



## Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 11 de noviembre de 2021 \*

«Recurso de casación — Ayudas de Estado — Concesión de una autopista de peaje — Ley que establece una exención del pago de peajes para determinados vehículos — Compensación concedida al concesionario por el Estado miembro por la pérdida de ingresos — Peaje virtual — Compensación que la Comisión Europea considera que es excesiva y confiere una ayuda — Decisión de la Comisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado interior y se ordena su recuperación — Derechos procesales del beneficiario de la ayuda — Obligación de la Comisión de ejercer una vigilancia especial — Concepto de “ayuda de Estado” — Ventaja — Mejora de la situación financiera prevista del concesionario — Criterio del operador privado en una economía de mercado — Desnaturalización de pruebas — Falta de motivación — Deformación de la decisión controvertida — Sustitución de fundamentación — Inversión de la carga de la prueba — Vulneración del principio de primacía del Derecho de la Unión — Control judicial que debe efectuar el Tribunal General — Obligaciones y límites»

En el asunto C-933/19 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 20 de diciembre de 2019,

**Autostrada Wielkopolska S. A.**, con domicilio social en Poznań (Polonia), representada por el Sr. O. Geiss, Rechtsanwalt, y por la Sra. T. Siakka, dikigoros,

parte recurrente,

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

**Comisión Europea**, representada por las Sras. L. Armati y K. Herrmann y por el Sr. S. Noë, en calidad de agentes,

parte demandada en primera instancia,

**República de Polonia**, representada por los Sres. B. Majczyna y M. Rzotkiewicz, en calidad de agentes,

parte coadyuvante en primera instancia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

\* Lengua de procedimiento: inglés.

integrado por el Sr. A. Arabadjiev (Ponente), Presidente de la Sala Primera, en funciones de Presidente de la Sala Segunda, y la Sra. I. Ziemele y los Sres. T. von Danwitz, P. G. Xuereb y A. Kumin, Jueces;

Abogado General: Sr. H. Saugmandsgaard Øe;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

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 su recurso de casación, Autostrada Wielkopolska S. A. (en lo sucesivo, «AW») solicita la anulación de la sentencia del Tribunal General de 24 de octubre de 2019, Autostrada Wielkopolska/Comisión (T-778/17, en lo sucesivo, «sentencia recurrida», EU:T:2019:756), mediante la que el Tribunal General desestimó su recurso de anulación de la Decisión (UE) 2018/556 de la Comisión, de 25 de agosto de 2017, relativa a la ayuda estatal SA.35356 (2013/C) (ex 2013/NN, ex 2012/N) concedida por Polonia en favor de Autostrada Wielkopolska (DO 2018, L 92, p. 19; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

### **Antecedentes del litigio**

- 2 Los antecedentes del litigio fueron expuestos por el Tribunal General en los apartados 1 a 37 de la sentencia recurrida y, a efectos del presente procedimiento, pueden resumirse del siguiente modo.
- 3 El 10 de marzo de 1997, tras una licitación, la República de Polonia adjudicó a AW una concesión para construir y explotar el tramo de la autopista A 2 situado entre Nowy Tomyśl (Polonia) y Konin (Polonia) (en lo sucesivo, «tramo correspondiente de la autopista A 2») por un período de cuarenta años.
- 4 En virtud del contrato de concesión firmado el 12 de septiembre de 1997 (en lo sucesivo, «contrato de concesión»), AW se comprometía a obtener, a su costa y riesgo, financiación externa para la construcción y explotación del tramo correspondiente de la autopista A 2, y a cambio disfrutaría del derecho a percibir los peajes abonados por los usuarios de la autopista. El contrato también le permitía aumentar las tarifas de peaje para maximizar sus ingresos dentro de los límites de las tarifas máximas definidas por categoría de vehículo.
- 5 Tras su adhesión a la Unión Europea en 2004, la República de Polonia tuvo que incorporar a su ordenamiento jurídico la Directiva 1999/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras (DO 1999, L 187, p. 42). El artículo 7, apartado 3, de dicha Directiva dispone que no podrán exigirse simultáneamente peajes y tasas por la utilización del mismo tramo de carretera.

- 6 En consecuencia, el Parlamento polaco adoptó la ustawa o zmianie ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym oraz ustawy o transporcie drogowym (Ley por la que se modifican la Ley de Autopistas de Peaje y el Fondo Nacional de Carreteras y la Ley de Transporte por Carretera), de 28 de julio de 2005 (Dz. U. n.º 155, posición 1297; en lo sucesivo, «Ley de 28 de julio de 2005»). Esta Ley eliminó la doble imposición de los vehículos pesados de transporte de mercancías por el uso del mismo tramo de carretera. En consecuencia, los vehículos pesados que dispusieran de una viñeta (tarjeta de peajes) para utilizar las carreteras nacionales quedaban exentos de pagar, a partir del 1 de septiembre de 2005, los peajes en las autopistas cubiertas por contratos de concesión.
- 7 Con arreglo a la Ley de 28 de julio de 2005, los concesionarios debían ser compensados por el Fondo Nacional de Carreteras por la pérdida de ingresos generada por la exención del pago de peajes. La mencionada Ley disponía que los concesionarios tenían derecho a percibir un reembolso equivalente al 70 % del importe obtenido al multiplicar el número real de desplazamientos de vehículos pesados de transporte de mercancías provistos de viñeta por la tarifa de peaje virtual negociada con los concesionarios para cada categoría de vehículos pesados. La reducción al 70 % establecida por dicha Ley tenía por objeto compensar el aumento previsto del tráfico de vehículos pesados de mercancías en las autopistas objeto de concesión como consecuencia de la exención del peaje. Esa misma Ley también establecía que las tarifas de peaje virtual no podían superar las tarifas reales aplicadas a la categoría de vehículos correspondiente. Especificaba, por último, que el método de compensación debía determinarse en cada uno de los contratos de concesión.
- 8 En el caso de AW, tras las negociaciones con las autoridades polacas, el método de compensación y las tarifas de peaje virtual se establecieron en el anexo 6 del contrato de concesión (en lo sucesivo, «anexo 6»), firmado el 14 de octubre de 2005.
- 9 La República de Polonia explicó que el método de compensación previsto en el anexo 6 se basaba en el principio de que la situación financiera prevista del concesionario no debía cambiar tras la Ley de 28 de julio de 2005. Precisó que, para alcanzar ese objetivo, la tasa interna de rentabilidad descontada (en lo sucesivo, «TIR») de la inversión de AW en el tramo correspondiente de la autopista A 2 debía mantenerse en el mismo nivel en el que habría permanecido si no se hubiera modificado la Ley, es decir, sin la pérdida de ingresos derivada de la Ley de 28 de julio de 2005.
- 10 Las partes firmantes del anexo 6 (en lo sucesivo, «partes contratantes») acordaron que el cálculo de la compensación se realizaría con arreglo a un procedimiento en dos fases, basado en modelos financieros que mostrasen los flujos financieros reales y previstos y que permitieran calcular la TIR. Durante la primera fase, era necesario establecer las tarifas del peaje virtual que la República de Polonia debía abonar a AW. Durante la segunda fase, esas tarifas debían ser verificadas no más tarde del 30 de noviembre de 2007 y, si fuera necesario, revisadas.
- 11 Así, en la primera fase, las tarifas de peaje virtual se fijaron sobre la base de los tres modelos financieros siguientes, presentados por AW:
  - el modelo básico presentaba la situación financiera de AW en el momento del cierre de su contabilidad en 2000 y suponía que el peaje se percibiría efectivamente durante todo el período de la concesión. La TIR era del 10,62 %;

- el modelo de percepción efectiva del peaje describía la que habría sido la situación financiera de AW a partir del mes de diciembre de 2004 si los vehículos pesados de transporte de mercancías no hubieran quedado exentos de peaje. La TIR era del 10,77 %; y
  - el modelo con viñeta describía la que habría sido la situación financiera de AW a partir de junio de 2005 si los vehículos pesados de transporte de mercancías estuviesen exentos del peaje. En este modelo, los ingresos se componían de la compensación en forma de peaje virtual abonada por los vehículos pesados y de la percepción efectiva del peaje por los demás vehículos. Las tarifas de peaje virtual se fijaban en los niveles máximos autorizados por el contrato de concesión. La TIR era del 8,20 %.
- 12 Sobre la base de esos modelos financieros, AW mostró que, incluso aplicando las tarifas máximas del peaje virtual, no se alcanzaría la TIR del 10,77 % del modelo de percepción efectiva del peaje. Por esta razón, fijó las tarifas de peaje virtual en los niveles máximos autorizados por el contrato de concesión.
  - 13 A partir del 1 de septiembre de 2005, los vehículos pesados de transporte de mercancías provistos de viñeta quedaron exentos de peaje y AW percibió una compensación mensual calculada sobre la base del número de vehículos pesados afectados que circulaban por la autopista y de las tarifas de peaje virtual acordadas.
  - 14 En la segunda fase, las partes contratantes debían comprobar la evolución del tráfico de vehículos pesados de transporte de mercancías tras la exención de peajes y adaptar las tarifas del peaje virtual en consecuencia para evitar el pago de compensaciones excesivas o insuficientes. AW debía presentar un modelo financiero actualizado (en lo sucesivo, «modelo de verificación») que mostrase el impacto de dichas tarifas en los indicadores financieros básicos del contrato de concesión, entre ellos la TIR. Si la TIR del modelo de verificación superaba la TIR del modelo de percepción efectiva del peaje, las tarifas del peaje virtual debían revisarse a la baja para eliminar la rentabilidad excesiva. En cambio, si la TIR del modelo de verificación resultara ser inferior a la TIR del modelo de percepción efectiva del peaje, las tarifas controvertidas debían revisarse al alza.
  - 15 AW presentó el modelo de verificación en 2007. En ese modelo, la TIR era del 9,20 % en junio de 2006. El informe de verificación adjunto a ese modelo y presentado por AW sugería que las tarifas de peaje virtual debían incrementarse.
  - 16 Mediante escrito de 28 de noviembre de 2007, la Generalna Dyrekcja dróg krajowych i autostrad (Dirección General de Carreteras Nacionales y Autopistas, Polonia) informó a AW de que, debido a las dudas sobre la exactitud de las hipótesis utilizadas a efectos del anexo 6, no aceptaba la propuesta de revisar las tarifas de peaje virtual. A pesar de dicho escrito, AW siguió recibiendo pagos mensuales de peaje virtual conforme a lo dispuesto en dicho anexo. Posteriormente, el 13 de noviembre de 2008, el Ministro de Infraestructuras polaco declaró que dejaba sin efecto este anexo, declarando en particular que había sido formalizado por error.
  - 17 Según la República de Polonia, AW sobreestimó la TIR del modelo de percepción efectiva del peaje al utilizar previsiones de tráfico e ingresos obsoletas. Afirma que AW utilizó un estudio de tráfico e ingresos elaborado por la consultora Wilbur Smith Associates (WSA) en 1999 (en lo sucesivo, «estudio WSA de 1999») pese a que existía un estudio más reciente, del mes de junio de 2004 (en lo sucesivo, «estudio WSA de 2004»). Según el informe de 24 de septiembre de 2010 encargado por el Ministerio de Infraestructuras polaco y elaborado por PricewaterhouseCoopers

(PwC) (en lo sucesivo, «informe PwC»), utilizar las hipótesis de tráfico e ingresos del estudio WSA de 2004 en lugar de las recogidas en el estudio WSA de 1999 tenía como efecto disminuir la TIR en el modelo de percepción efectiva del peaje del 10,77 % al 7,42 %.

- 18 Así pues, en opinión del Ministro de Infraestructuras polaco, AW recibió una cantidad excesiva en concepto de compensación por el peaje virtual. Dado que AW se negó a reembolsar el importe recibido en exceso que le había reclamado la República de Polonia, dicho Ministro solicitó la apertura de un procedimiento judicial para recuperar dicho importe.
- 19 De forma simultánea, AW recurrió la negativa a ejecutar el anexo 6, llevando el caso ante un tribunal arbitral. En un laudo de 20 de marzo de 2013 (en lo sucesivo, «laudo arbitral»), dicho tribunal resolvió a favor de AW, declarando que dicho anexo era válido y que la República de Polonia debía cumplir sus disposiciones. Mediante sentencia de 26 de enero de 2018, el Sąd Okręgowy w Warszawie, I Wydział Cywilny (Tribunal Regional de Varsovia, Sala Primera de lo Civil, Polonia), desestimó el recurso interpuesto por el Ministro de Infraestructuras polaco contra el laudo arbitral. Esa sentencia fue objeto de un recurso de apelación ante el Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia, Polonia).
- 20 La aplicación del sistema de compensación en forma de peaje virtual finalizó el 30 de junio de 2011, con la implementación por la República de Polonia de un sistema de telepeaje que sustituyó a las viñetas.
- 21 El 31 de agosto de 2012, la República de Polonia notificó a la Comisión Europea una medida por la que se concedía a AW una compensación financiera, en forma de peaje virtual, por la pérdida de ingresos causada por la Ley de 28 de julio de 2005.
- 22 El 20 de septiembre de 2014, la Comisión decidió incoar un procedimiento de investigación formal sobre la medida notificada (en lo sucesivo, «Decisión de incoación»). Esa Decisión se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 20 de septiembre de 2014 (DO 2014, C 328, p. 12).
- 23 El 25 de agosto de 2017, la Comisión adoptó la Decisión controvertida.
- 24 En primer lugar, por lo que se refiere a la existencia de una ayuda de Estado, la Comisión consideró que AW tenía derecho a ser indemnizada por las modificaciones introducidas mediante la Ley de 28 de julio de 2005, que la habían privado de la posibilidad de recaudar un peaje de los vehículos pesados de transporte de mercancías, pero que, si tal compensación mejoraba su situación financiera prevista de forma que excediera la compensación vinculada a las consecuencias directas de las modificaciones introducidas por dicha Ley, AW recibiría una ventaja indebida que constituiría una ayuda de Estado.
- 25 Por lo que respecta al modelo de percepción efectiva del peaje, la Comisión consideró que AW debería haber recurrido a las previsiones contemporáneas de tráfico e ingresos disponibles, recogidas en el estudio WSA de 2004. La Comisión declaró que, en comparación con el estudio WSA de 1999, el estudio WSA de 2004 contenía datos significativamente más bajos en lo que se refiere al tráfico de vehículos comprendidos en las categorías 2 y 3, así como tarifas óptimas de peaje efectivo considerablemente más bajas para los vehículos comprendidos en las categorías 2 a 4. Consideró que el uso del modelo de percepción efectiva del peaje basado en el estudio WSA

de 1999 había resultado en una TIR superior a la que cabía legítimamente esperar en el momento de las modificaciones realizadas por la Ley de 28 de julio de 2005, lo que dio lugar a una compensación excesiva en forma de pagos más elevados en concepto de peaje virtual.

- 26 Por lo que respecta a la verificación de las tarifas del peaje virtual, la Comisión estimó que la República de Polonia había asumido los riesgos derivados de la evolución del tráfico durante el período comprendido entre la implantación del sistema de peaje virtual y la verificación de 2007. No obstante, aceptó este mecanismo de verificación, basándose en que se había conseguido fijar las tarifas del peaje virtual en un nivel que permitía evitar el pago de una compensación excesiva. La Comisión señaló asimismo que la verificación se llevó a cabo al término de un período limitado en comparación con toda la duración del contrato de concesión, pero suficiente para que las partes contratantes pudieran reunir los datos reales de tráfico indispensables y elaborar sobre esa base previsiones de tráfico fiables.
- 27 En lo tocante al cálculo de la cantidad percibida en exceso, la Comisión consideró que el modelo de percepción efectiva del peaje actualizado por PwC y utilizado por esta en su informe (en lo sucesivo, «modelo PwC de percepción efectiva del peaje») incluía las previsiones de tráfico e ingresos del estudio WSA de 2004 y reflejaba correctamente las previsiones actualizadas en la fecha de adopción de la Ley de 28 de julio de 2005. Declaró que la TIR del 7,42 % del modelo PwC de percepción efectiva del peaje podía considerarse la TIR que AW podía esperar justo antes de las modificaciones realizadas por dicha Ley. Estimó que, en comparación con la TIR del 7,42 % del modelo PwC de percepción efectiva del peaje, la TIR del 10,77 % utilizada por AW durante las negociaciones era excesiva. Asimismo, señaló que la TIR del 8,20 % del modelo con viñeta era superior al 7,42 %.
- 28 La Comisión constató que, para determinar la cantidad percibida en exceso durante el período comprendido entre septiembre de 2005 y octubre de 2007 y previo a la verificación, PwC había utilizado el modelo con viñeta para recalcular las tarifas de peaje virtual que deberían haberse aplicado a partir del mes de septiembre de 2005 para alcanzar una TIR del 7,42 %. Señaló que la cuantía de la compensación establecida partiendo de las tarifas de peaje virtual recalculadas había sido comparada con los pagos efectivamente realizados a favor de AW. Consideró que, en el mencionado período, la cantidad percibida en exceso ascendía a 64,7 millones de euros.
- 29 La Comisión constató que, para determinar la cantidad percibida en exceso en el período posterior a la verificación, que va del mes de noviembre de 2007 al mes de junio de 2011, PwC había aplicado el modelo de verificación para recalcular las tarifas de peaje virtual con el fin de alcanzar una TIR del 7,42 %. Indicó que la cuantía de la compensación establecida sobre la base de las tarifas de peaje virtual recalculadas había sido comparada con los pagos efectivamente realizados a favor de AW. Consideró que, en el citado período, la cantidad percibida en exceso ascendía a 159 millones de euros.
- 30 En cuanto a la alegación de AW de que se cumplía el criterio del inversor privado en una economía de mercado, la Comisión respondió en sentido negativo.
- 31 En segundo lugar, la Comisión consideró que la compensación se puso a disposición de AW antes de la notificación de dicha medida a la Comisión, razón por la cual la República de Polonia no había respetado la prohibición establecida en el artículo 108 TFUE, apartado 3, y que, por consiguiente, la ayuda concedida era ilegal. Concluyó, además, que dicha ayuda no era compatible con el mercado interior, por lo que debía recuperarse para restablecer la situación existente en el mercado antes de su concesión.

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

- 32 Mediante demanda registrada en la Secretaría del Tribunal General el 28 de noviembre de 2017, AW interpuso un recurso mediante el que solicitó la anulación de la Decisión controvertida.
- 33 En apoyo de ese recurso, AW invocó, en esencia, seis motivos basados, el primero, en la vulneración del derecho a participar en el procedimiento administrativo; el segundo, en la infracción del artículo 107 TFUE, apartado 1, debido a la utilización de un criterio erróneo para apreciar la existencia de una ventaja económica y en una aplicación manifiestamente errónea de ese criterio; el tercero, en la infracción del artículo 107 TFUE, apartado 1, debido a una aplicación incorrecta del criterio del inversor privado y en una motivación inadecuada; el cuarto, en que la Comisión basó su conclusión relativa a la incompatibilidad de la ayuda en consideraciones erróneas; el quinto, en un error manifiesto de apreciación en el cálculo de la cuantía de la ayuda de Estado; y, el sexto, en la falta de motivación de la Decisión controvertida.
- 34 Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal General desestimó el recurso en su totalidad.

### **Pretensiones de las partes ante el Tribunal de Justicia**

- 35 AW solicita al Tribunal de Justicia que:
- Anule la sentencia recurrida.
  - Anule la Decisión controvertida o devuelva el asunto al Tribunal General.
  - Condene en costas a la Comisión.
- 36 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación y condene en costas a AW.

### **Sobre el recurso de casación**

- 37 En apoyo de su recurso de casación, AW invoca cuatro motivos.

#### ***Primer motivo de casación***

- 38 El primer motivo de casación, relativo a los derechos procesales de AW, se basa en un error de Derecho, en la desnaturalización de las pruebas y en la falta de motivación. Al tiempo que rebate la argumentación de AW, la Comisión propone asimismo al Tribunal de Justicia que desestime este motivo, procediendo a una sustitución de fundamentos de Derecho.

### *Alegaciones de las partes*

#### *– Sobre la argumentación de AW en casación*

- 39 AW considera que el Tribunal General declaró acertadamente, en el apartado 60 de la sentencia recurrida, que la Comisión no le había permitido participar en el procedimiento administrativo en una medida adecuada, lo que aduce que constituye un vicio sustancial de forma que, por sí solo, debería haber dado lugar a la anulación de la Decisión controvertida. En cambio, a su juicio, el Tribunal General afirmó erróneamente, en el apartado 61 de dicha sentencia, que era necesario demostrar, a efectos de la anulación de dicha Decisión, que, de no haberse producido tal omisión, el análisis jurídico adoptado por la Comisión habría podido ser diferente. Entiende que, de este modo, el Tribunal General aplicó un criterio jurídico erróneo y, por lo tanto, incurrió en error de Derecho. Por otra parte, según AW, el razonamiento del Tribunal General en los apartados 63, 64, 67 y 68 de dicha sentencia es inadecuado y contradictorio y trae causa de la desnaturalización de las pruebas.
- 40 A este respecto, AW señala, antes de nada, que los considerandos 76 a 78 de la Decisión de incoación establecen que el peaje virtual debe calcularse sobre la base de las previsiones de tráfico más recientes y que la Comisión había identificado el estudio WSA de 2004 como el estudio más reciente. No obstante, según AW, en las observaciones relativas a la Decisión de incoación, AW identificó el estudio realizado en 2005 por la sociedad Faber Maunsell (en lo sucesivo, «estudio FM de 2005») como el más reciente. Siempre según AW, la Comisión y la República de Polonia intercambiaron pareceres sobre la pertinencia de ese estudio durante el período respecto al cual el Tribunal General llegó a la conclusión de que AW debería haber podido presentar de nuevo sus observaciones. AW considera que, si hubiera podido aportar pruebas que demostrasen que, contrariamente a lo que la Comisión había estimado a raíz de los referidos intercambios, dicho estudio podía utilizarse, la Comisión debería haberlo tenido en cuenta como estudio más reciente y el nivel de la TIR justo antes de las modificaciones realizadas por la Ley de 28 de julio de 2005 (en lo sucesivo, «TIR del peaje real») habría podido fijarse por tanto en el 8,2 % o ser superior a dicha tasa, de modo que no habría habido ni ventaja ni ayuda de Estado y que el resultado del procedimiento habría sido diferente.
- 41 A continuación, AW alega que, en el apartado 67 de la sentencia recurrida, el Tribunal General deformó la alegación de AW, que se refería en realidad a la imposibilidad de esta última de presentar sus observaciones sobre los argumentos de la República de Polonia. Alega además que, si dicho apartado debiera interpretarse en el sentido de que el estudio FM de 2005 no se tuvo en cuenta en el razonamiento de la Comisión, procedería considerar que el Tribunal General deformó el contenido de la Decisión controvertida y se contradijo, habida cuenta de su afirmación de que la Comisión pretendía utilizar los datos más recientes. Entiende que, en cambio, si dicho apartado debiera interpretarse en el sentido de que debe establecerse una distinción general en el marco de los derechos procesales de AW entre «declaraciones positivas» (el estudio WSA de 2004 es el estudio «más reciente») y «declaraciones negativas» (el estudio FM de 2005 debe excluirse) de la Comisión, procedería considerar que el Tribunal General incurrió en error de Derecho.
- 42 Por último, AW aduce que el resultado del procedimiento también habría podido ser diferente si hubiera tenido ocasión de formular sus observaciones sobre el supuesto carácter cortoplacista del sistema de peaje virtual previsto en el anexo 6, invocando, en particular, el carácter contradictorio de esa consideración con el artículo 4 del referido anexo. AW afirma que, en efecto, si bien la Decisión controvertida no menciona dicha consideración, la Comisión la invocó en primera

instancia al subrayar que, debido al supuesto carácter cortoplacista del sistema de peaje virtual previsto en el anexo 6, cualquier riesgo de inflación o de tipo de cambio tenía una importancia limitada. Pues bien, para AW, al no haber expuesto la Comisión ninguna otra consideración a este respecto en la vista ante el Tribunal General, debe entenderse que la Comisión ya había expuesto esa misma consideración durante la fase administrativa.

- 43 La Comisión replica, de entrada, que la apreciación de AW según la cual el hecho de haber participado en el procedimiento administrativo tiene carácter de requisito sustancial de forma procede de una lectura errónea de la sentencia recurrida. Afirma que, además, contrariamente al requisito sustancial de forma consistente en emplazar a los interesados a presentar observaciones mediante la publicación de la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal, el derecho de los interesados a participar en el procedimiento administrativo en una medida adecuada no constituye un requisito sustancial de forma, sino un derecho subjetivo cuyo alcance puede depender de la situación específica del interesado de que se trate y de las circunstancias del caso concreto. En consecuencia, la Comisión concluye que, si debiera considerarse que el hecho de no dar de nuevo al beneficiario la posibilidad de presentar sus observaciones constituye un vicio de procedimiento —que a su juicio no lo es—, sería correcto el criterio aplicado por el Tribunal General en los apartados 61 y siguientes de la sentencia recurrida.
- 44 Respecto a la alegación de AW resumida en el apartado 40 de la presente sentencia, la Comisión señala que AW no propone un razonamiento jurídico diferente, sino simplemente un resultado diferente, debido a los distintos datos numéricos utilizados para efectuar los mismos cálculos, lo que, a su entender, no demuestra que el Tribunal General desnaturalizara manifiestamente las pruebas. De este modo —según la Comisión—, AW alega que, si hubiera participado en los intercambios de pareceres que tuvieron lugar con la República de Polonia, el resultado del análisis de la Comisión habría sido diferente. Según la Comisión, esta alegación pretende, en realidad, impugnar una apreciación fáctica, lo cual, a su juicio, escapa al control realizado por el Tribunal de Justicia en la fase de casación.
- 45 Por lo que respecta a la alegación de AW resumida en los apartados 41 y 42 de la presente sentencia, la Comisión recuerda que no es necesario que la motivación de la sentencia recurrida aborde una por una cada alegación formulada ante el Tribunal General, que el reproche de no haber mencionado un elemento no invocado por la entonces demandante no constituye un motivo válido y que, en consecuencia, las afirmaciones resumidas en los apartados 41 y 42 de la presente sentencia están fuera de lugar. Además, según la Comisión, AW admite que la Decisión controvertida no hace referencia al supuesto carácter cortoplacista del sistema de peaje virtual previsto en el anexo 6. A este respecto, en opinión de la Comisión, el Tribunal General concluyó simplemente que la alegación procesal de AW era inoperante debido a que el aspecto respecto al cual la entonces demandante invocaba el derecho a ser oída no formaba parte de la motivación de la Decisión controvertida.
- 46 La República de Polonia alega que, contrariamente a lo que afirma AW, esta pudo presentar observaciones escritas y orales tras la publicación de la Decisión de incoación, en el marco de un escrito presentado a la Comisión el 27 de enero de 2015 y de reuniones celebradas con esa institución los días 24 de noviembre de 2015 y 21 de marzo de 2017. A este respecto, subraya que, habida cuenta de que los beneficiarios de las ayudas solo son partes interesadas en el procedimiento y no pueden impugnar con carácter autónomo la actuación de la Comisión durante el procedimiento administrativo, de que la Decisión de incoación no adolece de errores que requieran una rectificación y de que la propia República de Polonia no aportó nuevas pruebas durante el procedimiento de investigación formal, la Comisión dio a AW la oportunidad

de presentar observaciones yendo mucho más allá de las obligaciones que le incumben. En particular, a su juicio, AW pudo comentar la pertinencia y la incidencia del estudio FM de 2005 sobre el método de cálculo de la TIR cuando lo aportó a la Comisión, pero prefirió referirse al estudio WSA de 1999, tanto ante la Comisión como ante el Tribunal General.

– *Sobre la pretensión de la Comisión de sustitución de fundamentos de Derecho*

- 47 La Comisión considera que el razonamiento que figura en los apartados 58 a 60 de la sentencia recurrida es jurídicamente erróneo, puesto que, como beneficiaria de la medida de ayuda de que se trata, AW es una parte «interesada», en el sentido del artículo 108 TFUE, apartado 2, que, según la jurisprudencia, no puede invocar el derecho de defensa; no puede pretender, como en el caso de un Estado miembro, mantener un debate contradictorio con la Comisión y solo dispone del derecho a participar en el procedimiento administrativo en una medida adecuada a las circunstancias del caso. Sin embargo, a su juicio, el Tribunal General no tuvo en cuenta esta jurisprudencia al declarar que la Comisión debería haber dado de nuevo a AW la posibilidad de presentar sus observaciones.
- 48 En efecto, para la Comisión, al declarar, en el apartado 63 de la sentencia recurrida, que la Decisión de incoación había permitido a AW ejercer su derecho a presentar observaciones, el Tribunal General debería haber reconocido que las circunstancias del caso de autos no obligaban a la Comisión a ir más allá. Afirma que, en particular, los intereses divergentes de AW y de la República de Polonia no pueden justificar que se concedan a AW derechos similares a los de dicho Estado miembro. Del mismo modo, entiende que ni la duración ni la intensidad de los intercambios con la República de Polonia fueron atípicas y, en todo caso, no justificaban el reconocimiento de derechos adicionales a favor de AW. Sin embargo, según la Comisión, al estimar que esta debería haber reconocido a AW el derecho a comentar las observaciones de ese Estado miembro, el Tribunal General le reconoció, en esencia, el derecho a un debate contradictorio y desnaturalizó el procedimiento, que prevé que únicamente el Estado miembro tiene reconocida la posibilidad de comentar la información aportada por los demás interesados.
- 49 AW alega que la Comisión no invoca un error de Derecho, sino que se limita a impugnar, sin invocar desnaturalización alguna, la apreciación fáctica del Tribunal General según la cual las circunstancias específicas del caso de autos exigían que AW pudiera presentar observaciones adicionales. No obstante, a su juicio, dado que el control de dicha apreciación no es competencia del Tribunal de Justicia y que las partes demandadas no han solicitado la devolución del asunto al Tribunal General, la pretensión de la Comisión es inadmisibles y llevaría al Tribunal de Justicia a pronunciarse *ultra petita*. Además, según AW, la Comisión aborda individualmente los diferentes factores, mientras que el Tribunal General abordó conjuntamente, en el apartado 58 de la sentencia recurrida, las circunstancias concretas del caso de autos. A mayor abundamiento, a juicio de AW, el Tribunal General no afirmó que se le hubiera debido ofrecer la posibilidad de presentar observaciones sobre toda la información comunicada, y la mera presentación de observaciones complementarias, habida cuenta, en particular, de que no existía un conocimiento completo del expediente, no equivale a un debate contradictorio ni se corresponde con los derechos concedidos a los Estados miembros en la materia.

### *Apreciación del Tribunal de Justicia*

- 50 En primer lugar, por lo que respecta a la alegación resumida en los apartados 40 y 41 de la presente sentencia, basada en la desnaturalización de las pruebas y en la falta de motivación, procede recordar que, en el marco del recurso de casación, el control del Tribunal de Justicia tiene por objeto, en particular, verificar si el Tribunal General contestó de modo suficiente con arreglo a Derecho a todas las alegaciones formuladas por el recurrente (sentencia de 22 de octubre de 2014, *British Telecommunications/Comisión*, C-620/13 P, no publicada, EU:C:2014:2309, apartado 55 y jurisprudencia citada).
- 51 En el apartado 60 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró que, en las circunstancias concretas del asunto, señaladas en el apartado 58 de la referida sentencia, la Comisión debería haber dado de nuevo a AW la posibilidad de presentar observaciones.
- 52 En el apartado 61 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró que el hecho de que la Comisión no hubiera instado a AW a presentar observaciones a raíz de los intercambios con la República de Polonia que tuvieron lugar después de la Decisión de incoación, por muy lamentable que pudiera ser, no podía dar lugar a la anulación de la Decisión controvertida en la medida en que, en las circunstancias del asunto, y a falta de tal omisión, el análisis jurídico realizado por la Comisión en esta última Decisión no habría podido ser diferente.
- 53 En el apartado 67 de la referida sentencia, el Tribunal General precisó, a este respecto, que «la alegación de la [entonces] demandante basada en que la Decisión de incoación, contrariamente a la Decisión [controvertida], no mencionaba el estudio [FM de 2005], no [podía] prosperar[, ya que], si bien la Comisión hizo referencia al referido estudio, en el considerando 138 de la Decisión [controvertida], lo hizo únicamente para considerar que dicho estudio no podía servir para calcular la TIR del proyecto». Añadió que, de este modo, la Comisión se «limitó a descartar, por carecer de pertinencia, un estudio invocado por la propia demandante en el marco de sus observaciones [y que,] en esas circunstancias, no podía reprocharse a la Comisión no haber mencionado el estudio [FM de 2005] en la Decisión de incoación».
- 54 Así pues, el referido apartado 67 tenía por objeto responder a las alegaciones recogidas en el apartado 39 de la demanda de primera instancia, redactado en los siguientes términos:
- «[...] Si se hubiera informado a la demandante de la opinión de la Comisión de que el estudio [FM] de 2005 no era fiable [...], ya que parecía basarse exclusivamente en las previsiones de tráfico y no en las previsiones de ingresos, la demandante habría podido demostrar que esta afirmación era claramente errónea. No puede excluirse que la Comisión hubiera tenido entonces un punto de vista distinto sobre la relevancia del estudio [FM] de 2005 que afectara a toda su apreciación. Del mismo modo, si la demandante hubiera sabido que la Comisión estaba de acuerdo con las modificaciones de los modelos financieros realizadas por PwC (los modelos que la Comisión no pudo abrir antes de la Decisión de incoación), habría intentado rebatir esa conclusión. Dado que la Comisión atribuyó gran importancia al informe PwC, los argumentos que reducen la credibilidad de dicho informe pueden afectar al resultado de la investigación de la Comisión.»
- 55 Pues bien, de la lectura conjunta del apartado 67 de la sentencia recurrida y del apartado 39 de la demanda de primera instancia, tal como se mencionan en los apartados 53 y 54 de la presente sentencia, se desprende que AW sostiene acertadamente ante el Tribunal de Justicia que el Tribunal General deformó su argumentación, que se refería a su imposibilidad de presentar sus

observaciones sobre las alegaciones de la República de Polonia. En concreto, AW ha alegado que, si hubiera tenido esa posibilidad, habría podido demostrar que el estudio FM de 2005 era utilizable y pertinente.

- 56 Así pues, dado que el Tribunal General consideró, en los apartados 60 y 61 de la sentencia recurrida, por un lado, que la Comisión debería haber permitido a AW presentar sus observaciones y, por otro lado, que el análisis jurídico efectuado por la Comisión en la Decisión controvertida no habría podido ser diferente, no podía abstenerse de pronunciarse específicamente sobre el argumento recordado en el apartado 54 de la presente sentencia. En estas circunstancias, procede considerar que la sentencia del Tribunal General adolece de insuficiencia de motivación a este respecto.
- 57 Por lo tanto, sin que sea necesario examinar si el razonamiento del Tribunal General en el apartado 67 de la sentencia recurrida procede de una desnaturalización de las pruebas, procede declarar que dicho apartado adolece de un error de Derecho.
- 58 Dicho esto, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque los fundamentos de Derecho de una sentencia del Tribunal General revelen una infracción del Derecho de la Unión, si su fallo resulta justificado con arreglo a otros fundamentos de Derecho, tal infracción no puede dar lugar a la anulación de dicha sentencia y debe llevarse a cabo una sustitución de fundamentos de Derecho (sentencia de 6 de noviembre de 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori/Comisión, Comisión/Scuola Elementare Maria Montessori y Comisión/Ferracci*, C-622/16 P a C-624/16 P, EU:C:2018:873, apartado 48).
- 59 En esas circunstancias, procede examinar la pretensión de sustitución de fundamentos jurídicos formulada por la Comisión, mediante la cual dicha institución sostiene, contrariamente a lo que afirma AW, que el Tribunal General cometió un error de Derecho al estimar que AW debería haber sido oída por segunda vez durante el procedimiento administrativo.
- 60 A este respecto, cabe recordar que, habida cuenta de su sistema general, el procedimiento de control de las ayudas de Estado es un procedimiento abierto contra el Estado miembro responsable, respecto a sus obligaciones conforme al Derecho de la Unión, de la concesión de la ayuda. Así, para respetar el derecho de defensa, en la medida en que no se ha dado al Estado miembro en cuestión la posibilidad de comentar tales informaciones, la Comisión no puede incluirlas en su decisión contra dicho Estado (sentencia de 11 de marzo de 2020, *Comisión/Gmina Miasto Gdynia y Port Lotniczy Gdynia Kosakowo*, C-56/18 P, EU:C:2020:192, apartado 73).
- 61 También es jurisprudencia reiterada que las empresas potencialmente beneficiarias de ayudas estatales se consideran partes interesadas a las que la Comisión tiene el deber de emplazar, durante la fase de examen contemplada en el artículo 108 TFUE, apartado 2, a presentar sus observaciones (sentencia de 11 de marzo de 2020, *Comisión/Gmina Miasto Gdynia y Port Lotniczy Gdynia Kosakowo*, C-56/18 P, EU:C:2020:192, apartado 70).
- 62 Si bien las partes interesadas no pueden invocar el derecho de defensa, disponen, en cambio, del derecho a participar en el procedimiento administrativo seguido por la Comisión en una medida adecuada a las circunstancias del caso (sentencia de 11 de marzo de 2020, *Comisión/Gmina Miasto Gdynia y Port Lotniczy Gdynia Kosakowo*, C-56/18 P, EU:C:2020:192, apartado 71).

- 63 En efecto, del artículo 108 TFUE, apartado 2, resulta, en particular, que, cuando la Comisión decide incoar el procedimiento de investigación formal relativo a un programa de ayudas, debe dar a los interesados, en concreto la empresa o empresas de que se trate, la oportunidad de presentar sus observaciones. Dicha norma tiene el carácter de formalidad esencial (sentencia de 11 de diciembre de 2008, Comisión/Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, apartado 55).
- 64 A este respecto, en el marco de aplicación del artículo 108 TFUE, apartado 2, el Tribunal de Justicia ha declarado que la publicación de un anuncio en el *Diario Oficial de la Unión Europea* constituye un medio adecuado para dar a conocer a todos los interesados que se incoa un procedimiento. Esta comunicación tiene por objeto obtener de los interesados todo tipo de información destinada a orientar la actuación futura de la Comisión. Tal procedimiento también proporciona a los demás Estados miembros y a los sectores afectados la garantía de que serán oídos (sentencia de 11 de marzo de 2020, Comisión/Gmina Miasto Gdynia y Port Lotniczy Gdynia Kosakowo, C-56/18 P, EU:C:2020:192, apartado 72).
- 65 En el procedimiento de control de las ayudas de Estado, las partes interesadas que no sean el Estado miembro de que se trate solo desempeñan el papel a que se refiere el apartado anterior de la presente sentencia y, a este respecto, no pueden exigir que la Comisión mantenga con ellas un debate contradictorio como el que debe mantener con dicho Estado miembro (sentencia de 11 de marzo de 2020, Comisión/Gmina Miasto Gdynia y Port Lotniczy Gdynia Kosakowo, C-56/18 P, EU:C:2020:192, apartado 74).
- 66 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha precisado que, cuando el régimen jurídico en virtud del cual un Estado miembro ha notificado una ayuda proyectada se modifica antes de que la Comisión haya adoptado su decisión, esta, que está obligada a decidir, debe para ello instar a los interesados a que definan su postura relativa a la compatibilidad de dicha ayuda con estas últimas. Esto es así salvo que el nuevo régimen jurídico no contenga ninguna modificación sustancial con respecto al que estaba en vigor anteriormente (sentencia de 11 de diciembre de 2008, Comisión/Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, apartado 56).
- 67 No obstante, una irregularidad de procedimiento solo implica la anulación total o parcial de una decisión en la medida en que se pruebe que, de no haber existido tal irregularidad, esa decisión habría podido tener un contenido diferente (sentencia de 11 de marzo de 2020, Comisión/Gmina Miasto Gdynia y Port Lotniczy Gdynia Kosakowo, C-56/18 P, EU:C:2020:192, apartado 80).
- 68 Sobre ese particular, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que, en lo que respecta a los derechos procesales de las partes interesadas, cuando se produce un cambio de régimen jurídico después de que la Comisión haya emplazado a las partes interesadas a presentar observaciones y antes de que haya adoptado una decisión acerca de un proyecto de ayuda sobre la base del nuevo régimen jurídico sin emplazar a las partes interesadas a presentar observaciones al respecto, la mera existencia de diferencias entre el régimen jurídico sobre el que las partes interesadas han tenido la posibilidad de presentar observaciones y aquel en el que se basa dicha decisión no puede comportar, en sí misma, la anulación de esa decisión. En efecto, aun cuando los regímenes jurídicos en cuestión hubieran cambiado, se plantea la cuestión de si, atendiendo a las disposiciones de estos regímenes que sean aplicables al caso concreto, ese cambio podía alterar el sentido de la decisión de la Comisión (sentencia de 11 de marzo de 2020, Comisión/Gmina Miasto Gdynia y Port Lotniczy Gdynia Kosakowo, C-56/18 P, EU:C:2020:192, apartado 81).

- 69 De esta jurisprudencia se desprende, en particular, que el hecho de que la Comisión no emplaze a las partes interesadas a presentar sus observaciones sobre un cambio de régimen jurídico, como la entrada en vigor durante un procedimiento administrativo en materia de ayudas de Estado de directrices que dicha institución pretende aplicar en una decisión que pone fin a dicho procedimiento, no constituye un vicio sustancial de forma.
- 70 Como alega acertadamente la Comisión, este razonamiento es válido *a fortiori* en el caso de autos, respecto al hecho de no permitir que el beneficiario de la medida examinada se pronunciase sobre las observaciones del Estado miembro interesado relativas a la información facilitada por ese beneficiario.
- 71 Además, si bien puede haber, como admite la Comisión, circunstancias en las que la aparición de hechos nuevos o diferentes de los mencionados en la decisión de incoación o incluso la adopción de modificaciones sustanciales del marco jurídico pertinente pueden requerir dar mayor participación a las partes interesadas, e incluso requerir que se publique una decisión de incoación complementaria o rectificadora, el presente asunto no pone de manifiesto ninguna de estas situaciones.
- 72 En concreto, las circunstancias a las que alude el Tribunal General en los apartados 58 y 59 de la sentencia recurrida no bastan para demostrar la obligación de la Comisión de conceder a AW la facultad de comentar las observaciones de la República de Polonia, lo que se asemejaría a un debate contradictorio con dicho Estado miembro ante la Comisión.
- 73 En segundo lugar, de la afirmación realizada en el apartado anterior de la presente sentencia, conforme a la cual las circunstancias del caso de autos no bastan para demostrar la obligación de la Comisión de conceder a AW la facultad de comentar las observaciones de la República de Polonia, resulta que la alegación de AW resumida en los apartados 39 y 42 de la presente sentencia, basada en un error de Derecho, debe desestimarse por inoperante.
- 74 En efecto, es preciso señalar que, cuando —como en el caso de autos— no ha quedado acreditada tal obligación, no se plantea la cuestión de si el análisis jurídico efectuado por la Comisión habría podido ser diferente si se hubiera otorgado la facultad de comentar las observaciones del Estado miembro de que se trata.
- 75 Por lo demás, de la jurisprudencia recordada en el apartado 67 de la presente sentencia se desprende que, contrariamente a lo que afirma AW, el criterio jurídico adoptado por el Tribunal General no es, como tal, erróneo.
- 76 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede estimar la pretensión de sustitución de fundamentos jurídicos de la Comisión y desestimar el primer motivo de casación.

### ***Motivos de casación segundo y tercero***

- 77 El segundo motivo de casación, relativo al criterio del inversor privado, se divide en cuatro partes.
- 78 El tercer motivo de casación, relativo a la existencia de una ventaja económica, se divide en dos partes.

*Sobre las partes primeras respectivas de los motivos de casación segundo y tercero*

- 79 Mediante la primera parte del segundo motivo de casación, relativa a los riesgos de inflación y de tipo de cambio, AW alega que el Tribunal General no tuvo en cuenta el criterio del inversor privado, que sustituyó la motivación de la Decisión controvertida por la suya propia y que invirtió la carga de la prueba.
- 80 Mediante la primera parte del tercer motivo de casación, relativa a la pertinencia de la transferencia de esos riesgos, AW invoca la incorrecta aplicación de este criterio para apreciar la existencia de una ventaja económica, la sustitución de los fundamentos jurídicos de la Decisión controvertida, la inversión de la carga de la prueba y falta de motivación.

*– Alegaciones de las partes*

- 81 En el marco de la primera parte del segundo motivo de casación, AW recuerda que el Tribunal General declaró, en los apartados 110 a 112 y 170 de la sentencia recurrida, que la Comisión había considerado acertadamente que un hipotético inversor privado no habría tenido en cuenta la transferencia de los riesgos de tipo de cambio e inflación alegados por AW durante el procedimiento administrativo, por no haber sido discutidos por las partes contratantes y porque los inconvenientes que de ello se derivaban para AW, o incluso las ventajas derivadas de ello para la República de Polonia, no habían quedado acreditados.
- 82 Sin embargo, según AW, al haber limitado de ese modo el examen únicamente a las opciones previstas por las partes contratantes en el anexo 6, el Tribunal General no tuvo en cuenta que el examen del criterio del inversor privado debe referirse necesariamente a todas las opciones razonablemente contempladas por un operador privado en tal situación. Además, siempre según la recurrente, si bien es cierto que un contrato fija la posición final de sus partes, no hace referencia, en principio, al conjunto de consideraciones que las han llevado a celebrarlo. Afirma que, en el presente asunto, las pruebas que obran en autos demuestran que las partes contratantes eran perspicaces, estaban asistidas por expertos y eran capaces de entender el impacto del límite máximo de las tarifas de peaje virtual, así como las diferencias entre un sistema de peaje virtual y un sistema de peaje real. Siempre según AW, de los autos se desprende también que ese límite estaba previsto en el anexo 6, en el penúltimo apartado del punto 4 de su anexo 1. A su juicio, debe considerarse por ello que el Tribunal General desnaturalizó esas pruebas, dado que una estipulación contractual se discute, en principio, entre las partes del contrato de que se trate.
- 83 AW considera que, al declarar que la Comisión no estaba obligada a examinar la transferencia de los riesgos, basándose en que tales riesgos no habían quedado acreditados, el Tribunal General invirtió la carga de la prueba, ya que —a su juicio— incumbe a la Comisión demostrar que es manifiesto que el beneficiario no había obtenido facilidades comparables por parte de un hipotético inversor privado y ya que, a este respecto, le incumbe tener en cuenta toda información que pudiera influir de forma apreciable en el proceso decisorio de un operador privado, al que debe considerarse normalmente prudente y diligente, que se hallara en una situación lo más semejante posible a la del Estado miembro en cuestión. Por tanto, a su juicio, la Comisión estaba obligada a demostrar que, *a priori*, un inversor privado no habría considerado pertinente la información de que se trata.

- 84 Según AW, correspondía por tanto al Tribunal General determinar si la Comisión había tenido en cuenta toda la información disponible y si la motivación de la Decisión controvertida incluía un examen de la transferencia de los riesgos de tipo de cambio e inflación. Ahora bien, para AW, en lugar de llevar a cabo tal comprobación, la sentencia recurrida colma, mediante una sustitución de los fundamentos jurídicos, una laguna a este respecto de la Decisión controvertida. En efecto, a juicio de AW, el razonamiento que figura en los apartados 110 a 112 de la sentencia recurrida no guarda relación con ninguna de las apreciaciones que figuran en dicha Decisión.
- 85 Por otra parte, en su opinión, dado que los riesgos de tipo de cambio e inflación influyen directamente en el importe de las cantidades adeudadas y en la capacidad para financiar tales cantidades a lo largo de toda la concesión, se trata evidentemente de un factor que puede tener una influencia significativa en el proceso decisorio de un operador privado, de modo que el Tribunal General aplicó mal el criterio del inversor privado al referirse a un inversor que se despreocupa de sus propios beneficios y de sus propios riesgos.
- 86 Por último, AW considera que la motivación recogida en el apartado 112 de la sentencia recurrida es inadecuada, puesto que de este apartado no se desprende claramente si el Tribunal General consideró que se transfirieron los riesgos de tipo de cambio e inflación a la República de Polonia no solo cuando las fluctuaciones se sitúan por debajo del límite máximo absoluto en la tarifa de peaje virtual prevista, sino también por encima de este —algo que a juicio de AW no ocurre—, en cuyo caso el Tribunal General desnaturalizó las pruebas obrantes en autos en la medida en que la existencia de un límite máximo absoluto se desprende claramente de los mismos. Pues bien, para AW, ningún otro elemento mencionado en dicho apartado puede apoyar la conclusión a la que llega el Tribunal General.
- 87 Mediante la primera parte del tercer motivo de casación, AW alega que los errores de que adolece la apreciación por parte del Tribunal General del criterio del inversor privado, aplicable en el caso de autos, afectan también, de manera más amplia, a la relativa a la existencia de una ventaja económica, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. Por lo que respecta a los errores supuestamente cometidos por el Tribunal General en los apartados 110 a 112 de la sentencia recurrida, AW remite a su argumentación, resumida en los apartados 81 a 86 de la presente sentencia, para demostrar la aplicación incorrecta de dicho criterio, la falta de motivación, la sustitución de los fundamentos jurídicos y la inversión de la carga de la prueba.
- 88 Además, a juicio de AW, en las dos últimas frases del apartado 112 de la sentencia recurrida, el Tribunal General realizó una evaluación económica compleja que excede de sus facultades de control y que le llevó a sustituir por la suya propia la motivación de la Comisión, que no se interesa en la Decisión controvertida por el contenido de estas dos últimas frases. Por otra parte, según AW, el razonamiento expuesto en este punto no permite sostener la conclusión del Tribunal General y desnaturaliza las pruebas, ya que los vehículos pesados de transporte de mercancías representan el 81 % de los ingresos de AW y el Tribunal General no explica cómo un inconveniente del sistema de peaje virtual que tiene incidencia en tales ingresos podría compensarse por el hecho de que el 19 % de los ingresos de AW no se vean afectados por dicho inconveniente.
- 89 AW alega que, dado que la argumentación que expuso en primera instancia se refería a los inconvenientes del sistema de peaje virtual que no se integran en el cálculo de la TIR, pero que, sin embargo, influyen en su situación financiera, las consideraciones del Tribunal General sobre los inconvenientes de este sistema que se incluyeron en dicho cálculo no son, por tanto, pertinentes. Según AW, la cuestión pertinente es si, desde el punto de vista de AW, una TIR prevista más

elevada pero que presenta riesgos de inflación y de tipo de cambio más elevados es económicamente más ventajosa que una TIR prevista más baja pero que presenta riesgos de inflación y de tipo de cambio más bajos. Sin embargo, a su juicio, no es posible responder a esta cuestión sin llevar a cabo una apreciación del límite máximo de las tarifas de peaje virtual.

- 90 La Comisión y la República de Polonia rebaten las alegaciones de AW. La Comisión considera, en particular, que de los apartados 110 y 111 de la sentencia recurrida se desprende que el anexo 6 no contiene ninguna consideración relativa al incremento de los riesgos de inflación y de tipo de cambio, por lo que no se ha probado que las partes contratantes pretendieran tener en cuenta tal aumento, y que la TIR del modelo con viñeta comunicado por AW en primera instancia no se presentó como un elemento de compensación correspondiente a los riesgos de inflación y de tipo de cambio. Además, para la Comisión, la alegación según la cual se invirtió la carga de la prueba es inadmisibles, ya que no va acompañada de ningún argumento jurídico que la justifique. La Comisión y la República de Polonia alegan asimismo que las partes primeras respectivas de los motivos de casación segundo y tercero son infundadas.

– *Apreciación del Tribunal de Justicia*

- 91 En las partes primeras respectivas de los motivos de casación segundo y tercero, AW reprocha al Tribunal General haber desnaturalizado las pruebas y haber incurrido en varios errores de Derecho derivados de aplicaciones erróneas del criterio del inversor privado, de haber hecho un reparto erróneo de la carga de la prueba, de una sustitución de fundamentos jurídicos y de una motivación insuficiente de la sentencia recurrida.
- 92 En lo que se refiere, en primer término, a la supuesta desnaturalización de las pruebas, cabe recordar que 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).
- 93 Por 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).
- 94 Cuando un recurrente alega una 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 le 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 otra parte, 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).

- 95 En el caso de autos, la primera desnaturalización invocada por AW se refiere al apartado 110 de la sentencia recurrida, conforme al cual «del anexo 6 no se desprende que las partes contratantes hayan querido tener en cuenta los inconvenientes alegados del sistema de peaje virtual que [AW] invoca ahora, ni *a fortiori* que hayan celebrado un acuerdo al respecto. Este anexo no contiene, en particular, ninguna consideración relativa al aumento de los riesgos alegados por [AW]».
- 96 Pues bien, cuando AW reprocha al Tribunal General no haber tenido en cuenta que el límite máximo de las tarifas de peaje virtual está previsto en el anexo 6, en el penúltimo apartado del punto 4 de su anexo 1, y que esta estipulación contractual fue negociada por las partes contratantes, no alega desnaturalización, sino que, en realidad, impugna la apreciación que el Tribunal General hizo de los hechos y según la cual la mera presencia de dicho límite máximo no equivale, a falta de otros elementos que lo corroboren, a una toma en consideración por dichas partes de la transferencia de los riesgos de tipo de cambio y de inflación alegados por AW.
- 97 Por lo tanto, como alega acertadamente la Comisión, las pretensiones de AW a este respecto son inadmisibles en casación.
- 98 La segunda desnaturalización alegada por AW se refiere al apartado 112 de la sentencia recurrida, que tiene el siguiente tenor:
- «[...] Con arreglo al anexo 6, las tarifas de peaje virtual estaban indexadas en función de las fluctuaciones de la tasa de inflación y del tipo de cambio, incrementadas además, cada seis meses a partir del 1 de septiembre de 2007, por un factor adicional denominado “WWR”. Mediante el mecanismo de verificación, la República de Polonia asumió también los riesgos derivados de la evolución del tráfico y de los ingresos y garantizó que la TIR seguiría al mismo nivel previsto antes de las modificaciones realizadas por la Ley de 28 de julio de 2005 durante el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2005 y el 31 de diciembre de 2006. En esas circunstancias, no puede considerarse que la mera existencia de un límite máximo de las tarifas de peaje virtual, no indexado en función de las fluctuaciones de la tasa de inflación y del tipo de cambio, haya transferido a la demandante el riesgo de inflación y de tipo de cambio y justifique el pago de una “prima” a la demandante.»
- 99 En la medida en que AW reprocha al Tribunal General haber considerado que se produjo una transferencia de los riesgos de tipo de cambio e inflación a la República de Polonia no solo cuando las fluctuaciones se sitúan por debajo del límite máximo absoluto en la tarifa de peaje virtual prevista sino también por encima de este, es preciso señalar que, en la primera frase citada en el apartado anterior, el Tribunal General se limitó a describir el mecanismo previsto en el anexo 6, que la segunda frase no se refiere a los riesgos de tipo de cambio e inflación, sino a los riesgos derivados de la evolución del tráfico y de los ingresos, y que la tercera frase contiene una apreciación fáctica basada en pruebas mencionadas en las dos frases anteriores.
- 100 Así pues, este pasaje de la sentencia recurrida no pone de manifiesto ninguna desnaturalización de pruebas y AW se limita de nuevo a impugnar una apreciación fáctica soberana del Tribunal General, lo cual es inadmisibles en fase de casación.

101 La tercera desnaturalización invocada por AW se refiere también al apartado 112 de la sentencia recurrida, en la medida en que tiene el siguiente tenor:

«[...] Por lo que respecta a la imposibilidad de fijar los peajes a un nivel óptimo y de obtener una rentabilidad superior a la prevista inicialmente, procede señalar, por un lado, que [AW] conservaba la libertad de fijar las tarifas de peaje aplicables a los vehículos distintos de los vehículos pesados de transporte de mercancías provistos de viñeta, de modo que podía adaptar su estrategia comercial a la evolución del mercado, y, por otro lado, que, a 1 de septiembre de 2005, había utilizado todas las posibilidades de aumentar sus tarifas reales para los vehículos pesados fijando dichas tarifas en los niveles máximos autorizados por [el contrato de concesión]. Por lo tanto, los inconvenientes alegados por la demandante no podían afectar significativamente a su situación financiera prevista.»

102 Cuando AW señala que los vehículos pesados de transporte de mercancías representan el 81 % de sus ingresos y sostiene que el Tribunal General no explica cómo un inconveniente del sistema de peaje virtual que incide en esos ingresos podría compensarse por el hecho de que el 19 % de sus ingresos no se vea afectado por este inconveniente, pretende no acreditar la desnaturalización por parte del Tribunal General de las cláusulas contractuales en el marco de la primera de las frases mencionadas en el apartado anterior, sino demostrar que la apreciación fáctica del Tribunal General según la cual los inconvenientes alegados del sistema de peaje virtual no podían alterar significativamente su situación financiera prevista es errónea. Por ello, esta alegación también debe considerarse inadmisibles.

103 En segundo lugar, por lo que respecta a los errores de Derecho supuestamente cometidos por el Tribunal General, cabe recordar 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 10 de diciembre de 2020, Comune di Milano/Comisión, C-160/19 P, EU:C:2020:1012, apartado 27 y jurisprudencia citada).

104 En la medida en que las alegaciones formuladas por AW en el marco de las partes primeras respectivas de los motivos de casación segundo y tercero se refieren únicamente al tercero de esos requisitos, procede señalar que, según jurisprudencia igualmente reiterada del Tribunal de Justicia, se consideran ayudas de Estado las intervenciones que, bajo cualquier forma, puedan favorecer directa o indirectamente a las empresas o que deban calificarse de ventaja económica que la empresa beneficiaria no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado (sentencia de 6 de marzo de 2018, Comisión/FIH Holding y FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, EU:C:2018:159, apartado 44).

105 Habida cuenta del objetivo del artículo 107 TFUE, apartado 1, de garantizar la competencia no falseada, también entre empresas públicas y empresas privadas, el concepto de «ayuda», en el sentido de dicha disposición, 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 10 de diciembre de 2020, Comune di Milano/Comisión, C-160/19 P, EU:C:2020:1012, apartado 103 y jurisprudencia citada).

- 106 En este sentido, cuando existen dudas sobre la aplicabilidad de dicho principio, en particular debido al empleo por el Estado miembro de que se trate, al adoptar la medida en cuestión, de sus prerrogativas de poder público, incumbe a ese Estado miembro acreditar inequívocamente y en virtud de factores objetivos y verificables que la medida ejecutada corresponde a su cualidad de operador privado (sentencia de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 63 y jurisprudencia citada).
- 107 En cambio, cuando el principio del operador privado resulta aplicable, 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 (sentencia de 10 de diciembre de 2020, Comune di Milano/Comisión, C-160/19 P, EU:C:2020:1012, apartado 109 y jurisprudencia citada).
- 108 Por lo tanto, en ese caso 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 (sentencia de 10 de diciembre de 2020, Comune di Milano/Comisión, C-160/19 P, EU:C:2020:1012, apartado 110).
- 109 A este respecto, procede recordar que, para apreciar si un operador privado habría adoptado la misma medida en condiciones normales de mercado, es preciso referirse a un operador privado que se hallara en una situación lo más semejante posible a la del Estado de que se trate (véase, en ese sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 30 y jurisprudencia citada).
- 110 Tal es el contexto en el que corresponde a la Comisión llevar a cabo una apreciación global teniendo en cuenta cualquier dato pertinente en el caso concreto que le permita determinar si es manifiesto que la empresa beneficiaria no habría obtenido facilidades comparables de tal operador privado (sentencia de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 29 y jurisprudencia citada).
- 111 De cuanto antecede resulta que el examen al que la Comisión debe, en su caso, proceder no puede limitarse únicamente a las opciones efectivamente tomadas en consideración por la autoridad pública competente, sino que debe referirse necesariamente a todas las opciones razonablemente contempladas por un operador privado en tal situación (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Comisión/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, apartado 29).
- 112 A este respecto, por un lado, se ha de estimar pertinente toda información que pudiera influir de forma apreciable en el proceso decisorio de un operador privado, al que debe considerarse normalmente prudente y diligente, que se hallara en una situación lo más semejante posible a la del operador público (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Comisión/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, apartado 60).
- 113 Por otro lado, solo son pertinentes, para la aplicación del criterio del operador privado, los datos disponibles y la evolución previsible en el momento de la adopción de la decisión (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Comisión/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, apartado 61).

- 114 Además, la Comisión está obligada, en interés de una correcta aplicación de las normas fundamentales del Tratado FUE relativas a las ayudas de Estado, a proceder a un examen diligente e imparcial de las medidas controvertidas, con el fin de disponer, al adoptar la decisión final, de los elementos más completos y fiables posibles para ello (sentencia de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 67 y jurisprudencia citada).
- 115 En tanto en cuanto AW reprocha al Tribunal General que se extralimitara en su control, procede recordar que, en el marco del control de la legalidad a que se refiere el artículo 263 TFUE, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General son competentes para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado FUE o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o desviación de poder. El artículo 264 TFUE establece que, si el recurso fuere fundado, el acto impugnado será declarado nulo y sin valor ni efecto alguno. Por consiguiente, en ningún caso pueden el Tribunal de Justicia o el Tribunal General sustituir la motivación del autor del acto impugnado por la suya propia (sentencia de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 104 y jurisprudencia citada).
- 116 Además, 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 10 de diciembre de 2020, Comune di Milano/Comisión, C-160/19 P, EU:C:2020:1012, apartado 100).
- 117 Sin embargo, el juez de la Unión no solo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de ellos (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Comisión/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, apartado 64).
- 118 A este respecto, el juez de la Unión debe examinar la legalidad de una decisión en materia de ayudas de Estado en función de la información de que podía disponer la Comisión en el momento en que la adoptó, que incluye aquella que parecía pertinente para la apreciación que había de llevarse a cabo de conformidad con la jurisprudencia recordada en los apartados 110 a 113 de la presente sentencia y que habría podido obtener, si lo hubiera solicitado, durante el procedimiento administrativo (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Comisión/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, apartados 70 y 71).
- 119 Procede examinar las alegaciones de AW a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 103 a 118 de la presente sentencia.
- 120 Por lo que respecta, en primer lugar, a la imputación basada en que el Tribunal General limitó su examen únicamente a las opciones previstas por las partes contratantes e hizo caso omiso de la influencia significativa de los riesgos alegados en el proceso decisorio de un inversor privado, es cierto que de la jurisprudencia recordada en los apartados 110 y 111 de la presente sentencia resulta que el examen al que la Comisión debe, en su caso, proceder no puede limitarse únicamente a las opciones efectivamente tomadas en consideración por la autoridad pública competente, sino que debe referirse necesariamente a todas las opciones razonablemente contempladas por un operador privado en tal situación.

- 121 No obstante, también se desprende de esa jurisprudencia que esta exigencia no implica que la Comisión esté obligada a tener en cuenta, además, las opciones que un operador privado no habría razonablemente contemplado en tal situación.
- 122 Además, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Comisión/Frucona Košice (C-300/16 P, EU:C:2017:706), se cuestionaba la aplicación del criterio del acreedor privado a un acreedor que pretendía maximizar la recuperación de las cantidades que le adeudaba un deudor en quiebra. En el marco de tal situación, el Tribunal de Justicia declaró que incumbía a la Comisión examinar, más allá de las opciones de cobro contempladas por la autoridad pública competente, cualquier otra opción que un acreedor privado razonablemente habría tenido en cuenta.
- 123 En cambio, la situación de que se trata en el caso de autos pone de manifiesto que la República de Polonia no se encontraba, en relación con AW, en la situación de un acreedor privado, ni tampoco en la de un inversor privado. En efecto, dado que dicho Estado miembro estaba obligado a indemnizar a AW por un daño causado a esta en el contexto de sus relaciones contractuales, el criterio que debía aplicarse era el de un deudor privado que, en el marco de una relación contractual, adeuda una cantidad de dinero a la otra parte contratante como consecuencia de un daño que le ha causado.
- 124 Pues bien, es preciso señalar que no redundaría en interés de un deudor privado compensar a su acreedor por riesgos de tipo de cambio e inflación que dicho acreedor no ha alegado frente a él. En efecto, dado que una compensación mayor sería, en principio, contraria a los intereses de un deudor privado, debe considerarse que tal deudor no habría tenido en cuenta tales riesgos salvo si, a petición de la otra parte contratante, estuviera obligado a hacerlo o hubiera redundado en su propio interés, entendiéndose este de modo más amplio, habida cuenta de la relación contractual en cuestión.
- 125 Por lo tanto, el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al considerar, en los apartados 152 a 154 y 165 a 171 de la sentencia recurrida, que un operador privado en la situación de la República de Polonia no habría aceptado, en principio, pagar un importe superior al que debía a AW como consecuencia del hecho dañoso de que se trata y, más concretamente, en los apartados 110 a 112 de dicha sentencia, que no procedía tener en cuenta los riesgos que supuestamente pesaban sobre AW y que no consta que hubieran sido reclamados por AW durante las negociaciones con dicho Estado miembro o que hubieran sido de otro modo objeto de sus negociaciones.
- 126 De ello se deduce, en segundo lugar, que AW reprocha erróneamente al Tribunal General haber invertido la carga de la prueba, ya que debe considerarse que los riesgos alegados por AW no son información pertinente que pudiera influir de forma apreciable en el proceso decisorio de un operador privado, al que debe considerarse normalmente prudente y diligente, que se hallara en una situación lo más semejante posible a la del operador público. En estas circunstancias, contrariamente a lo que afirma AW, no puede considerarse que la Comisión estuviera obligada a precisar, en la Decisión controvertida, las razones por las que no tuvo en cuenta los riesgos alegados por AW.
- 127 En tercer lugar, habida cuenta de las consideraciones anteriores, AW no puede sostener válidamente que el Tribunal General llevase a cabo una sustitución de fundamentos jurídicos o que se extralimitase en su control al declarar, en los apartados 110 a 112 de la sentencia recurrida, que los riesgos alegados por AW no habían quedado acreditados ni eran pertinentes

para la apreciación que la Comisión estaba obligada a realizar. En efecto, el Tribunal General se limitó a apreciar las alegaciones formuladas ante él y a comprobar si la Decisión controvertida era o no ilegal a la luz de las pretensiones de AW.

- 128 Por último, en la medida en que AW alega que el razonamiento que figura en dichos apartados de la sentencia recurrida no permite sostener la conclusión del Tribunal General que figura en el apartado 113 de dicha sentencia, es preciso señalar que no reprocha una falta de motivación de dicha sentencia, sino que critica el contenido de las apreciaciones del Tribunal General y emplaza por ello al Tribunal de Justicia a que proceda a una nueva apreciación de los hechos, lo cual no forma parte de su competencia y, por lo tanto, debe considerarse inadmisibles en casación.
- 129 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede desestimar las partes primeras respectivas de los motivos de casación segundo y tercero por ser en parte inadmisibles y en parte infundadas.

*Sobre la segunda parte del segundo motivo de casación*

- 130 La segunda parte del segundo motivo de casación, relativa a las opciones que habría contemplado un hipotético inversor privado, se basa en la vulneración del criterio del inversor privado, del principio de primacía del Derecho de la Unión, de la obligación de motivación, de las normas en materia de prueba y de los límites del control que debe efectuar el Tribunal General.

*– Alegaciones de las partes*

- 131 AW sostiene que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al considerar que, en la negociación del importe del peaje virtual, un inversor privado habría estado limitado por las disposiciones y los objetivos de la Ley de 28 de julio de 2005, puesto que validó el enfoque erróneo de la Comisión consistente en tener en cuenta únicamente las opciones previstas por el Estado miembro de que se trata. Además, según AW, el nivel adecuado de compensación para AW no es una consideración determinante para un inversor privado, en la medida en que no está directamente relacionado ni con su rentabilidad ni con su riesgo.
- 132 Por otra parte, a juicio de AW, si una medida contraria a una ley nacional constituyera una ventaja, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, por el mero hecho de que un inversor privado no pagara más de lo exigido por esa ley, esta limitaría la aplicación de dicha disposición de rango superior, lo que daría lugar a una vulneración del principio de primacía del Derecho de la Unión.
- 133 Además, según AW, al considerar que la Ley de 28 de julio de 2005 impone a las partes contratantes límites relativos a la determinación del peaje virtual, el Tribunal General motivó de manera inadecuada la sentencia recurrida, vulneró las normas en materia de prueba y sustituyó la motivación de la Decisión controvertida por una diferente. Entiende que, en efecto, si bien esta Ley prohibió el peaje real, también lo es que se remitió a las negociaciones relativas al método de compensación y a los plazos de devolución. A juicio de la recurrente, dado que la referida Ley no especifica la TIR, ni que esta debiera compensar únicamente la pérdida de ingresos, ni las consideraciones que el Estado puede tener en cuenta, ni la posición comercial del Estado, deja un amplio margen de apreciación para estructurar el acuerdo relativo a los peajes virtuales.

- 134 Por otra parte, AW considera que aportó al Tribunal General, como prueba del alcance y contenido de la Ley de 28 de julio de 2005, el laudo arbitral que —a su juicio— explicitaba la interpretación correcta de la Ley de 28 de julio de 2005 y que el Tribunal General desestimó como carente de pertinencia de forma errónea y mediante una motivación inadecuada. En efecto, a juicio de AW, el hecho de que dicho laudo no resultara vinculante para la Comisión y de que tampoco declarase más pertinente el estudio WSA de 1999 con respecto al estudio WSA de 2004 es inoperante en cuanto al valor probatorio de dicho laudo. Así pues, según la recurrente, el Tribunal General extrajo sus conclusiones partiendo de pruebas incompletas y sin fundamento alguno, ya que ningún elemento de los autos sostenía dichas conclusiones. Asimismo, la recurrente afirma que el Tribunal General no tuvo en cuenta que el examen del alcance y contenido de la Ley de 28 de julio de 2005 exigía conocimientos técnicos y que la Comisión no se procuró los conocimientos especializados necesarios, y que ello se ve agravado por el hecho de que el laudo arbitral y el tenor de la Ley de 28 de julio de 2005 indicaban que el peaje virtual debía ser negociado entre las partes contratantes. Por último, según AW, el laudo arbitral fue anulado por el Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia) debido únicamente a que era contrario a la Decisión controvertida, lo que no desvirtúa su valor probatorio respecto a la interpretación de dicha Ley.
- 135 Además, AW afirma que, al haber confirmado, en el apartado 153 de la sentencia recurrida, la afirmación carente de pruebas precisas, fiables y coherentes que figura en el apartado 152 de la Decisión controvertida, conforme a la cual el anexo 6 concede una compensación mayor de lo que exigía la Ley de 28 de julio de 2005 y existe una contradicción entre el contrato de concesión y dicho anexo, el Tribunal General no comprobó si se cumplían las exigencias en materia de prueba. Así pues, a juicio de la recurrente, la sentencia recurrida adolece de falta de motivación, lo que no le permite conocer las razones que llevaron al Tribunal General a adoptar la interpretación que hizo de dicha Ley y a motivar la desestimación de su alegación de que no existe la supuesta contradicción.
- 136 La Comisión y la República de Polonia rebaten las alegaciones de AW. La Comisión considera, en particular, que la imputación basada en que un inversor privado no está limitado por las disposiciones y los objetivos de la Ley de 28 de julio de 2005 es inadmisibles, ya que no se ha precisado la naturaleza del error de Derecho y no se ha formulado ningún argumento jurídico en apoyo de tal imputación. Alega además que el alcance y contenido de esa Ley constituyen elementos de hecho y que, por tanto, la apreciación soberana del Tribunal General relativa a esos elementos solo puede impugnarse si se invoca su desnaturalización, algo que entiende que no se ha alegado ni, *a fortiori*, probado. Por último, la Comisión y la República de Polonia alegan que la segunda parte del segundo motivo de casación es infundada.

– *Apreciación del Tribunal de Justicia*

- 137 De entrada, procede desestimar la inadmisibilidad propuesta por la Comisión en relación con la alegación formulada por AW en el marco de la segunda parte del segundo motivo de casación, por ser esta suficientemente clara y dirigida a que se declare la existencia de un error de Derecho resultante de la limitación por el Tribunal General de los elementos tenidos en cuenta a efectos de la apreciación del principio del operador privado, de la vulneración del principio de primacía del Derecho de la Unión, de la infracción de las normas relativas a la práctica de la prueba, de la sustitución de fundamentación jurídica y de la motivación inadecuada de la sentencia recurrida.

- 138 Estas imputaciones formuladas por AW se refieren a los apartados 152 a 154 de la sentencia recurrida, en los que el Tribunal General estimó, en particular, que la Comisión había considerado acertadamente que la Ley de 28 de julio de 2005 y el contrato de concesión obligaban a la República de Polonia a indemnizar a AW únicamente por la pérdida de ingresos provocada por las modificaciones realizadas por dicha Ley y que ningún operador privado racional habría aceptado pagar una cantidad superior a lo que le imponían dicha Ley y el referido contrato.
- 139 Ya se ha señalado en los apartados 121 a 125 de la presente sentencia que el Tribunal General estimó acertadamente que un deudor privado en la situación de la República de Polonia no tendría intención de indemnizar a AW más allá de las consecuencias que se derivan del impacto de la Ley de 28 de julio de 2005 en su relación contractual. Dado que la apreciación del Tribunal General es por ello conforme con el principio del operador privado, procede considerar que no adolece de error de Derecho ni vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión.
- 140 De ello resulta también que AW no puede sostener válidamente que el Tribunal General llevase a cabo una sustitución de motivos o que sobrepasase los límites de su control al efectuar, en los apartados 152 a 154 de la sentencia recurrida, las apreciaciones recordadas en el apartado 138 de la presente sentencia. En efecto, el Tribunal General se limitó a apreciar las alegaciones formuladas ante él y a comprobar si la Decisión controvertida era o no ilegal a la luz de las pretensiones de AW.
- 141 Por lo que respecta a la supuesta motivación deficiente de la sentencia recurrida, procede señalar, ante todo, que AW impugna únicamente la suficiencia de la motivación de la sentencia recurrida para sostener las conclusiones del Tribunal General.
- 142 Seguidamente, esa alegación procede, en parte, de una lectura errónea de los apartados 152 y 153 de la sentencia recurrida, ya que estos no afirman que el anexo 6 concediese a AW una compensación mayor que la exigida por la Ley de 28 de julio de 2005 ni que exista una contradicción entre el contrato de concesión y dicho anexo, sino que señalan que el importe de la compensación al que tenía derecho AW resultaba de una apreciación global del hecho dañoso causado por dicha Ley y de las obligaciones que incumben a la República de Polonia en virtud del referido contrato.
- 143 En consecuencia, al no haber efectuado el Tribunal General, en los referidos apartados de la sentencia recurrida, tales afirmaciones, carece de todo fundamento la alegación de AW según la cual, al efectuarlas, el Tribunal General infringió las normas relativas a la práctica de la prueba.
- 144 Por último, AW pretende obtener, como ha alegado acertadamente la Comisión, una nueva apreciación de los hechos y, en particular, del contenido de la Ley de 28 de julio de 2005, lo cual no es competencia del Tribunal de Justicia.
- 145 De ello se deduce que procede desestimar la segunda parte del segundo motivo de casación por ser en parte inadmisibile y en parte infundada.

*Sobre la tercera parte del segundo motivo de casación*

146 Mediante la tercera parte del segundo motivo de casación, relativa al riesgo de fracaso de las negociaciones y al riesgo de litigios, AW invoca la desnaturalización de las pruebas y la inobservancia del criterio del inversor privado, del principio de primacía del Derecho de la Unión, de la obligación de motivación, de las normas en materia de prueba y de los límites del control que debe efectuar el Tribunal General.

*– Alegaciones de las partes*

147 AW alega que, al igual que los asesores de la República de Polonia, que consideraron aceptable el anexo 6, un hipotético inversor privado habría tenido en cuenta, tanto el riesgo de que AW acabara solicitando la resolución del contrato de concesión o presentando un recurso, como el dictamen profesional de sus asesores a este respecto, y que, por tanto, la Comisión estaba obligada tanto a evaluar ese riesgo como a tener en cuenta dicho dictamen, pero que no lo hizo y que el Tribunal General no lo censuró.

148 En efecto, según la recurrente, en el apartado 165 de la sentencia recurrida, el Tribunal General limitó la aplicación del criterio del inversor privado únicamente a las opciones previstas por la Ley de 28 de julio de 2005 y vició así la sentencia recurrida de los mismos errores ya detectados en el marco de la segunda parte del segundo motivo de casación. El razonamiento expuesto en el apartado 166 de dicha sentencia es —en su opinión— circular e inadecuado e implica una sustitución de fundamentos jurídicos en lo que respecta a los riesgos de resolución del contrato y de litigios mencionados en el apartado anterior de la presente sentencia.

149 AW añade que, en la medida en que, en el apartado 167 de dicha sentencia, el Tribunal General consideró que la propia AW también tenía interés en evitar un litigio, el Tribunal General sustituye de nuevo su razonamiento por el de la Comisión en la Decisión controvertida, no responde a la alegación relativa al punto en que AW no habría continuado la relación comercial, que afirma que queda jalonado por la perspectiva de pérdidas para AW, y desnaturaliza los análisis de los asesores de la República de Polonia. Siempre según la recurrente, la última frase de este apartado contiene, además, un error de lógica y, por lo tanto, una motivación inadecuada, en la medida en que limita la toma en consideración de los riesgos de resolución del contrato y de litigios al período anterior a la adopción de la Ley de 28 de julio de 2005, pese a que tales riesgos también existan en el período posterior.

150 La Comisión y la República de Polonia rebaten las alegaciones de AW.

*– Apreciación del Tribunal de Justicia*

151 Mediante las alegaciones presentadas en el marco de la tercera parte del segundo motivo de casación, que se refiere a los apartados 165 a 167 de la sentencia recurrida, AW invoca la incorrecta aplicación del principio del operador privado, una motivación inadecuada, la sustitución de fundamentos jurídicos y la desnaturalización de las pruebas.

152 En el apartado 165 de la sentencia recurrida, el Tribunal General subrayó, por lo que se refiere a los supuestos riesgos soportados por un operador privado en caso de fracaso de las negociaciones, que tal operador únicamente habría celebrado un apéndice al contrato de concesión para indemnizar a AW, de conformidad con la Ley de 28 de julio de 2005, de la

pérdida de ingresos causada por dicha Ley y que, por consiguiente, no habría tenido en cuenta esos supuestos riesgos ni habría aceptado pagar, por ello, una compensación superior. Añadió que dichos riesgos no habían sido discutidos por las partes contratantes al negociar el anexo 6 ni fueron tenidos en cuenta para calcular el importe de la compensación abonada a AW.

- 153 En el apartado 166 de la sentencia recurrida, el Tribunal General recordó que, en la Decisión controvertida, la Comisión se limitó, esencialmente, a cuestionar los datos utilizados en los modelos financieros recogidos en el anexo 6. Así pues, dado que los riesgos supuestamente soportados por un operador privado en caso de que no existiese acuerdo no tienen ninguna relación con la pertinencia de los datos utilizados en los modelos financieros, el Tribunal General consideró que nada hacía pensar que un operador privado habría aceptado utilizar los datos no pertinentes del estudio WSA de 1999 en lugar de los datos del estudio WSA de 2004 para tomar dichos riesgos en consideración.
- 154 En el apartado 167 de la sentencia recurrida, el Tribunal General añadió, en primer lugar, que el riesgo de fracaso de las negociaciones y el riesgo de litigios no habrían sido tenidos en cuenta por un operador privado en el marco de las negociaciones para calcular el importe de la compensación debida a AW, al entender que tales riesgos no tenían relación alguna con la pérdida de ingresos causada por la modificación legislativa. A continuación, estimó que AW también tenía interés en que las negociaciones concluyeran con éxito y en que se evitara un litigio dirigido a obtener una indemnización por daños y perjuicios. Por último, señaló que AW no había demostrado, ni siquiera alegado, que los asesores de la República de Polonia estimaran que el riesgo de fracaso de las negociaciones y el riesgo de litigio debieran tenerse en cuenta para determinar la TIR justo antes de las modificaciones realizadas por la Ley de 28 de julio de 2005.
- 155 En cuanto a la supuesta desnaturalización de las pruebas, basta señalar que, contrariamente a las exigencias recordadas en el apartado 94 de la presente sentencia, AW no precisa qué prueba se ve desnaturalizada por la afirmación realizada por el Tribunal General en la última frase del apartado 167 de la sentencia recurrida.
- 156 Por lo que respecta a la incorrecta aplicación del principio del operador privado invocada por AW, procede recordar, ante todo, que el criterio de apreciación que debe adoptarse en el caso de autos era el de un deudor privado que, en el marco de una relación contractual, adeudara una cantidad de dinero a la otra parte contratante por un daño que le hubiera causado. Como ya se ha declarado en varias ocasiones en la presente sentencia, no adolece, por tanto, de error de Derecho la apreciación del Tribunal General según la cual tal deudor no habría indemnizado, en principio, a AW por encima del importe adeudado por el hecho dañoso.
- 157 Seguidamente, aun admitiendo que esa obligación de pago resultara de una relación contractual más amplia entre la República de Polonia y AW y que un deudor privado en la situación de dicho Estado miembro hubiera podido tener en cuenta los riesgos de fracaso de las negociaciones y de litigios, sería necesario además que estos hubieran sido reales y que hubieran podido generar para el referido Estado miembro costes más elevados que los vinculados a la indemnización de AW debido a las consecuencias que la Ley de 28 de julio de 2005 tuvo para esta última.
- 158 Por último, de las apreciaciones fácticas del Tribunal General que figuran en los apartados 165 y 167 de la sentencia recurrida se desprende, sin embargo, que la existencia real de tales riesgos no había quedado acreditada. En efecto, el Tribunal General señaló, a este respecto, que las partes contratantes no habían discutido este extremo y, por otra parte, de la sentencia recurrida se desprende que el mecanismo de compensación de pérdidas acordado debía, por una parte,

garantizar la sustitución total de los ingresos perdidos y, por otra, garantizar que AW estuviera en condiciones de reembolsar los préstamos suscritos para la construcción del tramo de autopista de que se trata.

- 159 En esas circunstancias, debe desestimarse por infundada la imputación basada en la incorrecta aplicación del principio del operador privado.
- 160 Por lo que respecta a la supuesta sustitución de fundamentos jurídicos, es preciso señalar que el Tribunal General examinó, en los apartados 165 a 167 de la sentencia recurrida, la alegación de AW según la cual la Comisión había errado al no tener en cuenta los riesgos de fracaso de las negociaciones y de litigios. A este respecto, el Tribunal General declaró que los riesgos alegados por AW no habían quedado acreditados. Pues bien, la Comisión no está obligada, en principio, a precisar en sus decisiones las razones por las que no tuvo en cuenta datos no acreditados. Por lo tanto, en dichos apartados de la sentencia recurrida, el Tribunal General no proporcionó una motivación que hubiera debido figurar en la Decisión controvertida, sino que expuso un razonamiento que rechazaba las alegaciones presentadas ante él y dirigidas a demostrar una supuesta falta de motivación de la Decisión controvertida.
- 161 Por último, so pretexto de una supuesta insuficiencia de motivación de la sentencia recurrida, AW pretende, en realidad, obtener del Tribunal de Justicia una nueva apreciación de los hechos, lo cual no forma parte de su competencia.
- 162 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede desestimar la tercera parte del segundo motivo de casación por ser en parte inadmisibles y en parte infundadas.

*Sobre la cuarta parte del segundo motivo de casación*

- 163 La cuarta parte del segundo motivo de casación, relativa al estudio del tráfico y de los ingresos que deben seleccionarse, se basa en la deformación de la Decisión controvertida, en la sustitución por el Tribunal General de una motivación diferente a la de dicha Decisión, en la aplicación errónea del criterio del inversor privado, en la vulneración del principio de primacía del Derecho de la Unión, en la vulneración de las normas en materia de prueba y en una falta de motivación.

*– Alegaciones de las partes*

- 164 AW señala que el apartado 152 de la Decisión controvertida afirma que «es muy cuestionable» que un inversor privado acepte calcular la compensación de AW utilizando el estudio WSA de 1999 y no el estudio WSA de 2004 y subraya que, al hacerlo, la Comisión no disponía de pruebas de que así fuera. Pues bien, para AW, dado que la carga de la prueba incumbe a la Comisión, ese razonamiento no puede sostener la conclusión de esta de que no se cumplía el criterio del inversor privado. Por tanto, a juicio de la recurrente, al afirmar, en el apartado 153 de la sentencia recurrida, que la Decisión controvertida estaba suficientemente motivada por lo que respecta a la aplicación de dicho criterio, el Tribunal General aplicó un criterio jurídico erróneo, deformó el sentido evidente de la Decisión controvertida y sustituyó la motivación de dicha Decisión por la suya propia.

- 165 AW estima, por otra parte, que los términos empleados por la Comisión demuestran, al igual que la estructura de la Decisión controvertida, que la Comisión trató el criterio del inversor privado como una excepción que solo debía examinar a instancia de AW, de modo que el apartado 142 de la sentencia recurrida, que a su juicio afirma lo contrario, no es convincente.
- 166 AW señala que el apartado 154 de la sentencia recurrida se pronuncia únicamente sobre los respectivos méritos del estudio WSA de 2004 con respecto al estudio WSA de 1999 para analizar la situación financiera de AW anterior a la modificación legislativa controvertida. Sin embargo, a su juicio, un inversor privado no se limitaría a considerar que determinados elementos de una fórmula habrían podido elegirse de modo diferente, sino que elegiría entre la opción de dicha fórmula y otras opciones disponibles en función de su resultado final. A su entender, el razonamiento del Tribunal General no explica por qué el anexo 6 no figuraba entre esas otras opciones, tenidas en cuenta, en su caso, por tal inversor, de modo que la motivación de la sentencia recurrida sobre este punto es inadecuada.
- 167 Considera, además, que, al haber integrado en su análisis el objetivo de la Ley de 28 de julio de 2005, el Tribunal General vició ese mismo razonamiento de los errores expuestos en el apartado 82 de la presente sentencia. A su juicio, dado que la motivación del referido apartado 154 no refleja la opción que el Tribunal General consideró como aquella que un inversor privado habría previsto, es inadecuada. En concreto, siempre según AW, no está claro si el Tribunal General contempló que el acuerdo alcanzado entre las partes recogía como único cambio la actualización del modelo financiero básico mediante datos del estudio de tráfico WSA de 2004, es decir, con un límite máximo de las tarifas de peaje virtual, o si contempló que recogía un pacto basado en el modelo financiero básico actualizado, pero sin fijar un límite máximo. Pues bien, AW considera que, en el primer caso, la motivación del Tribunal General es contradictoria, ya que, según el propio Tribunal General, para «garantizar la compensación», no es necesario tal límite, puesto que la TIR era del 7,42 %, y, en el segundo caso, es evidente que debería haberse examinado el límite máximo de las tarifas de peaje virtual.
- 168 También a este respecto, AW señala que otra opción disponible para el inversor privado habría podido consistir en un acuerdo sin actualización de la presunción de tráfico del modelo financiero básico, pero con un límite máximo de las tarifas de peaje virtual más bajo que habría podido dar lugar a una TIR inferior al 7,42 %. Pues bien, según AW, es evidente que un inversor privado tampoco pagaría más con la única finalidad de utilizar el estudio «correcto». Por lo tanto, para AW, el estudio «correcto» carece, por sí solo, de pertinencia. A su juicio, el criterio del inversor privado supone, en efecto, un análisis del «paquete completo», de modo que el análisis del Tribunal General constituye una aplicación incorrecta de dicho criterio. Asimismo, entiende que el Tribunal General ignoró su alegación según la cual, por un lado, un inversor privado habría considerado que ninguno de los estudios disponibles se adaptaba al objetivo perseguido y, por otro, ello se corresponde con las conclusiones del asesor financiero de la República de Polonia, extremo que ningún inversor podía ignorar.
- 169 La Comisión rebate las alegaciones de AW.

– *Apreciación del Tribunal de Justicia*

- 170 Mediante la cuarta parte del segundo motivo de casación, AW reprocha al Tribunal General que en los apartados 142, 153 y 154 de la sentencia recurrida empleó criterios jurídicos erróneos, deformó el sentido de la Decisión controvertida, sustituyó la motivación de dicha Decisión por la suya propia, motivó de manera insuficiente la sentencia recurrida y no respondió a una de sus alegaciones.
- 171 En primer lugar, por lo que respecta a la alegación de AW según la cual el Tribunal General rechazó erróneamente, en el apartado 142 de la sentencia recurrida, su alegación según la cual la Comisión había tratado el criterio del inversor privado como una excepción, es preciso recordar que el Tribunal General consideró, en ese apartado, que AW no podía sostener esta misma alegación ante él, ya que, «si bien la Comisión examinó efectivamente el importe del exceso percibido tal como resultaba del informe PwC [...] antes de abordar el criterio del inversor privado, solo se pronunció de forma definitiva sobre la existencia de una ventaja económica y sobre el importe percibido en exceso una vez examinado ese criterio [...]».
- 172 A este respecto, es preciso señalar que de la Decisión controvertida se desprende inequívocamente que, a partir de los apartados 125 y 126 de dicha Decisión, la Comisión realizó todo su análisis de la existencia de una ventaja económica desde la perspectiva de que, en virtud del contrato de concesión, correspondía a la República de Polonia indemnizar a AW por los daños causados por la Ley de 28 de julio de 2005 y de que una compensación que excediera de dichos daños confería una ventaja económica, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. De ello se deduce que este análisis corresponde, en esencia, al que dicha institución estaba obligada a llevar a cabo con arreglo al principio del operador privado.
- 173 Por otra parte, esa concordancia de dicho análisis con el referido principio fue señalada por la Comisión en el apartado 152 de la Decisión controvertida y precisada por el Tribunal General en los apartados 152 a 154 y 165 a 171 de la sentencia recurrida, por lo que procede desestimar la alegación de AW por infundada.
- 174 Seguidamente, por lo que respecta a los reproches formulados por AW contra la última frase del apartado 153 de la sentencia recurrida, es preciso recordar que, en dicho apartado, el Tribunal General declaró que, «al considerar que era “muy cuestionable” que una entidad económica privada racional aceptase calcular la compensación utilizando el estudio WSA de 1999 y no el estudio [WSA de 2004, más reciente], [la Comisión] expuso de manera suficientemente clara que no se deducía de los documentos obrantes en el expediente que tal entidad habría utilizado el estudio WSA de 1999 y justificó su apreciación destacando el carácter más reciente del estudio WSA de 2004».
- 175 A este respecto, procede recordar que la interpretación de una decisión en materia de ayudas de Estado adoptada por la Comisión en el ejercicio de sus competencias constituye una apreciación jurídica que corresponde realizar al Tribunal General y al Tribunal de Justicia [véase, en este sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión (C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartados 102 y 105)].
- 176 Además, la interpretación de un punto específico de tal decisión debe realizarse en el contexto del conjunto de la decisión de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2020, Larko/Comisión, C-244/18 P, EU:C:2020:238, apartado 111).

- 177 En el caso de autos, la afirmación de la Comisión, recogida en el apartado 152 de la Decisión controvertida, según la cual era «muy cuestionable» que un operador privado hubiera recurrido al estudio WSA de 1999, debe interpretarse en el contexto de la situación del caso de autos, como se desprende, en particular, del apartado 135 de la Decisión controvertida, en el que la Comisión precisó que era necesario basarse en una previsión del tráfico y de los ingresos contemporánea a la Ley de 28 de julio de 2005.
- 178 De ello se deduce que, en contra de lo que afirma AW, en el apartado 153 de la sentencia recurrida, el Tribunal General no utilizó un criterio jurídico erróneo ni distorsionó el sentido de la Decisión controvertida. Tampoco sustituyó la motivación de la Decisión controvertida por la suya propia, sino que, al rechazar la argumentación presentada por AW ante él, confirmó la motivación de dicha Decisión.
- 179 Por último, en cuanto a la alegación de AW dirigida contra el apartado 154 de la sentencia recurrida, procede señalar de entrada que procede de una mala comprensión del criterio aplicable. En efecto, como recordó, en esencia, el Tribunal General, en ese apartado de la sentencia recurrida, un deudor privado en la situación de la República de Polonia, que adeudara una cantidad a AW en el marco de su relación contractual con esta entidad debido al daño que le había causado la adopción de la Ley de 28 de julio de 2005, habría tenido como objetivo asegurarse de indemnizar a AW únicamente de las consecuencias desfavorables derivadas de dicha Ley.
- 180 El razonamiento del Tribunal General según el cual, habida cuenta de este objetivo, nada hace pensar que un operador privado habría aceptado basarse en los datos del estudio WSA de 1999 y no en los del estudio WSA de 2004, habría exigido la designación adicional de un perito o habría preferido utilizar los datos del estudio FM de 2005, permite así comprender claramente, contrariamente a lo que afirma AW, que tal operador privado habría tenido en cuenta, de entre todas las opciones imperfectas de evaluación disponibles, aquella que permitiera determinar del mejor modo posible las consecuencias desfavorables de dicha Ley, con el fin de garantizar que la indemnización concedida se ajustara a sus obligaciones contractuales sin excederlas.
- 181 De ello se deduce que este razonamiento aplica el criterio adecuado y proporciona una respuesta clara y coherente al conjunto de alegaciones de AW resumidas en los apartados 134, 136 y 147 a 150 de la sentencia recurrida.
- 182 En tanto en cuanto AW sostiene que dicho razonamiento es inadecuado ya que deberían haberse tenido en cuenta otras opciones distintas de la adoptada por la Comisión y confirmada por el Tribunal General, basta señalar que, al actuar así, en realidad, AW solicita al Tribunal de Justicia que efectúe una nueva apreciación de los hechos, lo cual no es de su competencia.
- 183 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede desestimar la cuarta parte del segundo motivo de casación por ser en parte inadmisibles y en parte infundada.

*Sobre la segunda parte del tercer motivo de casación*

- 184 La segunda parte del tercer motivo de casación, relativa al nivel de la TIR del peaje real, se basa en la falta de motivación, en el incumplimiento por el Tribunal General de las obligaciones de control que le incumben y en la vulneración de las normas en materia de prueba.

– Alegaciones de las partes

- 185 AW alega que la motivación que figura en los apartados 120 a 127 de la sentencia recurrida es insuficiente para fundamentar la desestimación de sus alegaciones resumidas en el apartado 115 de dicha sentencia. En primer lugar, la recurrente considera que el Tribunal General se limitó a enunciar su conclusión sin haber realizado una evaluación económica compleja, incumpliendo por tanto su obligación de comprobar si la Decisión controvertida se basaba en pruebas precisas, fiables, coherentes y completas, así como su obligación de respetar las normas en materia de prueba.
- 186 En efecto, a su juicio, el apartado 120 de la sentencia recurrida está dedicado exclusivamente a los respectivos méritos de los estudios WSA de 1999 y de 2004 y no responde a la alegación resumida en el apartado 115 de dicha sentencia. En su opinión, el hecho de que el estudio WSA de 1999 fuera menos pertinente que el estudio WSA de 2004 no significa que este último fuera fiable. Aduce que el razonamiento expuesto en el apartado 121 de dicha sentencia no guarda relación con la cuestión pertinente de si la TIR del 7,42 % había sido identificada de manera adecuada. Considera la recurrente que el apartado 122 de la sentencia recurrida menciona dicha alegación sin explicar en modo alguno las razones por las que una actualización de determinados datos relativos al tráfico y a los ingresos en el marco de un estudio referido a otro tramo de la autopista carece de pertinencia. AW entiende que, en el apartado 123 de dicha sentencia, el Tribunal General, por un lado, aborda de nuevo la comparación de los méritos respectivos de los estudios WSA de 1999 y de 2004 y, por otro, afirma que la designación de un perito no era necesaria, lo que —según la recurrente— no está en absoluto motivado y conduce a invertir indebidamente la carga de la prueba. A su criterio, la motivación del apartado 124 de la referida sentencia tampoco guarda relación con esa cuestión; el apartado 125 de la sentencia recurrida se refiere exclusivamente a la segunda alegación relativa al estudio FM de 2005 y su apartado 126 solo responde a la tercera alegación relativa al modelo PwC de percepción efectiva del peaje.
- 187 Además, siempre según AW, el Tribunal General incumplió su obligación de comprobar si la Decisión controvertida se basaba en pruebas precisas, fiables, coherentes y completas y no respetó las normas en materia de prueba, al declarar erróneamente que la Comisión no estaba obligada a buscar información adicional sobre el carácter utilizable del estudio FM de 2005. A este respecto, pese a que la Comisión tiene —a su juicio— la obligación de valorar las pruebas de manera imparcial y profunda, del apartado 138 de la Decisión controvertida se desprende que la Comisión se basó exclusivamente en la información recibida de la República de Polonia para rechazar este estudio como no utilizable. Pues bien, habida cuenta de la naturaleza conflictiva de la relación entre dicho Estado miembro y AW y del hecho de que ese Estado miembro no mencionó el estudio FM de 2005, AW considera que la Comisión debería haber sido más vigilante y solicitar información adicional a la República de Polonia o a terceros.
- 188 La Comisión sostiene que AW critica el valor probatorio de las pruebas, alegando que no eran fiables, cuestionando su exhaustividad y afirmando que, por lo tanto, debería haberse encargado un informe adicional. Pues bien, la Comisión considera que, mediante esa argumentación, AW pretende, en esencia, que se reexamine la apreciación del Tribunal General, lo cual —a su juicio— no es competencia del Tribunal de Justicia. Además, la Comisión y la República de Polonia refutan la argumentación de AW en cuanto al fondo.

– *Apreciación del Tribunal de Justicia*

- 189 Mediante las alegaciones presentadas en el marco de la segunda parte del tercer motivo de casación, que se refiere a los apartados 120 a 127 de la sentencia recurrida, AW sostiene que la motivación de la sentencia recurrida es insuficiente, que el Tribunal General ejerció un control judicial insuficiente, que infringió las normas en materia de prueba, que no respondió a la alegación de AW resumida en el apartado 115 de la sentencia recurrida y que invirtió la carga de la prueba.
- 190 Ante todo, por lo que respecta a la supuesta falta de respuesta por parte del Tribunal General a la alegación de AW resumida en el apartado 115 de la sentencia recurrida, procede recordar que, en ella, AW alegaba que las conclusiones de la Comisión sobre el estudio WSA de 2004 eran manifiestamente erróneas, por entender que el valor probatorio de los estudios de tráfico era limitado y que, a falta de un estudio de tráfico fiable, las partes contratantes se habían puesto de acuerdo sobre una metodología conforme a la cual las expectativas iniciales de AW en términos de rentabilidad se utilizaban como base de cálculo, pero se reducían, mediante la aplicación del límite máximo de las tarifas de peaje virtual, a un nivel que la República de Polonia consideró aceptable.
- 191 Por tanto, mediante dicha argumentación, AW sostenía que el estudio WSA de 2004 tenía un valor probatorio insuficiente con respecto al estudio WSA de 1999, al que AW atribuía, en esencia, un valor probatorio suficiente basándose en la metodología acordada entre las partes contratantes.
- 192 Pues bien, contrariamente a lo que afirma AW, el Tribunal General desestimó expresamente esa misma argumentación en los apartados 122 a 124 de la sentencia recurrida.
- 193 En efecto, por una parte, en esos apartados el Tribunal General señaló, en primer lugar, que WSA presentó una sucesión de estudios, preparados por el mismo asesor, utilizando la misma metodología, con el fin de elaborar previsiones de tráfico y de ingresos relativas a la autopista A 2; en segundo lugar, que el estudio WSA de 2004, preparado para la propia AW, pretendía actualizar las previsiones de tráfico y de ingresos realizadas anteriormente; en tercer lugar, que dicho estudio permitió por tanto actualizar las anteriores previsiones de tráfico y de ingresos presentadas en el estudio WSA de 1999, teniendo en cuenta la evolución real del tráfico y de los ingresos en el tramo correspondiente de la autopista A2 y el desarrollo económico de Polonia; en cuarto lugar, que el estudio WSA de 2004 incluye, por tanto, previsiones de tráfico e ingresos más pertinentes que las recogidas en el estudio WSA de 1999 y refleja con mayor precisión cuál era la realidad del mercado en el momento de las modificaciones realizadas por la Ley de 28 de julio de 2005, y, en quinto lugar, que el anexo 6 menciona el modelo financiero que las partes contratantes habían acordado utilizar a efectos del cálculo de la TIR inmediatamente antes de las modificaciones realizadas por dicha Ley, haciendo referencia al «expediente de los socios de [WSA], que supone la actualización a 31 de diciembre de 2004».
- 194 Por otra parte, el Tribunal General dedujo de ello, en el apartado 124 de la sentencia recurrida, que «las previsiones más recientes preparadas por WSA constituían, en este contexto, datos más pertinentes que los del estudio WSA de 1999».

- 195 A continuación, la cuestión de si, en esas circunstancias, las pruebas obrantes en autos demuestran o no que la designación adicional de un perito era o no necesaria forma parte de una apreciación fáctica del valor probatorio de tales pruebas y, contrariamente a lo que alega AW, no invierte en modo alguno la carga de la prueba.
- 196 Por último, es preciso señalar que los apartados 120 a 127 de la sentencia recurrida contienen un análisis detallado de las pruebas obrantes en autos a la luz de la argumentación expuesta por AW ante el Tribunal General y proporcionan un razonamiento preciso respecto a la pertinencia y al valor probatorio de cada una de las pruebas mencionadas en dichos apartados. En particular, el Tribunal General examinó en dichos apartados el valor probatorio de los estudios WSA de 1999 y de 2004, de los datos reales de tráfico proporcionados por AW a la Dirección General de Carreteras Nacionales y Autopistas, del estudio realizado en 2005 por el asesor de los bancos en materia de tráfico relativo al supuesto de peaje virtual, mencionado en el apartado 125 de la sentencia recurrida, así como del estudio FM de 2005. Analizó, además, el carácter apropiado del modelo PwC de percepción efectiva del peaje empleado por la Comisión para calcular el importe de la ayuda controvertida.
- 197 Así pues, debe desestimarse por infundada la alegación de AW basada en la insuficiente motivación de los apartados 120 a 127 de la sentencia recurrida, en un control jurisdiccional insuficiente y en la infracción de las normas en materia de prueba.
- 198 De lo anterior se deduce que la segunda parte del tercer motivo de casación debe desestimarse por infundada.
- 199 Procede, por ello, desestimar los motivos de casación segundo y tercero por ser en parte inadmisibles y en parte infundados.

#### ***Cuarto motivo de casación***

- 200 Mediante el cuarto motivo de casación, relativo al cálculo del importe de la ayuda controvertida, AW alega que el Tribunal General deformó el sentido evidente de las pruebas y vició la sentencia recurrida de falta de motivación.

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

- 201 AW señala que, en el apartado 192 de la sentencia recurrida, el Tribunal General indicó que el peaje virtual se basaba, antes de la verificación de 2007, en una TIR, demasiado elevada, del 10,77 %. Sin embargo, a su juicio, se desprende, en primer lugar, del anexo 6 —en concreto del punto 3 de su anexo 1— que el peaje virtual quedó fijado en un importe específico expresado en eslotis polacos (PLN), sin referencia alguna a una TIR; seguidamente, del anexo 6, en concreto del punto 4 de su anexo 1, que esa tasa estaba sujeta a indexación según una fórmula, sin referencia alguna a una TIR; y, por último, del anexo 6, en particular de su cláusula 4, letra d), que la TIR solo resultó aplicable tras la verificación de los peajes virtuales, es decir, a partir del 1 de noviembre de 2007. Por tanto, según la recurrente, afirmar que las tarifas de peaje virtual anteriores al mes de octubre de 2007 venían determinadas por la utilización de una TIR desnaturaliza las pruebas que obran en autos.

- 202 En su opinión, el apartado 193 de la sentencia recurrida adolece también de desnaturalización de las pruebas, puesto que entiende que el Tribunal General declaró en él que el modelo de verificación no tenía por objeto calcular la compensación excesiva, en la medida en que la Comisión había cuestionado el nivel de la TIR del modelo de percepción efectiva del peaje, a pesar de que, antes de la verificación de 2007, dicha TIR no desempeñó ningún papel en el cálculo del peaje virtual. Además, AW sostiene que de la constatación de que el modelo de verificación no tenía por objeto calcular la compensación excesiva no cabe deducir que hubiera habido compensación excesiva antes de la verificación.
- 203 La Comisión y la República de Polonia rebaten las alegaciones de AW.

#### *Apreciación del Tribunal de Justicia*

- 204 En los apartados 192 y 193 de la sentencia recurrida, el Tribunal General declaró, en primer lugar, que el importe de la compensación excesiva evaluado por la Comisión correspondía a la diferencia entre los pagos efectivamente realizados en favor de AW y las cantidades que AW debería haber recibido sobre la base de la TIR establecida conforme al modelo PwC de percepción efectiva del peaje; en segundo lugar, que, para el período comprendido entre septiembre de 2005 y octubre de 2007, el exceso percibido correspondía por tanto a la diferencia entre los pagos que AW había recibido efectivamente y la compensación calculada sobre la base de la TIR que AW podía esperar justo antes de las modificaciones realizadas por la Ley de 28 de julio de 2005; en tercer lugar, que, por ello, la TIR de 10,77 % del modelo de percepción efectiva del peaje utilizado por AW para fijar las tarifas de peaje virtual durante el período anterior al mes de octubre de 2007 era ya demasiado elevada con respecto a la TIR que podía esperar; en cuarto lugar, que el mecanismo de verificación previsto en el anexo 6 no hacía sino confirmar el error existente en la TIR; en quinto lugar, que, en esas circunstancias, el citado mecanismo no podía poner en tela de juicio el hecho de que AW no habría debido recibir inicialmente el pago de cantidades tan importantes durante el período comprendido entre septiembre de 2005 y octubre de 2007 y, en sexto lugar, que el mecanismo de verificación previsto en el anexo 6 se basaba en una comparación entre la TIR del modelo de verificación y la TIR del modelo de percepción efectiva del peaje y permitía ajustar las tarifas de peaje virtual a la vista de los datos de tráfico real tras la implantación del sistema de peaje virtual.
- 205 El Tribunal General dedujo de ello, en el apartado 193 de la sentencia recurrida, que «tal mecanismo no tiene el mismo objeto que el razonamiento seguido por la Comisión para calcular la compensación excesiva, puesto que, en este razonamiento, la Comisión cuestionó el nivel de la TIR del modelo de percepción efectiva del peaje».
- 206 Pues bien, de ese razonamiento y de tal conclusión se desprende inequívocamente que, contrariamente a lo que da a entender AW, dicho razonamiento no tiene por objeto describir el mecanismo previsto en el anexo 6, sino que se refiere al cálculo efectuado por la Comisión para determinar el importe de la ayuda de Estado. En efecto, mediante los citados apartados de la sentencia recurrida, el Tribunal General pretendía responder a la alegación de AW resumida en el apartado 191 de dicha sentencia, que tenía por objeto demostrar la inexistencia de compensación excesiva para el período comprendido entre septiembre de 2005 y octubre de 2007.
- 207 De ello se deduce que el cuarto motivo de casación procede de una lectura errónea de la sentencia recurrida y debe, por tanto, desestimarse por infundado.
- 208 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede desestimar el recurso de casación.

## Costas

- 209 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.
- 210 Conforme al artículo 138, apartado 1, de ese Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de casación en virtud de su artículo 184, apartado 1, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.
- 211 Al haber sido desestimados los motivos de casación formulados por AW y haber solicitado la Comisión su condena en costas, procede condenar a aquella a cargar, además de con sus propias costas, con las de la Comisión.
- 212 Con arreglo al artículo 140, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, aplicable *mutatis mutandis* al procedimiento de casación en virtud del artículo 184, apartado 1, de dicho Reglamento, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en el litigio cargarán con sus propias costas. Por ello, la República de Polonia, que ha intervenido en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, cargará con sus propias costas.

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

- 1) **Desestimar el recurso de casación.**
- 2) **Condenar a Autostrada Wielkopolska S. A. a cargar, además de con sus propias costas, con las de la Comisión Europea.**
- 3) **La República de Polonia cargará con sus propias costas.**

Firmas