

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 5 de junio de 2012 (*)

«Recurso de casación — Ayudas de Estado — Renuncia a un crédito fiscal — Exención del impuesto de sociedades — Aumento del capital social — Comportamiento del Estado como inversor privado diligente en una economía de mercado — Criterios que permiten diferenciar al Estado cuando actúa como accionista y al Estado cuando ejerce sus prerrogativas de poder público — Definición del inversor privado de referencia — Principio de igualdad de trato — Carga de la prueba»

En el asunto C-124/10 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 26 de febrero de 2010,

Comisión Europea, representada por los Sres. E. Gippini Fournier, B. Stromsky y D. Grespan, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte recurrente,

apoyada por:

Autoridad de Vigilancia AELC, representada por los Sres. X. Lewis y B. Alterskjær, en calidad de agentes,

parte coadyuvante en casación,

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

Électricité de France (EDF), con domicilio social en París, representada por Me M. Debroux, avocat,

parte demandante en primera instancia,

República Francesa, representada por los Sres. G. de Bergues y J. Gstalter, en calidad de agentes,

Iberdrola, S.A., con domicilio social en Bilbao, representada por los Sres. J. Ruiz Calzado y É. Barbier de la Serre, abogados,

partes coadyuvantes en primera instancia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, y los Sres. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot y M. Safjan, Presidentes de Sala, y los Sres. K. Schiemann, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, A. Arabadjiev (Ponente) y D. Šváby y la Sra. M. Berger, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mazák;

Secretaria: Sra. R. ?ere?, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 12 de julio de 2011;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 20 de octubre de 2011;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso de casación la Comisión Europea solicita la anulación de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2009, EDF/Comisión (T-156/04, Rec. p. II-4503, en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), que anuló los artículos 3 y 4 de la Decisión 2005/145/CE de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003, relativa a las ayudas estatales concedidas por Francia a EDF y al sector de las industrias eléctricas y del gas (DO 2005, L 49, p. 9; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

Marco jurídico

2 El artículo 38, apartado 2, del Código general de impuestos francés (en lo sucesivo, «CGI») dispone:

«El beneficio neto es la diferencia entre los valores del activo neto al cierre y a la apertura del ejercicio cuyos resultados han de servir de base para el impuesto, previa la deducción de las aportaciones adicionales y la suma de las cantidades retiradas durante dicho ejercicio por el explotador o por los socios. Por activo neto se entiende el importe en el cual el activo supera la parte del pasivo que representan en total las deudas con terceros, amortizaciones y provisiones justificadas.»

3 El artículo 4, apartados I y II, de la Ley nº 97-1026, de 10 de noviembre de 1997, de medidas urgentes de carácter fiscal y financiero (JORF de 11 de noviembre de 1997, p. 16387), dispone:

I. Se presumirá que las instalaciones de la red de suministro general de energía eléctrica han sido propiedad de Électricité de France [(en lo sucesivo, «EDF»)] desde que le fue atribuida la concesión de dicha red.

II. Para la aplicación de las disposiciones del [apartado] I, al 1 de enero de 1997, el contravalor de los bienes específicos comprendidos en la concesión de la red de suministro general que figuran en el pasivo del balance de [EDF], excluidas las diferencias de revaluación correspondientes, se asentará en la partida “Dotaciones de capital”.

Antecedentes del litigio

Contexto general del asunto

4 EDF produce, transporta y distribuye electricidad, en particular en el conjunto del territorio francés. Creada por la Ley nº 46-628, de 8 de abril de 1946, de nacionalización de la electricidad y del gas (JORF de 9 de abril de 1946, p. 2651), que nacionalizó el sector de la electricidad en Francia (JORF de 9 de abril de 1946, p. 2651), EDF pertenecía en su totalidad al Estado en el momento de adoptarse la decisión de iniciar el procedimiento previsto por el artículo 88 CE, apartado 2, en 2002.

5 El artículo 36 de la Ley nº 46-628 estableció el principio de la transferencia a EDF de las concesiones de electricidad nacionalizadas. Las diferentes concesiones de transporte de electricidad otorgadas por el Estado se unificaron en 1958 en una concesión única, denominada «réseau d'alimentation générale», en lo sucesivo, «RAG» (red de alta tensión general).

6 La aplicación a EDF del plan general contable de 1982, que contenía reglas contables específicas para las concesiones, llevó a partir de 1987 a tener en cuenta las obligaciones específicas que deben asumir los concesionarios, sobre quienes pesa la obligación de devolución de los bienes concedidos en buen estado de funcionamiento al término de la concesión, en virtud del «principio de continuidad de los servicios públicos».

7 En aplicación del plan general contable referido se elaboró un plan contable específico de EDF, que fue aprobado por el Decreto interministerial de 21 de diciembre de 1986 (JORF de 30 de diciembre de 1986, p. 15794).

8 En aplicación del citado plan contable específico de EDF la RAG se asentó en el activo del balance de EDF, en la partida titulada «Inmovilizado material del dominio concedido» y entre 1987 y 1996 se constituyeron provisiones específicas en concepto de renovación del inmovilizado concedido, destinadas a permitir que el concesionario devolviera esos bienes al concedente en perfecto estado al término de la concesión.

9 Los gastos de renovación efectuados por EDF se asentaron en el balance en la partida titulada «Contravalor de los bienes objeto de concesión». Esa partida, denominada también «Derechos del concedente», representaba una deuda de EDF frente al Estado francés, ligada a la devolución gratuita de los bienes sustituidos al término de la concesión.

10 En 1994 el Tribunal de Cuentas francés consideró irregular el estatuto patrimonial de la RAG y por consiguiente el referido plan contable. En consecuencia el Estado francés acometió la tarea de aclarar el estatuto patrimonial de la RAG así como la de reestructurar el balance de EDF.

11 El contrato de gestión de servicio público «Estado-EDF 1997-2000», firmado el 8 de abril de 1997, preveía una normalización de las cuentas de la empresa y de sus relaciones financieras con el Estado, con la perspectiva de la apertura del mercado de la electricidad prevista por la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DO 1997, L 27, p. 20). Con esa perspectiva se adoptó la Ley nº 97-1026.

12 Antes de la adopción de esa Ley el balance de EDF se presentaba como sigue:

- en el activo figuraba una partida titulada «Inmovilizado material del dominio concedido» por importe de 285.700 millones de FRF, de los cuales cerca de 90.000 millones de FRF por el concepto de la RAG;
- en el pasivo figuraba una partida titulada «Provisiones», de la que cerca de 38.500 millones de FRF correspondían a la RAG, así como una partida titulada «Contravalor de los bienes objeto

de concesión» que recogía los gastos de renovación realizados. Esta partida ascendía a 145.200 millones de FRF, de los que 18.300 millones correspondían a la RAG.

13 En aplicación del artículo 4 de la Ley nº 97-1026, la reestructuración del balance de EDF se comunicó a EDF en un escrito de 22 de diciembre de 1997 del Ministro de Economía, Hacienda e Industria, del Secretario de Estado del Presupuesto y del Secretario de Estado de Industria, y en particular en su anexo 1. Las consecuencias fiscales de esa reestructuración se exponían en el anexo 3 del mismo escrito. En el apartado 34 de la sentencia recurrida, el Tribunal General resumió las operaciones realizadas en el marco de dicha reestructuración como sigue:

- en primer lugar, los bienes constitutivos de la RAG fueron reclasificados, por importe de 90.325 millones de FRF, como «bienes propios» y perdieron así la calificación de «bienes objeto de concesión»;
- en segundo lugar, las provisiones para renovación de la RAG no utilizadas, por importe de 38.521 millones de FRF, fueron contabilizadas como beneficio no distribuido, sin asentarse previamente en la cuenta de pérdidas y ganancias, y fueron reclasificadas por importe de 20.225 millones de FRF como pérdidas de ejercicios anteriores, de forma que dicha cuenta resultó así liquidada y el saldo de 18.296 millones de FRF se afectó a las reservas. A pesar de que esas reclasificaciones no pasaron por la cuenta de resultados, las mismas dieron lugar a la apreciación de un resultado imponible, gravado al tipo del 41,66 % en aplicación del artículo 38, apartado 2, del Código general de impuestos;
- en tercer lugar, los «derechos del concedente» se afectaron directamente a la partida de dotaciones de capital por importe de 14.119 millones de FRF (de un total de 18.345 millones de FRF) sin asentarse previamente en la cuenta de resultados, con anotación del saldo en diversas cuentas de revaluación.

El procedimiento administrativo y la Decisión controvertida

14 Mediante escritos de 10 de julio y 27 de noviembre de 2001, la Comisión instó a las autoridades francesas a proporcionarle determinadas informaciones acerca de varias medidas adoptadas respecto a EDF y que podían conllevar elementos de ayudas de Estado.

15 Posteriormente tuvieron lugar intercambios entre la Comisión y las autoridades francesas, entre los que figura un escrito de 9 de abril de 2002, enviado a la Comisión por esas autoridades, al que se adjuntaba una nota sin fecha de la Dirección General de Impuestos del Ministerio de Economía, Hacienda e Industria francés, en la que se indicaba en particular lo siguiente:

«Los derechos del concedente correspondientes a la RAG representan una deuda indebida que la incorporación al capital ha exonerado del impuesto de forma injustificada.

Esas provisiones fueron incorporadas al capital sin incidencia fiscal, al no estar sujeta la RAG al régimen fiscal y contable de las concesiones. Dado que la RAG estaba integrada por bienes propios, EDF no estaba obligada respecto al Estado por deuda alguna de devolución de dichos bienes, de modo que los importes correspondientes que figuraban en la partida «Derechos del concedente» no constituyen un pasivo real, sino una reserva no exenta de impuesto. Siendo así, antes de su incorporación al capital esa reserva habría debido transferirse desde el pasivo del establecimiento, en el que figuraba indebidamente, a una cuenta de situación neta, lo que habría dado lugar a una variación positiva de activo neto imponible en aplicación del artículo 38, [apartado 2], ya citado.

La ventaja impositiva así obtenida puede evaluarse en 5.880 [millones de FRF] (14.119 x 41,66

%) [es decir, 888,89 millones de euros, según la conversión realizada por la Comisión conforme al tipo de cambio FRF/euro al 22 de diciembre de 1997].»

16 Con un escrito de 16 de octubre de 2002, publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 16 de noviembre de 2002 (DO C 280, p. 8), la Comisión notificó a las autoridades francesas tres decisiones conjuntas relativas a EDF. En particular, conforme al artículo 88 CE, apartado 2, la Comisión adoptó una decisión de iniciación del procedimiento formal de examen de la ventaja resultante de la falta de pago por EDF del impuesto de sociedades debido por la parte de las provisiones contables creadas con exención de impuestos para la renovación de la RAG.

17 Seguidamente tuvieron lugar nuevos intercambios entre las autoridades francesas y la Comisión, entre los que figura un escrito de 9 de diciembre de 2002 enviado a la Comisión por esas autoridades en el que se señala en especial lo siguiente:

«2. La reforma contable de 1997 puede calificarse como una dotación complementaria de capital de importe equivalente a la exención parcial de impuesto, cuya finalidad fue también subsanar una subcapitalización.

[...]

Los derechos del concedente “RAG” ya se consideraban antes de 1997 como fondos cuasipropios a causa de la especial situación derivada de la doble cualidad del Estado en relación con EDF: autoridad concedente y propietario. En esas condiciones, se estimaba implícito que los derechos del concedente no constituían una deuda realmente exigible de EDF frente al Estado.

Por tanto, en la reestructuración del balance en 1997, en la que participaron el Ministro de Economía, Hacienda e Industria y los Secretarios de Estado del Presupuesto y de Industria, EDF y el Estado se propusieron afectar los fondos cuasipropios al capital, con abstracción de la percepción del impuesto de sociedades.

Con ese espíritu, se juzgó más eficaz y neutro que los poderes públicos afectaran directamente los derechos del concedente como fondos propios por su importe total, en lugar de realizar la operación de naturaleza equivalente que hubiera consistido en:

- Afectar como capital un importe neto tras el pago del impuesto de sociedades;
- Solicitar el pago por EDF del impuesto de sociedades correspondiente a la variación de activo neto;
- Llevar a cabo una dotación complementaria de capital de importe equivalente al impuesto pagado.

Esa dotación complementaria se justificaba por las perspectivas de rentabilidad ofrecidas por EDF en 1997, que además se concretaron durante los siguientes años. En circunstancias comparables un inversor privado en una economía de mercado habría realizado esa aportación de capital.

Por otro lado, cabe recordar que la reordenación contable de las provisiones para renovación de la RAG se efectuó [...] también para restablecer una estructura de balance más ajustada a la de empresas de sectores industriales comparables.»

18 El 16 de diciembre de 2003 la Comisión adoptó la Decisión controvertida.

19 El artículo 3 de esa Decisión dispone:

«El que EDF no pagara, en 1997, el impuesto de sociedades sobre la parte de las provisiones constituidas con exención de impuestos para la renovación de la RAG, por un importe equivalente a los 14.119 millones de [FRF] de derechos del cedente reclasificados en dotaciones de capital, constituye una ayuda estatal incompatible con el mercado común.

El elemento de ayuda correspondiente al importe no pagado del impuesto de sociedades asciende a 888,89 millones de euros.»

20 El artículo 4 de dicha Decisión preveía, en particular:

«Francia adoptará todas las medidas necesarias para obtener de EDF la recuperación de la ayuda contemplada en el artículo 3, que ha sido puesta a su disposición ilegalmente.»

21 En la motivación de la misma Decisión la Comisión estimó lo siguiente acerca de la ventaja fiscal de la que supuestamente se benefició EDF en 1997:

«(88) La carta del Ministro de Economía en la que se establecen las consecuencias fiscales de la reestructuración del balance de EDF pone de manifiesto que las autoridades francesas gravaron las provisiones para la renovación de la RAG no utilizadas con el impuesto de sociedades al tipo del 41,66 % aplicable en 1997.

(89) En cambio, con arreglo al artículo 4 de la Ley nº 97/1026 [...] una parte de esas provisiones —los derechos del cedente— correspondiente a las operaciones de renovación ya realizadas se reclasificó como dotaciones de capital por importe de 14.119 millones de FRF sin ser sometida al impuesto de sociedades [...] En una nota de la Dirección General de Impuestos de 9 de abril de 2002, dirigida a la Comisión, las autoridades francesas [...] constatan que “la ventaja impositiva obtenida así [por EDF en 1997] puede cifrarse en 5.880 millones de [FRF] (14.119 × 41,66 %)”, es decir, en 888,89 millones de euros.

[...]

(91) La Comisión considera que los derechos del cedente deberían haberse gravado al mismo tiempo y con el mismo tipo que las demás provisiones contables constituidas con exención de impuestos. Esto significa que los 14.119 millones de FRF de derechos del cedente deberían haberse añadido a los 38.500 millones de FRF de provisiones no utilizadas para gravarlos con el tipo del 41,66 % aplicado a la reestructuración del balance de EDF por las autoridades francesas. Al no pagar la totalidad del impuesto de sociedades adeudado en el momento de la reestructuración de su balance, EDF ahorró 888,89 millones de euros.

[...]

(95) Las autoridades francesas alegan, por otra parte, que la reforma contable de 1997 equivale a una dotación de capital complementaria por un importe equivalente a la exención parcial del impuesto. Por tanto, se trataría por su parte de una inversión, y no de una ayuda. [...]

(96) La Comisión no puede sino desestimar estas alegaciones y recordar que el principio del inversor privado sólo puede entrar en juego en el marco del ejercicio de actividades económicas, y no del ejercicio de poderes de regulación. Una autoridad pública no puede utilizar el argumento de los posibles beneficios económicos que podría realizar como propietario de una empresa para justificar una ayuda concedida de manera discrecional gracias a las prerrogativas que tiene como autoridad fiscal frente a esa misma empresa.

(97) En efecto, si un Estado miembro, además de ejercer su función de poder público, tiene la

posibilidad de actuar como accionista, no puede mezclar sus funciones estatales de ejercicio del poder público y las de accionista. La autorización de los Estados miembros para utilizar sus prerrogativas de poder público al servicio de sus inversiones en empresas activas en mercados abiertos a la competencia privaría de todo efecto útil a las normas comunitarias en materia de ayudas estatales. Además, si bien el Tratado, en virtud de su artículo 295, es neutro respecto de la propiedad del capital, es evidente que las empresas públicas deben ser sometidas a las mismas normas que las empresas privadas. Si el Estado utilizara en beneficio de las empresas de las que es accionista sus prerrogativas de poder público, se rompería la igualdad de trato entre empresas públicas y privadas.»

22 En el apartado 51 de la sentencia recurrida, el Tribunal General indicó que, habida cuenta de los intereses calculados en aplicación del artículo 4 de la Decisión controvertida, el importe total cuya devolución se exigió a EDF ascendió a 1.217 millones de euros, y que EDF devolvió ese importe al Estado francés.

El procedimiento ante el Tribunal General y la sentencia recurrida

23 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal General el 27 de abril de 2004 EDF interpuso un recurso en el que solicitaba la anulación de los artículos 3 y 4 de la Decisión controvertida.

24 En escrito presentado en la Secretaría del Tribunal General el 17 de agosto de 2004 la República Francesa solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de EDF. Por auto de 20 de septiembre de 2004, el Presidente de la Sala Tercera del Tribunal General admitió dicha intervención.

25 Mediante escrito registrado en la Secretaría del Tribunal General el 3 de marzo de 2008 Iberdrola, S.A. (en lo sucesivo, «Iberdrola»), solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de la Comisión. Dado que la demanda de intervención fue presentada tras la terminación del plazo de seis semanas previsto por el artículo 115, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, por auto de 5 de junio de 2008 se admitió la intervención de Iberdrola en apoyo de las pretensiones de la Comisión, y la presentación por esa parte de sus observaciones en la fase oral.

26 En apoyo de su recurso EDF había aducido tres motivos con carácter principal y dos con carácter subsidiario.

27 El Tribunal General limitó su examen al primer motivo y a las tres primeras partes del segundo motivo, planteados con carácter principal. En efecto, en la sentencia recurrida desestimó el primer motivo y las dos primeras partes del segundo. En cambio, el Tribunal General estimó la tercera parte del segundo motivo y anuló en consecuencia los artículos 3 y 4 de la Decisión controvertida.

28 En esa tercera parte del segundo motivo EDF había alegado que las medidas discutidas habrían debido calificarse como dotación de capital y apreciarse en el contexto global de la clarificación de las relaciones financieras entre el Estado francés y EDF. Al ejecutar esas medidas ese Estado actuó como un inversor privado diligente en una economía de mercado, lo que la Comisión habría debido comprobar aplicando el criterio del inversor privado.

29 La República Francesa intervino en apoyo de las pretensiones de EDF, en especial en relación con esa tercera parte. Iberdrola intervino en apoyo de las pretensiones de la Comisión referidas a esa misma parte.

30 En los apartados 233 a 237 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró que, para determinar si la Comisión debía examinar o no la intervención del Estado francés en el capital de EDF a la luz del criterio del inversor privado, era preciso apreciar si esa intervención, atendiendo a su naturaleza y objeto y teniendo en cuenta el objetivo perseguido, constituía una inversión realizable por un inversor privado, y por tanto se efectuaba por ese Estado como un operador económico que actuara en igual condición que un inversor privado, o bien si constituía una intervención del Estado en calidad de poder público, lo que excluiría por tanto la aplicación de ese criterio. En particular, el Tribunal General estimó que no debía examinarse la medida discutida en función únicamente de su forma, puesto que el recurso a una ley no bastaba por sí solo para excluir que la intervención del Estado en el capital de una empresa persiguiera un objetivo económico que también podría perseguir un inversor privado.

31 En los apartados 240 a 242 de esa sentencia el Tribunal General recordó que los «derechos del concedente» se afectaron directamente a la partida de dotaciones de capital por importe de 14.119 millones de FRF, sin asentarse previamente en la cuenta de resultados. Puso de relieve que la Comisión había estimado que sólo la falta de imposición de los «derechos del concedente» antes de la dotación de capital constituía una ayuda de Estado, y que todas las partes concordaban en considerar que se habría debido pagar un impuesto por el importe de 14.119 millones de FRF antes de que fuera anotado en la partida titulada «Dotación de capital».

32 En los apartados 243 a 245 de la referida sentencia el Tribunal General consideró que la medida en cuestión, que tenía como objeto reestructurar el balance de EDF y aumentar los fondos propios de ésta, no constituía una disposición de carácter fiscal en sí, sino una disposición de naturaleza contable con incidencia fiscal. No obstante, constató que la Comisión sólo había examinado las incidencias fiscales de esa medida y que había puntualizado que, debido al carácter fiscal de la ventaja identificada, no le incumbía tomar en consideración el aumento de capital realizado ni el criterio del inversor privado, ya que la renuncia a un crédito fiscal, como el que era objeto del litigio, derivaba del ejercicio de prerrogativas de poder público.

33 En los apartados 247 a 250 de la misma sentencia el Tribunal General estimó que, habida cuenta del objetivo de recapitalización de EDF perseguido por la medida en cuestión, la mera naturaleza fiscal del crédito de que se trataba no permitía que la Comisión excluyera la aplicación del criterio del inversor privado. A juicio del Tribunal, incumbía a la Comisión comprobar la racionalidad económica de la inversión referida, apreciando si un inversor privado hubiera procedido a una inversión de importe comparable a favor de EDF en las mismas circunstancias. En efecto, esa obligación estaba a cargo de la Comisión con independencia de la forma de aportación de los capitales por el Estado.

34 En los apartados 251 y 252 de la sentencia recurrida el Tribunal General precisó que no puede excluirse que la forma adoptada por la inversión de que se trate implique diferencias en términos de coste de movilización del capital y de rendimiento de éste, que podrían conducir a considerar que un inversor privado no habría realizado tal inversión. Ahora bien, ello presupone un análisis económico en el marco de la aplicación del criterio del inversor privado. En efecto, según el Tribunal General, dicho análisis estaba justificado, ya que un aumento de capital puede resultar de la conversión de un crédito que tenga un accionista privado frente a la empresa, por una parte, y por otra parte el recurso a una ley a este efecto podía considerarse como la consecuencia necesaria del hecho de que las reglas relativas al capital de EDF estaban fijadas por una ley.

35 Por consiguiente, en el apartado 253 de dicha sentencia el Tribunal General concluyó que, habida cuenta de la necesidad de apreciar la medida controvertida en su contexto, la Comisión no podía limitarse a examinar sus incidencias fiscales sino que debía examinar al mismo tiempo el

fundamento de la alegación de que la renuncia al crédito por el impuesto en el marco de la operación de reestructuración del balance y de aumento del capital de EDF podía ajustarse al criterio del inversor privado.

36 Seguidamente, el Tribunal General desestimó en los apartados 254 a 259 de la misma sentencia la alegación de la Comisión de que el criterio del inversor privado no podía aplicarse, ya que el Estado francés había ejercido en ese caso sus prerrogativas de poder público al recurrir a una ley para renunciar a un crédito fiscal. Acerca de ello, estimó que en este caso no existía una obligación a cargo del Estado en cuanto poder público y que no se trataba de apreciar ciertos costes derivados para el Estado de sus obligaciones de poder público.

37 En los apartados 260 a 263 de la mencionada sentencia el Tribunal General desestimó la alegación de la Comisión de que el criterio del inversor privado no puede aplicarse a la conversión en capital de un crédito fiscal, ya que un inversor privado no podría ser titular de un crédito de esa clase frente a una empresa, sino tan sólo de un crédito civil o mercantil. Ahora bien, a juicio del Tribunal el criterio del inversor privado tiene como objetivo verificar si, a pesar del hecho de que el Estado dispone de medios que no tiene un inversor privado, éste, en las mismas circunstancias, habría tomado una decisión de inversión comparable. La naturaleza del crédito y el hecho de que un inversor privado no pueda ser titular de un crédito fiscal son en consecuencia irrelevantes.

38 En los apartados 264 a 277 de la sentencia recurrida, el Tribunal General desestimó la alegación de la Comisión de que un inversor privado habría debido pagar el impuesto en una situación comparable, de lo que habría resultado un coste superior para ese inversor puesto que, para aportar 100 euros, habría tenido que movilizar en realidad 141,66 euros.

39 Sobre ese aspecto el Tribunal General observó en primer lugar que EDF y la República Francesa habían mantenido, y la propia Comisión había considerado en el apartado 51 de la decisión de iniciación del procedimiento formal de examen mencionada en el apartado 16 de la presente sentencia, que en virtud del Derecho fiscal francés la variación del activo neto causada por un aumento de capital mediante la conversión de un crédito frente a una empresa del cual es titular un accionista de ésta no debía tenerse en cuenta para el cálculo del impuesto de sociedades, y que por consiguiente esa conversión del crédito en capital no daba lugar a una imposición cuya base imponible fuera el importe del mismo crédito.

40 En segundo término el Tribunal General estimó que la alegación de la Comisión estaba en contradicción con la ventaja que había identificado en la Decisión controvertida puesto que conducía a examinar el coste global que soportaría un inversor privado para invertir 14.119 millones de FRF, a pesar de que la reclasificación de los derechos del concedente por ese importe no se había considerado como constitutiva de una ayuda por la Comisión.

41 En tercer lugar el Tribunal General consideró que la alegación de la Comisión carecía de coherencia dado que ésta reconocía que habría examinado la dotación complementaria de capital por 5.880 millones de FRF, importe que el Tribunal General indicó erróneamente como de 5.600 millones de FRF, si EDF hubiera pagado previamente ese importe en concepto de impuesto, y si a continuación el Estado francés le hubiera devuelto ese mismo importe, porque el coste soportado por dicho Estado habría podido compararse en ese caso, y sólo en ese caso, con el coste para un inversor privado. Ahora bien, el Tribunal General estimó que, en tal supuesto, en realidad el coste habría sido el mismo para ese Estado, y el importe percibido por EDF habría sido el mismo que percibió en virtud de la medida discutida.

42 En cuarto término el Tribunal General consideró que, suponiendo que un inversor privado hubiera estado efectivamente obligado al pago del impuesto, el coste de una dotación de capital mediante aportación de crédito habría sido para él de 5.880 millones de FRF, y por tanto idéntico

al soportado en este caso por el Estado francés. Además, únicamente la aplicación del criterio del inversor privado habría permitido verificar la existencia de una posible diferencia de coste.

43 En quinto lugar el Tribunal General estimó que, incluso si el coste de una recapitalización por cuantía de 14.119 millones de FRF fuera nulo para el Estado, y ese coste fuera de 5.880 millones de FRF para un inversor privado, esa diferencia de coste no se opondría a la aplicación del criterio del inversor privado.

44 En el apartado 283 de la sentencia recurrida el Tribunal General desestimó la alegación de la Comisión de que admitir la aplicación del criterio del inversor privado podría conducir a reconocer la validez de cualquier forma de exención fiscal concedida por los Estados miembros. Acerca de ello el Tribunal General recordó que en este caso no se trataba de una mera exención fiscal concedida a una empresa, sino de la renuncia a un crédito fiscal en el marco de un aumento de capital de una empresa de la que el Estado era el único accionista, por una parte, y por otra estimó que no se podía prejuzgar el resultado de la aplicación de ese criterio, en defecto de lo cual éste carecía de utilidad.

Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

45 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 29 de julio de 2010 la Autoridad de Vigilancia AELC solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

46 Por auto de 2 de septiembre de 2010 el Presidente del Tribunal de Justicia admitió dicha intervención.

Pretensiones de las partes

47 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- anule la sentencia recurrida, en cuanto en ella el Tribunal General anuló los artículos 3 y 4 de la Decisión controvertida y condenó a la Comisión a cargar con sus propias costas y con las de EDF;
- desestime la tercera parte del segundo motivo aducido por EDF en primera instancia;
- devuelva el asunto al Tribunal General para su nuevo examen; y
- reserve la decisión sobre las costas del procedimiento.

48 La Autoridad de Vigilancia AELC solicita al Tribunal de Justicia que:

- estime el recurso de casación y anule la sentencia recurrida, y
- devuelva el asunto al Tribunal General.

49 Iberdrola solicita al Tribunal de Justicia que:

- estime el recurso de casación y anule la sentencia recurrida;
- desestime la tercera parte del segundo motivo aducido por EDF;
- devuelva el asunto al Tribunal General, y
- condene a EDF al pago de las costas, incluidas las de Iberdrola.

50 EDF y la República Francesa solicitan al Tribunal de Justicia que:

- desestime el recurso de casación, y
- condene en costas a la Comisión.

Sobre el recurso de casación

51 En apoyo de su recurso de casación la Comisión aduce dos motivos fundados, el primero en la desnaturalización de los hechos, y el segundo en un error de Derecho en la interpretación del artículo 87 CE y más en particular en la determinación del campo de aplicación y del contenido del criterio del inversor privado diligente en una economía de mercado.

52 Es oportuno examinar en primer lugar el segundo motivo.

Sobre el segundo motivo, fundado en un error de Derecho en la interpretación del artículo 87 CE

53 El segundo motivo se divide en cuatro partes que conviene examinar conjuntamente.

Alegaciones de las partes

54 En la primera parte del segundo motivo la Comisión alega que el Tribunal General cometió un error de Derecho al basarse en el objetivo perseguido por el Estado francés para determinar si había actuado como accionista o como poder público. En efecto, el artículo 87 CE, apartado 1, no establece una distinción en función de los objetivos pretendidos por las intervenciones estatales.

55 La Comisión afirma que el criterio fundado en la intención de dicho Estado miembro no permite establecer una distinción entre las intervenciones del Estado como accionista y las del Estado cuando actúa en calidad de poder público. Según la Comisión, este criterio tiene un carácter subjetivo y se presta a la manipulación.

56 En la segunda parte del segundo motivo la Comisión considera que el Tribunal General no trató de determinar si el comportamiento seguido por el Estado francés era comparable al de un inversor privado, ya que su análisis no se refiere al «mecanismo corto» previsto por la Ley nº 97-1026 sino al «mecanismo largo», consistente ante todo en afectar a la partida «Dotación de capital» un importe neto tras el pago del impuesto, en solicitar después a EDF el pago del impuesto correspondiente a la variación de activo neto y en realizar finalmente una dotación complementaria de capital de importe igual al impuesto pagado.

57 Ahora bien, según la Comisión la elección de uno u otro de esos procesos no es irrelevante puesto que en el «mecanismo largo» el presupuesto del Estado garantiza la transparencia, mientras que en el «mecanismo corto», aplicado en el presente asunto, los recursos empleados eluden toda disciplina presupuestaria. Así pues, la igualdad ante el impuesto se ha quebrado ya que EDF se benefició de un trato especial sin transparencia alguna.

58 En segundo término la Comisión reprocha al Tribunal General no haber tenido en cuenta la necesidad de definir un inversor privado de referencia, siendo así que la jurisprudencia prevé la definición de un término de comparación real existente en la economía de mercado. En efecto, según la Comisión el Tribunal de Justicia ha excluido del campo de aplicación del criterio del inversor privado las situaciones en las que no existe ningún operador real con el que pueda compararse el comportamiento del Estado.

59 En tercer lugar la Comisión estima que el comportamiento del Estado francés no habría

sido seguido por un inversor privado toda vez que éste habría debido pagar el impuesto de sociedades y no habría podido convertir éste en capital. Únicamente el Estado, en su calidad de autoridad fiscal, pudo disponer además de la cantidad en cuestión. Ahora bien, el criterio del inversor privado trata de verificar si se habría podido realizar una inversión privada en condiciones similares.

60 En cuarto lugar la Comisión considera que el criterio del inversor privado, tal como lo entiende el Tribunal General, pretende examinar todo comportamiento del Estado sólo desde el punto de vista de la rentabilidad, lo que permitiría a las empresas públicas obtener ventajas derivadas de la condición de su propietario.

61 En la tercera parte del segundo motivo la Comisión mantiene que, a causa de la consideración exclusiva de ese punto de vista de la rentabilidad y de la posibilidad de que el Estado utilice sus prerrogativas de poder público, el análisis del Tribunal General vulnera el principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas, genera distorsiones de la competencia contrarias a los artículos 295 CE y 87 CE y es contrario al objetivo perseguido por el criterio del inversor privado. En efecto, ese criterio se convierte así en un medio para excluir la calificación como ayuda de las medidas que un inversor privado no podría adoptar.

62 En la cuarta parte de su segundo motivo la Comisión manifiesta que el Tribunal General infringió las reglas sobre el reparto de la carga de la prueba. Según ella, cuando concurren todas las demás condiciones exigidas para que se constate la existencia de una ayuda de Estado, incumbe al Estado miembro que invoca la excepción fundada en el criterio del inversor privado demostrar que se cumplen los requisitos establecidos para que esa excepción sea acogida.

63 Pues bien, consta que las autoridades francesas se limitaron durante el procedimiento administrativo a invocar perspectivas de rentabilidad sin presentar ningún dato en apoyo de sus alegaciones. Además, ningún factor que constara en el expediente indicaba que el Estado francés hubiera previsto la rentabilidad potencial de la exención fiscal controvertida. En esas condiciones, la Comisión entiende que no podía estar obligada a examinar la exención fiscal discutida a la luz del citado criterio.

64 En segundo lugar la Comisión recuerda que la legalidad de una decisión en materia de ayudas de Estado debe ser apreciada en función de las informaciones de las que podía disponer la Comisión cuando la adoptó. Pues bien, de lo antes expuesto resulta que en aquel momento la Comisión no disponía de información alguna que pudiera demostrar la pertinencia del criterio del inversor privado.

65 Iberdrola se adhiere a la argumentación de la Comisión, y añade respecto a la primera parte del segundo motivo que, al haber atribuido una relevancia principal al objetivo perseguido por el Estado, el Tribunal General no atendió a la distinción entre el Estado como accionista y el Estado cuando actúa como poder público. De esa manera la desigualdad existente entre los recursos de los que dispone un operador privado y los recursos del Estado se difumina detrás de la posible convergencia de los objetivos pretendidos.

66 Iberdrola puntualiza que ningún operador privado dispone de la potestad de determinar las condiciones que rigen la sujeción al impuesto y estima que, como quiera que una actividad económica consiste en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado, el ejercicio de una potestad en materia fiscal no forma parte de tal actividad. Iberdrola añade que el hecho de prohibir que el Estado ejerza la potestad de que dispone en materia fiscal en beneficio de las empresas públicas no da lugar a ninguna discriminación ya que el Estado siempre podría realizar una aportación de capital.

67 Sobre la segunda parte del segundo motivo, Iberdrola precisa que, si el Estado francés hubiera percibido el impuesto y después hubiera ingresado éste en su presupuesto, no es seguro que se hubiera realizado la aportación del importe discutido al capital de EDF, puesto que los procedimientos, los controles y las decisiones previstos para la puesta en práctica de dicha aportación habrían sido diferentes de los realizados con motivo de la exención fiscal en cuestión.

68 En lo que atañe a la tercera parte del segundo motivo, Iberdrola afirma que la separación establecida entre las actividades de accionista y las propias de las prerrogativas de poder público del Estado trata de prevenir un conflicto de intereses y preservar la igualdad de oportunidades entre operadores. Ahora bien, la lógica seguida por el Tribunal General permite que los Estados miembros utilicen sus prerrogativas para exonerar a las empresas públicas de ciertas obligaciones que soportan los operadores privados.

69 La Autoridad de Vigilancia AELC se une a la argumentación de la Comisión y de Iberdrola. Acerca de la primera parte del segundo motivo, estima que las intenciones del Estado no deben tenerse en cuenta incluso si pudieran determinarse con certeza. Es necesario apreciar conforme a criterios objetivos y verificables si el Estado ha actuado como autoridad pública o como inversor privado.

70 La Autoridad de Vigilancia AELC señala que el Estado percibe impuestos en virtud del ejercicio de la autoridad pública y considera por tanto que la renuncia a créditos fiscales se produce en ese mismo contexto. Pues bien, un comportamiento como el del Estado no puede compararse con el de un inversor privado.

71 Respecto a la segunda parte del segundo motivo la Autoridad de Vigilancia AELC destaca que la deuda de EDF frente el Estado francés no era mercantil ni contractual sino fiscal. Según esa Autoridad, en lugar de comparar un comportamiento subjetivo ficticio del Estado francés con el de un inversor privado hipotético, el Tribunal General habría debido comparar el comportamiento real de ese Estado con el de un inversor existente en el mercado, y no con el de un acreedor.

72 La Autoridad de Vigilancia AELC puntualiza que la crisis financiera ha demostrado que en esa clase de situaciones es preciso aplicar un criterio claro y de fácil puesta en práctica, basado en factores objetivos que puedan ser objeto de control jurisdiccional. Ahora bien, el criterio adoptado por el Tribunal General no se ajusta a esa exigencia.

73 En lo que se refiere a la cuarta parte del segundo motivo, la Autoridad de Vigilancia AELC destaca que la inversión de la carga de la prueba impuesta por el Tribunal General pone a las instituciones encargadas de controlar las ayudas de Estado en una posición difícil ya que están en condiciones de tomar sus decisiones únicamente en función de las informaciones de que disponen. La Comisión no puede aplicar el criterio del inversor privado por propia iniciativa.

74 EDF y la República Francesa solicitan la desestimación del segundo motivo de casación. En particular, según esas partes, el Tribunal General juzgó válidamente que el criterio del inversor privado era aplicable en el presente caso, y que al haberlo excluido de entrada la Comisión había vulnerado las obligaciones procedimentales a su cargo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

75 La Comisión, la Autoridad de Vigilancia AELC e Iberdrola reprochan en sustancia al Tribunal General haber examinado la aplicabilidad en el presente caso del criterio del inversor privado, teniendo en cuenta para ello el objetivo pretendido por el Estado francés cuando adoptó

la medida discutida, en primer lugar, confundiendo las funciones del Estado accionista y las del Estado en el ejercicio de sus potestades en materia fiscal, en segundo lugar, vulnerando el principio de igualdad de trato entre empresas pública y privadas, en tercer lugar, e infringiendo las reglas sobre el reparto de la carga de la prueba, en cuarto lugar.

76 De la jurisprudencia se deduce que una medida concedida por medio de fondos del Estado que coloca a la empresa beneficiaria en una situación financiera más favorable que la de sus competidores, y que por ese motivo falsea o amenaza falsear la competencia a la vez que afecta a los intercambios entre Estados miembros, no puede eludir de entrada la calificación como «ayuda» en el sentido del artículo 87 CE en razón de los objetivos perseguidos por dicho Estado (véanse en ese sentido las sentencias de 19 de mayo de 1999, Italia/Comisión, C-6/97, Rec. p. I-2981, apartado 15; de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión, C-156/98, Rec. p. I-6857, apartado 25 y jurisprudencia citada, y de 9 de junio de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión, C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, Rec. p. I-4727, apartado 94 y jurisprudencia citada).

77 En efecto, el apartado 1 de dicha disposición no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos (sentencia Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión, antes citada, apartado 94 y jurisprudencia citada).

78 No obstante, también resulta de una reiterada jurisprudencia que los requisitos que debe reunir una medida para incluirla en el concepto de «ayuda» en el sentido del artículo 87 CE no concurren si la empresa pública beneficiaria podía obtener la misma ventaja que se puso a su disposición mediante recursos del Estado en circunstancias que correspondan a las condiciones normales del mercado, apreciación que en el caso de las empresas públicas se realiza aplicando en principio el criterio del inversor privado (véanse en ese sentido las sentencias de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión, C-303/88, Rec. p. I-1433, apartado 20; de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión, C-482/99, Rec. p. I-4397, apartados 68 a 70, y Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión, antes citada, apartado 91 y jurisprudencia citada).

79 En especial, de la jurisprudencia se deduce que, para apreciar si la misma medida se habría adoptado en condiciones normales de mercado por un inversor privado que se encontrara en una situación lo más similar posible a la del Estado, sólo se deben tener en cuenta los beneficios y las obligaciones ligados a la situación de este último en calidad de accionista, con exclusión de los que le correspondan como poder público (véanse en ese sentido las sentencias de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión, 234/84, Rec. p. 2263, apartado 14, y 40/85, Rec. p. 2321, apartado 13; de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión, C-278/92 a C-280/92, Rec. p. I-4103, apartado 22, y de 28 de enero de 2003, Alemania/Comisión, C-334/99, Rec. p. I-1139, apartado 134).

80 De ello resulta que las funciones del Estado como accionista de una empresa, por un lado, y las del Estado cuando actúa como poder público, por otro, deben diferenciarse, según alegan fundamentalmente la Comisión, la Autoridad de Vigilancia AELC e Iberdrola, y lo estimó el Tribunal General en los apartados 223 a 228 de la sentencia recurrida.

81 Por consiguiente, la aplicabilidad del criterio de inversor privado depende en definitiva de que el Estado miembro interesado conceda una ventaja económica a una empresa que le pertenece, en su condición de accionista y no en la de poder público.

82 De ello se sigue que, si un Estado miembro invoca ese criterio en el procedimiento administrativo, le incumbe en caso de duda acreditar inequívocamente y en virtud de factores objetivos y verificables que la medida ejecutada corresponde a su cualidad de accionista.

83 Esos factores deben poner de manifiesto con claridad que el Estado miembro interesado ha adoptado, con anterioridad o al mismo tiempo que la concesión de la ventaja económica (véase en ese sentido la sentencia Francia/Comisión, antes citada, apartados 71 y 72), la decisión de realizar una inversión en la empresa pública de que se trata a través de la medida efectivamente ejecutada.

84 Sobre ese aspecto pueden ser necesarios en particular factores que pongan de manifiesto que esa decisión se funda en evaluaciones económicas comparables a las que, en las circunstancias del caso, habría efectuado un inversor privado racional que se hallara en una situación lo más similar posible a la del Estado miembro referido, antes de llevar a cabo dicha inversión, con el fin de determinar la rentabilidad futura de ésta.

85 En cambio, las evaluaciones económicas efectuadas después de la concesión de la referida ventaja, la apreciación retroactiva de la rentabilidad efectiva de la inversión realizada por el Estado miembro interesado o las justificaciones ulteriores de la elección del procedimiento efectivamente seguido no pueden bastar para acreditar que dicho Estado haya adoptado la aludida decisión en su condición de accionista, antes o al mismo tiempo de conceder la ventaja (véase en ese sentido la sentencia Francia/Comisión antes citada, apartados 71 y 72).

86 Si el Estado miembro interesado presenta a la Comisión datos de la naturaleza necesaria, corresponderá a ésta llevar a cabo una apreciación global teniendo en cuenta, además de los datos aportados por ese Estado miembro, cualquier otro dato pertinente en el caso concreto que le permita determinar si la medida en cuestión corresponde a la condición de accionista o a la de poder público de dicho Estado miembro. Pueden ser pertinentes al respecto en particular, como estimó el Tribunal General en el apartado 229 de la sentencia recurrida, la naturaleza y el objeto de esa medida, el contexto en el que se inserta y el objetivo perseguido así como las reglas a las que está sujeta.

87 En consecuencia, en las circunstancias del presente asunto el Tribunal General consideró válidamente que el objetivo pretendido por el Estado francés podía tomarse en consideración en el contexto de la apreciación global necesaria para determinar si ese Estado había actuado efectivamente en calidad de accionista y si por tanto era aplicable en ese caso el criterio del inversor privado.

88 Acerca de la cuestión de si la aplicabilidad del criterio del inversor privado podría excluirse en el presente asunto debido únicamente a la naturaleza fiscal de los medios empleados por el Estado francés, es oportuno recordar que el artículo 87 CE, apartado 1, declara incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia en función de sus efectos (véase la sentencia de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión antes citada, apartado 25 y jurisprudencia citada).

89 Se ha señalado además en el apartado 78 de la presente sentencia que la aplicación del criterio del inversor privado trata de determinar si la ventaja económica concedida bajo cualquier forma mediante recursos del Estado a una empresa pública puede falsear o amenaza falsear la competencia por sus efectos, y afectar a los intercambios entre Estados miembros.

90 Así pues, esa disposición y ese criterio pretenden prevenir que, mediante recursos del Estado, la empresa pública beneficiaria disfrute de una situación financiera más favorable que la de sus competidores (véanse en ese sentido las sentencias de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Rec. p. I-877, apartado 14, y de 19 de mayo de 1999, Italia/Comisión, antes citada, apartado 16).

91 Ahora bien, la situación financiera de la empresa pública beneficiaria no depende de la forma en que se ponga a su disposición esa ventaja, cualquiera que sea su naturaleza, sino del importe del que se beneficia en definitiva. En consecuencia, sin incurrir en un error de Derecho el Tribunal General centró su análisis sobre la aplicabilidad del criterio del inversor privado en la mejora de la situación financiera de EDF con vistas a la apertura del mercado de la electricidad a la competencia y en los efectos de la medida considerada en la competencia, y no en la naturaleza fiscal de los medios empleados por el Estado francés.

92 Así pues, de cuanto antecede resulta que, atendiendo a los objetivos perseguidos por el artículo 87 CE, apartado 1, y al criterio del inversor privado, una ventaja económica, aun concedida con medios de naturaleza fiscal, debe ser valorada en particular a la luz del criterio del inversor privado, si a raíz de la apreciación global que fuere necesaria se pone de manifiesto que el Estado miembro interesado concedió dicha ventaja en su condición de accionista de la empresa que le pertenece, no obstante el empleo de medios correspondientes al poder público.

93 De ello se deduce que no incurre en ningún error de Derecho la apreciación por el Tribunal General en el apartado 250 de la sentencia recurrida de que la obligación de la Comisión de verificar si los capitales se han aportado por el Estado en circunstancias que corresponden a las condiciones normales del mercado existe con independencia de la forma de su aportación por el Estado.

94 En lo que atañe al argumento de la Comisión, de la Autoridad de Vigilancia AELC y de Iberdrola según el que un inversor privado no habría podido realizar una inversión como la que efectuó el Estado francés en condiciones comparables, ya que habría debido pagar el impuesto, y únicamente el Estado en cuanto autoridad fiscal podía disponer además de las sumas correspondientes a ese impuesto, se ha de observar que, en virtud de la operación contable de que se trata, es la empresa privada que se encuentra en la situación de EDF, y no su accionista, quien habría debido pagar ese impuesto.

95 En el presente caso la aplicación del criterio del inversor privado habría permitido determinar por tanto si un accionista privado hubiera aportado en condiciones similares un importe igual al del impuesto adeudado a una empresa que se encontrara en una situación comparable a la de EDF.

96 Por otro lado, como señaló el Tribunal General en los apartados 275 y 276 de la sentencia recurrida, una posible diferencia entre el coste soportado por un inversor privado y el que soporta el Estado inversor no se opondría a la aplicación del criterio del inversor privado. En efecto, precisamente ese criterio permite determinar si existe dicha diferencia y tenerla en cuenta al apreciar si concurren las condiciones exigidas por dicho criterio.

97 De ello se deduce que, en contra de lo que mantienen la Comisión, la Autoridad de Vigilancia AELC e Iberdrola, el análisis que llevó a cabo el Tribunal General no vulnera la igualdad de trato entre empresas públicas y privadas, no genera distorsiones de la competencia ni se opone al objetivo perseguido por la aplicación del criterio del inversor privado.

98 Por tanto, al considerar que el criterio del inversor privado puede ser aplicable incluso

cuando se han utilizado medios de naturaleza fiscal el Tribunal General no cometió un error de Derecho.

99 Conviene añadir que en la sentencia recurrida el Tribunal General no prejuzgó la aplicabilidad en el presente caso de dicho criterio ni el resultado de su posible aplicación, como manifestó en el apartado 283 de la propia sentencia.

100 En particular, al limitarse a verificar si la aplicabilidad del criterio del inversor privado podía excluirse tan sólo en virtud de la naturaleza fiscal de los medios empleados por el Estado francés, el Tribunal General no adoptó en absoluto un análisis que equivalga, al aplicar ese criterio, a autorizar a los Estados miembros a tener en cuenta los beneficios y las obligaciones ligados a su condición de poder público o factores subjetivos y sujetos a manipulación.

101 Sobre la cuestión de si en el presente asunto era necesario definir un inversor de referencia, es preciso observar que la jurisprudencia en la que se apoyan la Comisión, la Autoridad de Vigilancia AELC e Iberdrola se refiere a la imposibilidad total de comparar la situación de una empresa pública con la de una empresa privada que no actúe en un sector reservado (véase en ese sentido la sentencia de 3 de julio de 2003, Chronopost y otros/Ufex y otros, C-83/01 P, C-93/01 P y C-94/01 P, Rec. p. I-6993, apartado 38).

102 Ahora bien, la Comisión, la Autoridad de Vigilancia AELC e Iberdrola no afirman que sea imposible comparar la situación de EDF con la de una empresa privada que opere en sectores de actividad idénticos a los de EDF. Además, de esa misma jurisprudencia resulta que para dicha comparación debe llevarse a cabo una apreciación con referencia a los datos objetivos y verificables que estén disponibles.

103 Por otro lado, en contra de lo que sostienen la Comisión y la Autoridad de Vigilancia AELC, el criterio del inversor privado no constituye una excepción que sólo se aplique a instancia de un Estado miembro cuando concurren los factores integrantes del concepto de ayuda de Estado enunciado en el artículo 87 CE, apartado 1. En efecto, del apartado 78 de la presente sentencia se deduce que ese criterio, cuando es aplicable, forma parte de los aspectos que la Comisión está obligada a considerar para determinar la existencia de una ayuda.

104 Por consiguiente, cuando se advierte que el criterio del inversor privado podría ser aplicable, incumbe a la Comisión solicitar al Estado miembro interesado que le presente todas las informaciones pertinentes que le permitan comprobar si concurren las condiciones de aplicabilidad y de aplicación de ese criterio, y la Comisión no puede rehusar examinarlas, excepto si los medios de prueba presentados se constituyeron después de adoptar la decisión de realizar la inversión de que se trata.

105 En efecto, ya se ha expuesto en los apartados 83 a 85 de la presente sentencia que sólo son pertinentes para la aplicación del criterio del inversor privado los datos disponibles y la evolución previsible al tiempo de la adopción de la decisión de realizar la inversión. Así es en especial, como ocurre en el presente asunto, cuando la Comisión examina la existencia de una ayuda de Estado en relación con una inversión que no le ha sido notificada y que ya ha realizado el Estado miembro interesado en el momento en que la Comisión lleva a cabo dicho examen.

106 Por cuanto se ha expuesto, el segundo motivo debe desestimarse.

Sobre el primer motivo, fundado en la desnaturalización de los hechos

107 La Comisión mantiene en sustancia que el Tribunal General desnaturalizó los medios de prueba al considerar que mediante la medida discutida la República Francesa llevó a cabo la

conversión de un crédito fiscal en capital. En efecto, según la Comisión, con esa medida la República Francesa concedió a EDF una exención del impuesto de sociedades. Ahora bien, la Comisión alega que el criterio del inversor privado no es pertinente en el caso de una exención fiscal.

108 No obstante, al examinar el segundo motivo se ha expuesto que, cuando un Estado miembro concede una ventaja económica a una empresa que le pertenece, la naturaleza fiscal del procedimiento empleado para concederla no puede excluir de entrada la aplicabilidad del criterio del inversor privado. De ello resulta *a fortiori* que el procedimiento específico elegido por el Estado miembro interesado carece de pertinencia para apreciar la aplicabilidad de ese criterio.

109 Siendo así, la supuesta desnaturalización de los hechos cometida por el Tribunal General, suponiéndola acreditada, no podría afectar en cualquier caso al válido fundamento de la sentencia recurrida. De ello se deduce que el primer motivo debe desestimarse por ineficaz.

110 De todas las consideraciones anteriores resulta que procede desestimar el recurso de casación.

Costas

111 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, aplicable al procedimiento de casación en virtud del artículo 118 del mismo Reglamento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Como quiera que EDF ha solicitado la condena en costas de la Comisión y se han desestimado los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

112 Conforme al artículo 69, apartado 4, párrafo primero, del mismo Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de casación en virtud del citado artículo 118, la República Francesa cargará con sus costas.

113 En virtud del artículo 69, apartado 4, párrafo segundo, del mismo Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de casación en virtud del citado artículo 118, la Autoridad de Vigilancia AELC cargará con sus costas.

114 El artículo 69, apartado 4, párrafo tercero, del mismo Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de casación en virtud del referido artículo 118, prevé que el Tribunal de Justicia podrá decidir que una parte coadyuvante soporte sus propias costas. Procede aplicar esta disposición a Iberdrola.

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

- 1) **Desestimar el recurso de casación.**
- 2) **Condenar en costas a la Comisión Europea.**
- 3) **La Autoridad de Vigilancia AELC, la República Francesa e Iberdrola, S.A., cargarán con sus propias costas.**

Firmas

*Lengua de procedimiento: francés.