:
- Con carácter principal, que anule la sentencia Burgenland, resuelva definitivamente el litigio anulando la Decisión controvertida y condene a la Comisión a cargar con las costas del presente procedimiento y con las del procedimiento ante el Tribunal General.
 - Con carácter subsidiario, que anule la sentencia Burgenland, devuelva el asunto al Tribunal General y reserve la decisión sobre las costas.
- 27 GRAWE solicita al Tribunal de Justicia:
- Con carácter principal, que anule la sentencia GRAWE, resuelva definitivamente el litigio anulando la Decisión controvertida y condene a la Comisión a cargar con las costas del presente procedimiento y con las del procedimiento ante el Tribunal General.
 - Con carácter subsidiario, que anule la sentencia GRAWE, devuelva el asunto al Tribunal General y reserve la decisión sobre las costas.
- 28 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia:
- Con carácter principal, que desestime los recursos de casación y condene en costas al Land Burgenland, a GRAWE y a la República de Austria.
 - Con carácter subsidiario, que declare que el litigio en el asunto C-215/12 P se encuentra en estado de ser resuelto, desestime el recurso en el asunto T-282/08 por carecer de fundamento y condene en costas a GRAWE.

Sobre los recursos de casación

- 29 El Land Burgenland, GRAWE y la República de Austria invocan respectivamente cuatro, tres y dos motivos en apoyo de sus recursos.
- 30 En la medida en que los motivos invocados en los tres recursos de casación son idénticos o similares, procede analizarlos conjuntamente. Por lo tanto, en primer lugar han de examinarse el segundo motivo del recurso de casación del Land Burgenland y el primer motivo de los recursos de GRAWE y de la República de Austria sobre la pertinencia de los riesgos vinculados a la Ausfallhaftung para evaluar las ofertas presentadas en orden a la adquisición del BB.

Sobre los motivos relativos a la pertinencia de los riesgos vinculados a la Ausfallhaftung para evaluar las ofertas presentadas en orden a la adquisición del BB

Alegaciones de las partes

- 31 El Land Burgenland, en su segundo motivo de casación, y la República de Austria y GRAWE, en el primer motivo de sus recursos, sostienen que el Tribunal General infringió el artículo 87 CE, apartado 1, al declarar que la Comisión no ha incurrido en error al no haber tenido en cuenta los riesgos vinculados a la Ausfallhaftung en el momento de evaluar las ofertas hechas para la adquisición del BB.

- 32 En primer lugar, según el Land Burgenland y la República de Austria, en los apartados 154 a 158 de la sentencia Burgenland, el Tribunal General se basó erróneamente en las sentencias de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión (C-278/92 a C-280/92, Rec. p. I-4103), y de 28 de enero de 2003, Alemania/Comisión (C-334/99, Rec. p. I-1139), que establecen una distinción entre las obligaciones que incumben al Estado cuando actúa como poder público y las que le incumben en condición de propietario y accionista de una sociedad. Ahora bien, al constituir la Ausfallhaftung una garantía de Derecho privado remunerada, los riesgos vinculados a ella incumben al Land Burgenland en cuanto propietario y accionista del BB. Además, en ese momento, éste no era una empresa en dificultades, contrariamente a los hechos que dieron lugar a la sentencia Alemania/Comisión, antes citada.
- 33 En su réplica, limitada a la incidencia de la sentencia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF (C-124/10 P) sobre los asuntos que dieron lugar a los presentes recursos de casación, el Land Burgenland y la República de Austria precisan que resulta de dicha sentencia que un Estado miembro no actúa como poder público únicamente porque concede recursos en ejercicio de prerrogativas de poder público. Por lo tanto, el hecho de que el Land Burgenland contrajera obligaciones frente al BB por medio de una ley no puede prevalecer sobre el hecho de que éstas le incumben en su calidad de accionista del BB. Además, al no haber efectuado la Comisión la apreciación global de todos los elementos pertinentes que exige la sentencia Comisión/EDF, antes citada, el Tribunal General únicamente pudo entender que la Ausfallhaftung se exigía al Land Burgenland considerando que éste actuaba en ejercicio de prerrogativas de poder público.
- 34 En segundo lugar, señalan que dicho órgano jurisdiccional incurrió en error al no tener en cuenta las sentencias del Tribunal General de 15 de septiembre de 1998, BP Chemicals/Comisión (T-11/95, Rec. p. II-3235), y de 2 de marzo de 2012, Países Bajos e ING Groep/Comisión (T-29/10 y T-33/10) de las que se desprende que han de tenerse en cuenta las ayudas otorgadas anteriormente en el marco de la apreciación de una medida a la luz del criterio del inversor privado, para comprobar la existencia y, en su caso, la intensidad de una ayuda. Pues bien, ha quedado acreditado que la Ausfallhaftung era una ayuda existente y legal que, por lo tanto, había de tenerse en cuenta.
- 35 En tercer lugar, alegan que la unidad y la coherencia del Derecho de la Unión exige que la Ausfallhaftung sea tenida en cuenta. En efecto, sería incoherente admitir, por una parte, la legalidad de la Ausfallhaftung e imponer al Land Burgenland la limitación al mínimo necesario y, por otra, prohibirle tener en cuenta los riesgos vinculados a ella en la venta del BB. Una interpretación en este sentido del artículo 87 CE, apartado 1, haría imposible, en la práctica, la privatización de empresas públicas.
- 36 En cuarto lugar, invocan que el apartado 158 de la sentencia Burgenland es incomprensible, puesto que se refiere a las «características antes descritas» para declarar que la Ausfallhaftung no fue contraída en condiciones normales de mercado. En efecto, una declaración como ésta no se desprende de ninguna de las características de la Ausfallhaftung descritas en la referida sentencia.
- 37 GRAWE reprocha al Tribunal General, en primer lugar, haber aplicado de modo incorrecto la sentencia España/Comisión, antes citada. El Land Burgenland ejecutó la Ausfallhaftung por las obligaciones del BB en el marco de una actividad económica. Esta responsabilidad es indisociable de la decisión, adoptada en 1928, de ejercer actividades comerciales en el ámbito de los servicios financieros. Pues bien, la Ausfallhaftung tenía la función de poner capital propio a disposición del BB, lo que económicamente sería comparable con la apertura de un banco en forma de sociedad personalista. De este modo, la Ausfallhaftung es una obligación contraída por el Land Burgenland en su calidad de propietario del BB, de modo que procedía tenerla en cuenta al aplicar el criterio del vendedor privado.
- 38 En el marco de su réplica, también limitada a la incidencia de la sentencia Comisión/EDF, antes citada, sobre los presentes litigios, GRAWE considera que resulta de ésta que la manera de conceder una ventaja, en el presente asunto una ley, carece de toda importancia a efectos de determinar si dicha ventaja ha sido concedida por un Estado en ejercicio de su calidad de poder público o en su calidad de

accionista. Ahora bien, las recurrentes señalan que el Tribunal, al haberse basado en el carácter legal de la Ausfallhaftung, aplicó un criterio erróneo. Además, en ningún momento se planteó la cuestión de si el Land Burgenland se hizo cargo de la Ausfallhaftung en su calidad de accionista. A este respecto, GRAWE considera que nada impide a un Estado miembro perseguir a la vez objetivos sociales y, como en el presente asunto, objetivos de rentabilidad. En efecto, el Land Burgenland obtiene dividendos correspondientes a una remuneración de la Ausfallhaftung que sustituye los fondos propios. Según GRAWE, el que una ventaja tenga el carácter de ayuda no impide que se otorgue como accionista.

- 39 En segundo lugar, a las diferencias entre los hechos de los presentes asuntos y los que dieron lugar a la sentencia Alemania/Comisión, antes citada, tal como señalan el Land Burgenland y la República de Austria, GRAWE añade que la República Federal de Alemania también había tomado en consideración los costes de saneamiento del lugar de implantación y que las medidas en dicho asunto se habían ejecutado en infracción del artículo 88 CE, apartado 3.
- 40 En tercer lugar, GRAWE alega que la sentencia GRAWE vulnera el principio de seguridad jurídica y el imperativo de coherencia. Al haberse declarado en la Decisión C (2003) 1329 final la conformidad de la Ausfallhaftung con el Derecho de la Unión, todos los operadores económicos deben poder confiar en ello también en lo que respecta a las consecuencias económicas que indisociablemente lleva aparejadas. Ahora bien, señala que la Decisión controvertida y la sentencia GRAWE pusieron en tela de juicio dicha Decisión.
- 41 En cuarto lugar, por las mismas razones que invocan el Land Burgenland y la República de Austria, GRAWE considera que la sentencia Países Bajos e ING Groep/Comisión, antes citada, obligaba al Tribunal General a admitir la necesidad de tener en cuenta la Ausfallhaftung al apreciar el criterio del vendedor privado.
- 42 En quinto lugar, GRAWE subraya que el efecto negativo que tiene la Ausfallhaftung sobre la competencia no tiene la misma magnitud según dicha garantía se aplique de modo concreto o se trate solamente de una posible obligación del Land Burgenland frente al BB. En efecto, los pagos meramente potenciales tienen una incidencia menor sobre la competencia que los pagos concretos. De este modo, los actos del Land Burgenland dirigidos a evitar el recurso a la Ausfallhaftung sirvieron para limitar la distorsión de la competencia en el mercado. Por lo tanto, la postura del Tribunal obstaculiza el efecto útil del artículo 87 CE, apartado 1.
- 43 GRAWE añade que, durante la crisis económica, numerosos Estados miembros aportaron capital a entidades de crédito y que, dicho capital público, debía ser reemplazado, lo antes posible, por fondos privados a fin de proteger la competencia y volver a condiciones normales de funcionamiento del mercado. Ahora bien, la Decisión controvertida y la sentencia GRAWE obstaculizan seriamente dicho proceso.
- 44 Para concluir su argumentación sobre este punto, GRAWE pone de relieve que, si se tiene en cuenta la Ausfallhaftung, la oferta de GRAWE era la mejor.
- 45 La Comisión se opone a la argumentación desarrollada por el Land Burgenland, la República de Austria y GRAWE.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 46 Mediante su primer argumento, el Land Burgenland, la República de Austria y GRAWE alegan, esencialmente, que, habida cuenta de las características de la Ausfallhaftung, el Tribunal General apreció erróneamente el papel del Land Burgenland en cuanto propietario y accionista del BB y, por ende, el criterio del inversor privado, tal como resulta de las sentencias España/Comisión y Alemania/Comisión, antes citadas.
- 47 A este respecto, procede señalar en primer lugar que en los apartados 155 y 156 de la sentencia Burgenland, así como en los apartados 128 y 129 de la sentencia GRAWE, el Tribunal General recordó acertadamente el referido concepto, tal como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre dicho criterio.
- 48 A continuación, en el apartado 157 de la sentencia Burgenland y en el apartado 130 de la sentencia GRAWE, el Tribunal consideró, de conformidad con la referida jurisprudencia, que, en el marco de la aplicación del criterio del inversor privado, es necesario determinar si las medidas de que se trata son las que tal inversor, que cuenta con obtener beneficios en plazo más o menos breve, habría podido adoptar.
- 49 Por último, en el apartado 158 de la sentencia Burgenland y en el apartado 131 de la sentencia GRAWE, el Tribunal declaró, en el marco de su apreciación soberana de los hechos, que, habida cuenta de sus características, la Ausfallhaftung no se había contraído en condiciones normales de mercado.
- 50 En estas circunstancias, el Tribunal General concluyó acertadamente, en los apartados 158 y 159 de la sentencia Burgenland y en el apartado 131 de la sentencia GRAWE, que la Ausfallhaftung únicamente puede tenerse en cuenta en el marco de la apreciación del comportamiento de las autoridades austriacas a la luz del criterio del vendedor privado y que, por consiguiente, no cabe reprochar a la Comisión haber descartado la pertinencia de la Ausfallhaftung al evaluar las ofertas presentadas respectivamente por el consorcio y por GRAWE.
- 51 Además, por lo que respecta a la incidencia de la sentencia Comisión/EDF, antes citada, ha de señalarse que ésta se refiere principalmente a la aplicabilidad –descartada por la Comisión en la Decisión objeto del litigio que dio lugar a la referida sentencia– del criterio del inversor privado en las circunstancias de dicho asunto y no a la aplicación *in concreto* de ese mismo criterio (véase la sentencia Comisión/EDF, antes citada, apartado 75). Sin embargo, en los presentes asuntos ha quedado acreditado que la Comisión aplicó el criterio del vendedor privado y el Land Burgenland, la República de Austria y GRAWE impugnan la confirmación por parte del Tribunal del modo en que la Comisión aplicó dicho criterio.
- 52 Pues bien, por lo que respecta a la aplicación de dicho criterio, la sentencia Comisión/EDF, antes citada, confirmó la jurisprudencia resultante, en particular, de las sentencias España/Comisión y Alemania/Comisión, antes citadas, según la cual para apreciar si en condiciones normales de mercado habría aplicado la misma medida un vendedor privado que se encontrara en una situación lo más similar posible a la del Estado, sólo 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 (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/EDF, antes citada, apartado 79).
- 53 Mediante la sentencia Comisión/EDF, antes citada, el Tribunal de Justicia precisó además que, en el marco de dicha apreciación, la forma en que se ponga a disposición esa ventaja y la naturaleza de los medios de intervención estatal son irrelevantes cuando el Estado miembro interesado ha concedido la referida ventaja en su condición de accionista de la empresa de que se trate (véase la sentencia Comisión/EDF, antes citada, apartados 91 y 92).

- 54 En cuanto al examen efectuado a este respecto por el Tribunal General, se desprende de las sentencias Burgenland y GRAWE que dicho órgano jurisdiccional no fundó la desestimación de las pretensiones del Land Burgenland, de la República de Austria y de GRAWE en el origen legal de la Ausfallhaftung, contrariamente a lo que afirman éstos. En efecto, el Tribunal General examinó si la Ausfallhaftung debía tomarse en consideración al aplicar el criterio del vendedor privado y declaró que un vendedor privado no habría contraído tal garantía.
- 55 Ahora bien, el Land Burgenland, la República de Austria y GRAWE no invocan ningún argumento que pueda poner en tela de juicio la referida declaración, sino que ellos mismos alegan que la Ausfallhaftung constituye una ayuda de Estado, como, por otra parte, había declarado la Comisión en la Decisión C(2003) 1329 final.
- 56 En estas circunstancias y, habida cuenta de que, mediante el otorgamiento de una ayuda, un Estado miembro persigue, por definición, objetivos distintos de la rentabilidad de los medios atribuidos a una empresa que le pertenece, ha de considerarse que dichos medios se otorgan, en principio, por el Estado en ejercicio de sus prerrogativas de poder público.
- 57 En la medida en que el Land Burgenland, la República de Austria y GRAWE alegan que, mediante la Ausfallhaftung, el Land Burgenland perseguía, no obstante, objetivos de rentabilidad, o al menos perseguía también tales objetivos, ha de recordarse que, si un Estado miembro invoca un criterio como el del vendedor privado, 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 (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/EDF, antes citada, apartado 82).
- 58 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 (sentencia Comisión/EDF, antes citada, apartado 83).
- 59 A este respecto, 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 vendedor 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 ésta (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/EDF, antes citada, apartado 84).
- 60 Únicamente si el Estado miembro interesado presenta a la Comisión datos de la naturaleza necesaria, corresponderá a ésta llevar a cabo 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 (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/EDF, antes citada, apartado 86).
- 61 Sin embargo, ni durante el procedimiento administrativo ni ante el Tribunal General el Land Burgenland, la República de Austria o GRAWE invocaron elementos de los que resulte que el establecimiento o el mantenimiento de la Ausfallhaftung se basaba en evaluaciones económicas realizadas por el Land Burgenland a fin de determinar su rentabilidad. Por consiguiente, la Comisión no estaba obligada a realizar tal apreciación global en lo relativo a la Ausfallhaftung y las sentencias Burgenland y GRAWE no pueden adolecer de errores a este respecto.
- 62 En lo referente al argumento de que el Tribunal General no tuvo en cuenta las sentencias BP Chemicals/Comisión y Países Bajos e ING Groep/Comisión, antes citadas, a las que se refieren el Land Burgenland, la República de Austria y GRAWE, ha de señalarse que dichas sentencias no son

pertinentes en el caso de autos, habida cuenta de que las circunstancias de hecho y de Derecho de los asuntos que dieron lugar a las referidas sentencias se diferencian sustancialmente de las que han dado lugar a los presentes litigios.

- 63 Por último, basta con señalar que el apartado 158 de la sentencia Burgenland debe examinarse a la luz de los apartados 2, 3 y 149 de la misma sentencia, lo que permite comprender el alcance del referido apartado 158.
- 64 Por consiguiente, al desestimar las pretensiones del Land Burgenland, de la República de Austria y de GRAWE, el Tribunal General no incurrió en el error de Derecho que le reprochan éstos, ni cometió la supuesta vulneración de la unidad y la coherencia del Derecho de la Unión, ni del principio de seguridad jurídica, ni incumplió las obligaciones de motivación que le incumben.
- 65 En consecuencia, procede descartar el segundo motivo del recurso de casación del Land Burgenland y el primer motivo de cada uno de los recursos de la República de Austria y de GRAWE, por carecer de fundamento.

Sobre los motivos de los recursos de casación relativos a la incidencia del resultado y de la duración previsibles del procedimiento ante la FMA sobre la evaluación de las ofertas del consorcio y de GRAWE

Alegaciones de las partes

- 66 El Land Burgenland, mediante su cuarto motivo de casación, y la República de Austria, mediante su segundo motivo de casación, alegan que el Tribunal General infringió el artículo 87 CE, apartado 1, al declarar, en los apartados 106 a 140 de la sentencia Burgenland, que la Comisión no había incurrido en error al concluir que ni el resultado incierto ni la duración probablemente mayor del procedimiento ante la FMA en el caso de venta del BB al consorcio justifican la venta de éste a GRAWE.
- 67 En primer lugar, señalan que el Tribunal consideró erróneamente, en los apartados 119 y 120 de la sentencia Burgenland que los elementos invocados por el Land Burgenland y la República de Austria para demostrar que la adquisición del BB por el consorcio probablemente no habría podido autorizarse no son pertinentes en el marco de la evaluación de las posibilidades de éxito del procedimiento de autorización, puesto que no se ha indicado si, o en su caso en qué medida, la FMA habría tenido en cuenta dichos elementos. Tanto la Comisión como el Tribunal General conocían en detalle los criterios de autorización que aplica la FMA y tanto el Land Burgenland como la República de Austria precisaron detalladamente los puntos que daban lugar a dudas importantes en lo que respecta a si tal venta podía ser autorizada por la FMA. Por lo tanto, concluyen que el Tribunal General hizo una apreciación manifiestamente errónea de su argumentación sin motivación comprobable.
- 68 En la medida en que en el apartado 121 de la sentencia Burgenland el Tribunal General afirma que determinados elementos mencionados en el apartado 119 de dicha sentencia únicamente constituyen «preocupaciones relativas al futuro empresarial del BB», que no son determinantes para un vendedor privado, incurrió en un error, puesto que dichos elementos fueron tomados en consideración por la FMA durante el procedimiento de autorización y, por lo tanto, por un vendedor privado. Ahora bien, habida cuenta del margen de previsión que el Tribunal reconoció expresamente al Land Burgenland en el apartado 136 de la sentencia Burgenland, éste podía considerar que una venta al consorcio habría sido probablemente prohibida por la FMA. La probabilidad del 50 % tan sólo es, a este respecto, una expresión simplificada del hecho de que de los contactos informales con la FMA resulta que una venta a GRAWE se autorizaría, mientras que, en el caso de venta al consorcio, el resultado del procedimiento estaría «totalmente abierto».

- 69 En segundo lugar, el Land Burgenland y la República de Austria sostienen, con carácter principal, que, habida cuenta de lo anterior, las consideraciones del Tribunal General que figuran en el apartado 132 de la sentencia Burgenland, sobre la urgencia de la venta del BB, han dejado de ser pertinentes. Con carácter subsidiario, alegan que las consideraciones del Tribunal se basan en una interpretación errónea del artículo 87 CE, apartado 1, pues, tras dos tentativas infructuosas y costosas en términos económicos y de tiempo de privatizar el BB y habida cuenta tanto de la expiración de la oferta de GRAWE durante el procedimiento de autorización por la FMA como de una posible prohibición por parte de ésta de la venta del BB al consorcio, un vendedor privado no habría asumido el riesgo de que fracasara ese tercer intento de privatización y, por lo tanto, no habría vendido el BB al consorcio. Además, contrariamente a lo que declaró el Tribunal en el referido apartado 132, el Land Burgenland y la República de Austria presentaron una serie de pruebas que demostraban que, debido a la prolongación del procedimiento ante la FMA, la privatización del BB se habría visto comprometida. Por lo tanto, alegan que el Tribunal General apreció los hechos de manera incompleta y no motivó debidamente la sentencia Burgenland.
- 70 En tercer lugar, el Land Burgenland y la República de Austria consideran que el Tribunal General limitó erróneamente el examen efectuado a la identificación de errores manifiestos de apreciación. Señalan que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tribunal estaba obligado a efectuar un control jurisdiccional circunstanciado.
- 71 La Comisión se opone a la alegación del Land Burgenland y de la República de Austria. En particular, señala de entrada que, mediante sus motivos de casación, no reprochan al Tribunal General una desnaturalización de los hechos, de modo que considera que sus pretensiones son inoperantes.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 72 En primer lugar, procede señalar que la cuestión de en qué medida los elementos de prueba aportados en el procedimiento administrativo demuestran o no, a la vista de la normativa nacional aplicable, una probabilidad de prohibición por parte de la FMA de una venta del BB al consorcio forma parte de la apreciación soberana de los hechos por el Tribunal General. Lo mismo ocurre con los efectos que la duración del procedimiento ante la FMA tiene sobre las posibilidades de privatización del BB.
- 73 Por lo tanto, habida cuenta de que a este respecto no se ha invocado desnaturalización alguna de los elementos de prueba pertinentes, las referidas pretensiones del Land Burgenland y de la República de Austria son inadmisibles (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de mayo de 2006, Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, C-397/03 P, Rec. p. I-4429, apartado 85, y de 29 de marzo de 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Comisión, C-352/09 P, Rec. p. I-2359, apartado 180).
- 74 En segundo lugar, en la medida en que el Land Burgenland y la República de Austria alegan que, habida cuenta de los elementos de prueba invocados ante el Tribunal General, éste descartó erróneamente, en los apartados 120 y 121 de la sentencia Burgenland, la pertinencia de los indicios a los que se refiere el apartado 119 de ésta, pues de los elementos de prueba aportados ante el Tribunal General resulta claramente que, contrariamente a lo que éste declaró en los apartados 120 y 121 de la sentencia Burgenland, la FMA tuvo en cuenta el plan empresarial del consorcio. Sin embargo, no se desprende de dichos elementos de prueba que la FMA tuviera en cuenta otros indicios mencionados en el citado apartado 119 distintos del plan empresarial.
- 75 Además, ha de señalarse que los criterios de ponderación de los diferentes indicios tenidos en cuenta por la FMA no resultan de dichos elementos de prueba, de modo que no hay elemento alguno que permita comprobar en qué medida el referido plan empresarial fue determinante en el marco de la apreciación que debía efectuar la FMA.

- 76 En estas circunstancias, procede señalar que la desnaturalización de los elementos de prueba en la que supuestamente incurrió el Tribunal General en los apartados 120 y 121 de la sentencia Burgenland no ha quedado acreditada, puesto que no se deduce manifiestamente de los documentos que obran en autos (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de octubre de 2011, Austria/Scheucher-Fleisch y otros, C-47/10 P, Rec. p. I-10707, apartado 59 y jurisprudencia citada).
- 77 En tercer lugar, el examen por la Comisión de la cuestión de si determinadas medidas pueden ser calificadas de ayudas de Estado debido a que las autoridades públicas no actuaron como lo habría hecho un vendedor privado, requiere una apreciación económica compleja (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de noviembre de 2007, España/Lenzing, C-525/04 P, Rec. p. I-9947, apartado 59, y de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión, C-73/11 P, apartado 74).
- 78 A este respecto, es oportuno recordar que, 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de septiembre de 2010, Comisión/Scott, C-290/07 P, Rec. p. I-7763, apartados 64 y 66, y Frucona Košice/Comisión, antes citada, apartado 75).
- 79 Sin embargo, el juez de la Unión no sólo 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 (sentencias de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, apartado 39; Comisión/Scott, antes citada, apartado 65, y Frucona Košice/Comisión, antes citada, apartado 76).
- 80 En el caso de autos, habida cuenta de que, como se ha recordado en el apartado 77 de la presente sentencia, la Comisión efectuó una apreciación económica compleja, el examen que debía realizar el Tribunal General estaba limitado a lo recordado en el apartado anterior. Ahora bien, ha de señalarse que el examen que realizó el Tribunal General en los apartados 109 y siguientes de la sentencia Burgenland es conforme con las exigencias del control jurisdiccional que debía efectuar, contrariamente a lo que afirman el Land Burgenland y la República de Austria.
- 81 En cuarto lugar, en lo que respecta al presunto incumplimiento de la obligación de motivación que el Land Burgenland y la República de Austria reprochan al Tribunal General, se desprende de lo anterior, así como de la mera lectura del apartado 132 de la sentencia Burgenland, que el razonamiento expuesto por el Tribunal en los apartados 120, 121 y 132 de la referida sentencia permite tanto a los demandantes conocer las razones por las que el Tribunal General desestimó su alegación, como al Tribunal de Justicia disponer de los elementos suficientes para ejercer su control jurisdiccional en el marco de un recurso, de modo que es conforme con las exigencias de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 21 de diciembre de 2011, A2A/Comisión, C-320/09 P, apartado 97).
- 82 Por consiguiente, el cuarto motivo de casación del Land Burgenland y el segundo motivo de la República de Austria deben en parte declararse inadmisibles y en parte desestimarse por infundados.

Sobre los motivos de casación relativos a si la oferta del consorcio tiene carácter determinante o no para la evaluación del precio de mercado del BB

Alegaciones de las partes

- 83 Mediante su tercer motivo de casación, el Land Burgenland alega que el Tribunal General infringió el artículo 87 CE, apartado 1, al declarar, en los apartados 69 a 73 y 87 a 91 de la sentencia Burgenland, que la Comisión no incurrió en error al determinar el valor de mercado del BB basándose en la oferta del consorcio, sin tener en cuenta los informes periciales independientes que obraban en su poder y al no ordenar la práctica de ningún otro informe pericial.
- 84 En primer lugar, señala que el Tribunal consideró erróneamente que la Comisión no había incurrido en error manifiesto de apreciación al determinar el precio de mercado del BB únicamente sobre la base de la oferta del consorcio. En efecto, según el Land Burgenland, se desprende de la jurisprudencia que existen otros métodos que reflejan el precio real de mercado del objeto de venta. Al no constituir en todos los casos las ofertas presentadas la mejor estimación aproximativa de dicho precio, el Tribunal General debía haber comprobado si ocurría así en la referida oferta. Ahora bien, el Tribunal no hizo tal comprobación en la sentencia Burgenland, en la que se limitó a citar la Decisión controvertida.
- 85 En segundo lugar, el Land Burgenland considera que el Tribunal General desnaturalizó la Decisión controvertida, que declara que el procedimiento de licitación era irregular debido a la existencia de la condición ilícita dirigida a evitar el recurso a la Ausfallhaftung, y que se contradijo al considerar a la vez que el procedimiento de licitación era irregular, debido a la condición ilícita, e incondicional. Pues bien, dicho carácter irregular del referido procedimiento vició la oferta del consorcio.
- 86 En tercer lugar, señala que el Tribunal General apreció de modo erróneo la alegación del Land Burgenland y no examinó los hechos, al declarar en el apartado 90 de la sentencia Burgenland que la irregularidad de la que adolecía la licitación no había influido en el importe de las ofertas. En efecto, el Tribunal se limitó a referirse a la Decisión controvertida sin haber hecho comprobaciones propias, en particular, sin haber examinado si la Comisión había tenido en cuenta el total de los elementos pertinentes. Sin embargo, ésta se había limitado a declarar que las referidas condiciones no habían causado distorsión de las ofertas a la baja sin examinar si habían supuesto tal distorsión al alza. El Land Burgenland destacó en primera instancia que la oferta del consorcio era hasta un 200 % superior al valor del BB y, por lo tanto, fantasiosa.
- 87 En cuarto lugar, indica que si el apartado 89 de la sentencia Burgenland significa que la oferta del consorcio debía tenerse en cuenta pese a su carácter excesivo, que no reflejaba el precio de mercado del BB, el Tribunal General hizo consideraciones contradictorias. En efecto, sería incoherente tener en cuenta las distorsiones a la baja pero no las distorsiones al alza cuando resultan de las mismas circunstancias.
- 88 En quinto lugar, alega que las consideraciones que figuran en el referido apartado 89 vulneran el principio de igualdad de trato de la propiedad pública y privada previsto en el artículo 345 TFUE. Las carencias comprobadas por la Comisión están basadas en la condición relativa a la necesidad de evitar el recurso a la Ausfallhaftung. Ahora bien, si, según la Comisión y el Tribunal General, el Land Burgenland no podía tener en cuenta los riesgos derivados de la Ausfallhaftung, debía necesariamente poder ignorar el aumento de la oferta del consorcio imputable a dichos riesgos que convertían esa oferta en excesiva. Al excluir dicho elemento, el Tribunal General colocó al Land Burgenland en una situación menos ventajosa que a los vendedores privados.

- 89 Mediante su segundo motivo de casación, GRAWE también considera que los resultados de un procedimiento de licitación únicamente son un indicador válido del precio de mercado cuando la licitación es abierta, transparente e incondicional. Ahora bien, según la Comisión y el Tribunal General, este requisito fundamental no se cumple en la privatización del BB, debido a la condición relativa a la necesidad de evitar el recurso a la *Ausfallhaftung*. Además, señala que dicha condición supuso una distorsión de la oferta del consorcio al alza, tal como GRAWE expuso ante el Tribunal General. Sin embargo, éste no examinó dicha alegación, sino que se limitó a citar la postura de la Comisión, sin haber comprobado si era correcto el análisis de ésta, que a su vez tampoco comprobó si existía una distorsión al alza de la oferta del consorcio.
- 90 GRAWE subraya que, contrariamente a la pretensión formulada por la Comisión ante el Tribunal General, una distorsión del precio de mercado del BB al alza es pertinente, puesto que, al aplicar el criterio del inversor privado, el precio de mercado se corresponde con el precio más elevado que estaría dispuesto a pagar un inversor privado que actuara en condiciones normales de competencia. Por lo tanto, el Tribunal General debería haber declarado que, en el marco de su obligación de examinar el asunto de modo detenido e imparcial, la Comisión tenía que haber utilizado otros métodos para determinar del precio de mercado.
- 91 La Comisión se opone a la alegación del Land Burgenland y de GRAWE.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 92 De una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que el precio de mercado es el precio más elevado que un inversor privado que actúa en condiciones normales de competencia está dispuesto a pagar por una sociedad en la situación en la que se encuentra (véanse las sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Banks*, C-390/98, Rec. p. I-6117, apartado 77, y de 29 de abril de 2004, *Alemania/Comisión*, C-277/00, Rec. p. I-3925, apartado 80).
- 93 Para comprobar el precio de mercado, las autoridades nacionales pueden tener en cuenta, en particular, la forma empleada para la cesión de una sociedad, por ejemplo la de adjudicación pública, que se considera que garantiza una venta en condiciones de mercado, o un peritaje promovido eventualmente con ocasión de la cesión (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Francia*, C-214/07, Rec. p. I-8357, apartados 59 y 60).
- 94 Por consiguiente, el Tribunal General consideró acertadamente, en los apartados 70 y 87 de la sentencia *Burgenland* y en el apartado 77 de la sentencia *GRAWE*, que cuando un poder público procede a la venta de una empresa de su propiedad por medio de una licitación abierta, transparente e incondicional, puede presumirse que el precio de mercado equivale a la oferta más elevada, debiendo acreditarse, en primer lugar, que dicha oferta es vinculante y creíble, y, en segundo lugar, que no está justificado tomar en consideración factores económicos distintos del precio.
- 95 En efecto, en tales circunstancias, no puede exigirse a la Comisión que para comprobar el precio de mercado recurra a otros medios, como los peritajes independientes.
- 96 Asimismo, es acertado que el Tribunal General declarara, en el apartado 90 de la sentencia *Burgenland* y en el apartado 81 de la sentencia *GRAWE*, que la oferta más elevada presentada en el marco de un procedimiento de licitación irregular debido a condiciones ilícitas puede, no obstante, corresponderse con el valor de mercado cuando las carencias de que adolecían las condiciones de la licitación no influyeron en el importe de dicha oferta causando una disminución de ésta.
- 97 En el caso de autos, por una parte, la Comisión, al realizar su apreciación económica compleja de la cuestión de si el Land Burgenland se había comportado como un vendedor privado, examinó si los vicios del procedimiento de licitación que se habían comprobado incidieron en el resultado de dicho

procedimiento y señaló, particularmente sobre la base de las observaciones del consorcio según las cuales consideraba que las condiciones ilícitas controvertidas no eran aplicables de cara al futuro, que dichos vicios no habían conducido a una disminución del importe de la oferta más elevada.

- 98 Por otra parte, al no haber formulado el Land Burgenland ni GRAWE alegación alguna ante el Tribunal General que tuviera por objeto demostrar que la referida apreciación de la Comisión era errónea, no cabe reprochar al Tribunal que confirmara la declaración que hizo la Comisión sin llevar a cabo comprobaciones propias.
- 99 En la medida en que el Land Burgenland y GRAWE alegan que la Comisión no examinó una distorsión al alza del importe de la oferta más elevada y que el Tribunal General se abstuvo de censurar dicha omisión, basta con señalar que el Tribunal General consideró acertadamente, en el apartado 89 de la sentencia Burgenland, que el vendedor privado en una economía de mercado optará, en principio, por la oferta de compra más elevada, siempre que sea vinculante y creíble, con independencia de las razones que hayan llevado al comprador potencial a presentar la referida oferta y que, por consiguiente, debe desestimarse la alegación de que el importe de la oferta presentada por el consorcio es exorbitante.
- 100 De todo lo anterior resulta que procede descartar por infundados el tercer motivo de casación del Land Burgenland y el segundo motivo de casación de GRAWE.

Sobre los motivos de casación relativos a la evaluación de las emisiones privilegiadas por valor de 320 millones de euros

Alegaciones de las partes

- 101 Mediante su primer recurso de casación, el Land Burgenland señala que el Tribunal General vulneró su derecho a ser oído, al no haber apreciado su alegación de que, en el considerando 171 de la Decisión controvertida, la Comisión debería haber tenido en cuenta no solamente las ventajas derivadas de la emisión de títulos «adicionales» por importe de 380 millones de euros, sino también las ligadas a la emisión de títulos por importe de 320 millones de euros. Además, sostiene que llamó la atención del Tribunal General sobre dicha alegación en sus observaciones sobre el informe para la vista, habida cuenta de que no figuraba en él.
- 102 Ahora bien, puesto que la toma en consideración de las ventajas ligadas a la emisión de títulos por importe de 320 millones de euros para el consorcio y para GRAWE respectivamente elimina todo elemento de ayuda de la venta del BB a GRAWE, la apreciación de dicha alegación debía haber conducido a la anulación de la Decisión controvertida. En efecto, en función de su diferencia de calificación y, por lo tanto, de sus tipos de riesgo, el consorcio se benefició, debido a la referida emisión de títulos, de una ventaja de refinanciación de al menos 43,5 millones de euros, mientras que dicha ventaja era tan sólo de entre 3,52 y 8,32 millones de euros para GRAWE.
- 103 El Land Burgenland precisa que no cabe considerar que los apartados 171 y 172 de la sentencia Burgenland contengan una apreciación de la referida alegación, puesto que no la tienen en cuenta, además de que el citado apartado 171 adolece de falta de motivación.
- 104 El Land Burgenland añade que la apreciación que hace el Tribunal General en los apartados 168 a 172 de la sentencia Burgenland del resto de su argumentación relativa al octavo motivo de recurso se basa en una motivación y apreciación jurídica insuficientes, una falta de consideración de las pruebas aportadas, una contradicción con las declaraciones hechas en el apartado 148 de la Decisión controvertida, y en la no comprobación de si para fundamentar dicha Decisión se había tenido en cuenta el conjunto de los elementos de prueba pertinentes.

- 105 Mediante su tercer motivo de casación, GRAWE señala que había alegado en primera instancia que, debido a la diferencia en cuanto a la calificación y, por tanto, al tipo de riesgo, entre ella y el consorcio, éste se benefició, debido a la emisión de títulos por importe de 320 millones de euros, de una ventaja de refinanciación de 42,5 millones de euros, mientras que la ventaja de GRAWE derivada de la emisión del total de los títulos por importe de 700 millones de euros era únicamente de 1,6 millones de euros, de modo que el precio de compra ofrecido por los dos competidores debería haberse ajustado en 40,8 millones de euros a favor de GRAWE. Ahora bien, en la sentencia GRAWE, el Tribunal General no apreció dicha alegación.
- 106 En opinión de GRAWE, no puede justificar dicha omisión el hecho de que el consorcio y GRAWE conocieran la emisión de títulos por importe de 320 millones de euros, de modo que podían tenerla en cuenta en sus respectivas ofertas. En efecto, al haber considerado la Comisión y el Tribunal General que las ventajas derivadas de la Ausfallhaftung no podían apreciarse en el marco del criterio del inversor privado, debían haberse apreciado separadamente al objeto de preservar la coherencia del razonamiento.
- 107 La Comisión considera que la alegación del Land Burgenland y de GRAWE es inadmisibile, puesto que ni el recurso que el Land Burgenland presentó ante el Tribunal General, ni el de GRAWE contenían un motivo de anulación relativo a la evaluación de las emisiones privilegiadas por valor de 320 millones de euros. Por lo tanto, las observaciones formuladas en el informe para la vista estaban dirigidas a introducir un motivo nuevo, lo que es inadmisibile.
- 108 Con carácter subsidiario, la referida institución señala que dicha alegación es infundada.
- 109 En cualquier caso, una apreciación por parte del Tribunal General de la alegación del Land Burgenland y de GRAWE no habría podido resultar en una modificación del fallo de las sentencias Burgenland y GRAWE. En efecto, al conocer el consorcio y GRAWE la emisión de títulos por importe de 320 millones de euros, debían haberla tenido en cuenta en sus respectivas ofertas.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 110 En primer lugar, se desprende de los autos del asunto que dio lugar a la sentencia Burgenland que, si bien la alegación del Land Burgenland relativa a la emisión de títulos por importe de 320 millones de euros no figura en el recurso como parte independiente del octavo motivo del recurso que éste había presentado, está, no obstante, presente en dicho motivo. Ahora bien, tras las precisiones hechas por el Land Burgenland sobre el informe para la vista, no son en absoluto dudosos la presencia y el alcance de dicha alegación, que figura ya en el escrito de recurso. Por lo tanto, contrariamente a lo que afirma la Comisión, no cabe considerar que las referidas precisiones constituyan un motivo nuevo que sería inadmisibile.
- 111 Además, se desprende de los autos del asunto que dio lugar a la sentencia GRAWE que la referida alegación figuraba de modo suficientemente claro en el recurso de GRAWE.
- 112 Por lo tanto, el Tribunal General debía haber examinado dicha alegación tanto en la sentencia Burgenland como en la sentencia GRAWE. Sin embargo, contrariamente a lo que afirma la Comisión, en las sentencias Burgenland y GRAWE no consta que el Tribunal General hubiese efectuado tal apreciación.
- 113 Por consiguiente, procede examinar, en el caso de autos, la referida alegación que el Land Burgenland y GRAWE reprodujeron, en esencia, en los motivos primero y tercero de sus respectivos recursos.

- 114 A este respecto, basta con recordar que en el apartado 99 de la presente sentencia se ha señalado que el Tribunal General consideró acertadamente que el vendedor privado en una economía de mercado optará, en principio, por la oferta de compra más elevada, siempre que sea vinculante y creíble, con independencia de las razones que hayan llevado al comprador potencial a presentar la referida oferta. En efecto, desde la perspectiva de tal vendedor privado, no son determinantes las razones que lleven a un licitador dado a presentar una oferta de un determinado importe.
- 115 En el caso de autos ha quedado acreditado que tanto el consorcio como GRAWE conocían la emisión de títulos por importe de 320 millones de euros, de modo que la tuvieron en cuenta en sus respectivas ofertas. Pues bien, dado que, como se ha recordado en el apartado anterior, no procede hacer un examen de las razones que llevaron al comprador potencial a proponer la oferta de compra más elevada, en cualquier caso, la alegación relativa a tal emisión de títulos no puede prosperar.
- 116 En particular, como señaló acertadamente la Comisión, dado que todo elemento de las condiciones de privatización de una empresa pública puede presentar ventajas y desventajas distintas para cada uno de los diferentes licitadores, el análisis al que se refieren el Land Burgenland y GRAWE no puede limitarse, en el caso de autos, únicamente a los efectos de la emisión de títulos por importe de 320 millones de euros, sino que tiene que tener por objeto también, entre otros, las ventajas fiscales que algunos de los licitadores podrían obtener de la imputación fiscal diferida de las pérdidas del BB. Ahora bien, la Comisión no está obligada a efectuar tal análisis detallado y diferenciado respecto de cada licitador.
- 117 Pues bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando se compra una empresa al precio más elevado que un inversor privado que actúa en condiciones normales de competencia estaba dispuesto a pagar por dicha sociedad en la situación en la que se encontraba, ésta ha sido evaluada en todos los aspectos a precio de mercado y no se puede considerar que el comprador haya disfrutado de una ventaja en relación con los demás operadores del mercado (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Banks, apartado 77, y de 29 de abril de 2004, Alemania/Comisión, apartado 80).
- 118 En segundo lugar, por lo que respecta a las pretensiones del Land Burgenland sobre la apreciación por el Tribunal General de su alegación relativa a la emisión de títulos por importe de 380 millones de euros, por una parte, se desprende del apartado 165 de la sentencia Burgenland que el Tribunal General tuvo en cuenta el conjunto de la alegación del Land Burgenland sobre este particular y que, en concreto, hizo referencia a los elementos de prueba en los que éste basaba su recurso.
- 119 Por otra parte, se desprende del apartado 170 de la sentencia Burgenland que el Tribunal General desestimó la referida alegación al considerar que, pese a dichos elementos, la Comisión podía, sin incurrir en error, fundar su conclusión en los elementos que figuran en la Decisión controvertida.
- 120 Por consiguiente, ha de señalarse, en primer lugar, que la referida motivación permite al Land Burgenland conocer las razones por las que el Tribunal General desestimó dicha alegación y al Tribunal de Justicia disponer de elementos suficientes para ejercer su control jurisdiccional. Además, dicha motivación no contiene una apreciación jurídica insuficiente, no deja de tomar en consideración las pruebas aportadas por el Land Burgenland, ni omite comprobar si la Comisión había fundado la Decisión controvertida en una toma en consideración del conjunto de los elementos de prueba pertinentes. Por último, la lectura particularmente de la primera frase del referido apartado 170 no permite apreciar que exista una supuesta contradicción entre éste y las declaraciones hechas en el apartado 148 de la Decisión controvertida.
- 121 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede desestimar por infundados el primer motivo de casación del Land Burgenland y el tercer motivo de casación de GRAWE.

- ¹²² Puesto que no puede acogerse ninguno de los motivos invocados por Land Burgenland, la República de Austria y GRAWE para fundamentar sus recursos de casación, éstos deben desestimarse.

Costas

- ¹²³ En virtud de lo dispuesto en el artículo 184, apartado 2, de su Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea infundado.
- ¹²⁴ A tenor del artículo 138, apartado 1, del mismo Reglamento, aplicable al procedimiento de casación en virtud del artículo 184, apartado 1, de éste, la parte cuyas pretensiones sean desestimadas será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas al Land Burgenland, a la República de Austria y a GRAWE y haber sido desestimados los motivos formulados por éstos, procede condenarlos al pago de las costas.
- ¹²⁵ Conforme al artículo 140, apartado 1, del mismo Reglamento, aplicable también al recurso de casación en virtud del citado artículo 184, apartado 1, los Estados miembros que hayan intervenido en el litigio soportarán sus propias costas. Por lo tanto, procede declarar que la República Federal de Alemania soportará sus propias costas.

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

- 1) Desestimar los recursos.**
- 2) Condenar en costas al Land Burgenland, a Grazer Wechselseitige Versicherung AG y a la República de Austria.**
- 3) La República Federal de Alemania cargará con sus propias costas.**

Firmas