CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. NIILO JÄÄSKINEN presentadas el 24 de marzo de 2010 [1]

1. Mediante su recurso de casación, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 1 de julio de 2008, Deutsche Post/Comisión (T-266/02, Rec. p. II-1233; en lo sucesivo, «sentencia recurrida») por la que éste anula la Decisión 2002/753/CE de la Comisión, de 19 de junio de 2002, relativa a las medidas de la República Federal de Alemania a favor de Deutsche Post AG. [2]

2. En la Decisión controvertida la Comisión estimó que Deutsche Post AG había recibido considerables compensaciones de fondos estatales en el contexto de la reestructuración de la antigua Administración de correos y telecomunicaciones alemana. Habida cuenta, por una parte, de su política de venta a pérdida en el sector de mercado de la paquetería, sancionada por la Comisión en una Decisión de 20 de marzo de 2001 [3] en la que se comprobó el abuso de posición dominante por parte de Deutsche Post AG y, por otra parte, del déficit registrado por Deutsche Post AG durante el período examinado, la Comisión consideró que su política de precios agresiva sólo pudo haberse financiado con la ayuda de los recursos recibidos por Deutsche Post AG como compensación a la prestación de servicios de interés económico general. Por consiguiente, la Comisión concluyó que hubo una ayuda de Estado ilegal.

3. El Tribunal de Primera Instancia consideró que la Comisión había infringido el artículo 87 CE, apartado 1, [4] al estimar que las transferencias estatales habían conferido una ventaja a Deutsche Post AG.

4. Por lo tanto, la principal cuestión que se plantea en el presente procedimiento de casación se refiere al método que permite determinar si una empresa encargada de un servicio de interés económico general obtuvo una compensación que supera el coste adicional generado por la prestación de dicho servicio y que puede constituir una ventaja en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1. Esta cuestión se inscribe en un debate más amplio relativo a la determinación de la naturaleza jurídica de la compensación de los costes que se derivan

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 247, p. 27; en lo sucesivo, «Decisión controvertida».

3 — Decisión 2001/354/CE de la Comisión, de 20 de marzo de 2001, en un procedimiento con arreglo al articulo 82 del Tratado CE (Asunto COMP/35.141 – Deutsche Post AG) (DO L 125, p. 27).

4 — Dado que la sentencia recurrida se dictó el 1 de julio de 2008, las referencias a las disposiciones del Tratado CE siguen la numeración vigente antes de la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

del cumplimiento de un servicio de interés económico general.

I. Antecedentes, procedimiento y sentencia recurrida

5. Deutsche Post AG es una gran empresa que opera tanto en el sector de transporte de correo, en el que disfruta de una situación de monopolio, como en otros dos sectores postales, a saber, el de transporte de paquetes y el transporte de periódicos y revistas, ambos abiertos a la competencia.

6. En el sector del transporte de paquetes Deutsche Post AG garantiza, por una parte, servicios de transporte de paquetes depositados directamente en las ventanillas de las oficinas de correos y, por otra, servicios de transporte de cantidades mayores de paquetes que no se procesan directamente en ventanilla (en lo sucesivo, «sector de paquetería puerta a puerta»).

7. Respecto del sector de paquetería puerta a puerta, Deutsche Post AG garantiza fundamentalmente dos servicios, a saber, por una parte, la paquetería puerta a puerta dirigida a una clientela profesional que clasifica previamente los envíos o que entrega una cantidad mínima de paquetes (en lo sucesivo, «segmento de clientes empresariales») y, por otra, el servicio de paquetería por encargo de empresas de venta por correspondencia que envían mercancías encargadas por catálogo o por medios electrónicos (en lo sucesivo, «segmento de VPC»).

8. En el contexto del proceso de liberalización y reestructuración de la Administración postal, con arreglo a la Ley de servicios postales (Postverfassungsgesetz), Deutsche Post AG recibió unas transferencias llevadas a cabo por Deutsche Bundespost Telekom (en lo sucesivo, «DB Telekom») para compensar las pérdidas sufridas entre 1990 y 1995 (en lo sucesivo, «transferencias de DB-Telekom»).

9. El 20 de marzo de 2001 la Comisión adoptó la Decisión 2001/354, en la que concluyó, esencialmente, que Deutsche Post AG había infringido lo dispuesto en el artículo 82 CE, en la medida en que había abusado de su posición dominante, aunque sólo en el segmento de VPC, en particular al practicar una política de venta a pérdida, proponiendo precios inferiores a sus costes adicionales vinculados a la prestación de tales servicios.

10. Al no haberse recurrido, esta resolución es firme. Sin embargo, el hecho de haber practicado precios predatorios y la cuestión

de la obtención de una ayuda de Estado ilegal constituyen dos cuestiones distintas.

11. El 19 de junio de 2002, la Comisión adoptó la Decisión controvertida, en la que examinó, en particular, el apoyo financiero del Estado a Deutsche Post AG. La Comisión consideró que la ayuda pública concedida a Deutsche Post AG –de un importe de 572 millones de euros (es decir, 1.118,7 millones de DEM)– era incompatible con el mercado común. Por consiguiente, ordenó la recuperación de la ayuda otorgada de forma ilegal.

12. En el procedimiento abierto en virtud de un recurso de anulación interpuesto por Deutsche Post AG, el Tribunal de Primera Instancia acogió el motivo de impugnación de Deutsche Post AG según el cual la Comisión no había demostrado que Deutsche Post AG hubiese obtenido una ventaja a través de las transferencias de DB-Telekom. Además, tras declarar que la Comisión había infringido el artículo 87 CE, apartado 1, el Tribunal de Primera Instancia se pronunció, a mayor abundamiento, sobre el motivo de impugnación de acuerdo con el cual la Comisión había concluido erróneamente, en cualquier caso, que las transferencias de DB-Telekom habían permitido a Deutsche Post AG cubrir los costes adicionales netos generados por su política de venta a pérdida. Después de analizar las cifras en relación con los costes adicionales netos antes mencionados, el Tribunal de Primera Instancia también acogió el motivo de impugnación en cuestión.

II. Sobre el recurso de casación

13. La Comisión invoca los siguientes motivos en apoyo de su recurso de casación.

14. Se imputa a la sentencia recurrida la infracción de los artículos 87 CE, apartado 1, y 86 CE, apartado 2. La Comisión alega que el Tribunal de Primera Instancia interpretó incorrectamente estas disposiciones, dado que consideró que excluían el método –no discutido en la sentencia, por otra parte– que permitía, sobre la base de un razonamiento lógico y pertinente, concluir la existencia de una ayuda de Estado. Además, la Comisión aduce la incompetencia del Tribunal de Primera Instancia y la infracción del artículo 230 CE, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia excedió su competencia y la facultad de control que le corresponde en virtud del artículo 230 CE. La Comisión también invoca la infracción del artículo 36 del Estatuto del Tribunal de Justicia, por cuanto el Tribunal de Primera Instancia no motivó su conclusión sobre el carácter inapropiado del método aplicado en la Decisión controvertida.

15. Además mediante escrito recibido en el Tribunal de Justicia el 9 de diciembre de 2008, Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste eV (en lo sucesivo, «BIEK») presentó un escrito de intervención, en apoyo de las pretensiones de la recurrente en casación. Mediante escrito de 4 de diciembre de 2008, UPS Deutschland Inc. y UPS Europe NV/SA (en lo sucesivo «UPS») presentaron conjuntamente un escrito de intervención adhiriéndose al recurso de casación.

16. Por lo que se refiere a la cuestión principal, a saber, cuál era el método que la Comisión podía aplicar en el caso de autos, esta última propone al Tribunal de Justicia que trate conjuntamente todos los motivos de casación.

17. Sin embargo, considero oportuno separar los motivos según se refieran a la fundamentación jurídica principal de la sentencia recurrida o a los fundamentos jurídicos desarrollados a mayor abundamiento.

III. Observaciones preliminares sobre el alcance del control jurisdiccional de los actos de la Comisión en materia de ayudas de Estado

18. Con carácter preliminar, debe recordarse que el concepto de ayuda de Estado, tal y como se define en el Tratado, debe interpretarse en función de elementos objetivos. Por esta razón, el órgano jurisdiccional comunitario debe, en principio, y teniendo en cuenta tanto determinados elementos concretos del litigio del que conoce como el carácter técnico o complejo de las apreciaciones realizadas por la Comisión, ejercer un control completo por lo que respecta a la cuestión de si una medida está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 87, apartado 1, del Tratado CE. [5]

19. Como subrayó el Abogado General Cosmas en las conclusiones que presentó en el asunto que dio lugar a la sentencia Francia/Ladbroke Racing y Comisión, [6] tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal de Primera Instancia y el órgano jurisdiccional nacional, cuando se les pide que examinen en qué medida está o no justificado calificar una medida nacional como ayuda de Estado a efectos del artículo 92, apartado 1, del Tratado CE (posteriormente artículo 87 CE, apartado 1, tras su modificación), deben ejercer –por norma y en la medida de lo posible– un control exhaustivo sobre el fondo. Esta norma tan sólo puede dejarse a un lado si el Juez comprueba que concurren condiciones especiales que excluyen un control jurisdiccional amplio. Según el Abogado General Cosmas, no cabría afirmar que, *a priori,* siempre que se plantee una cuestión de interpretación y de aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado CE, concurran dichas condiciones especiales que limitan las posibilidades de intervención jurisdiccional sobre el fondo del asunto.

20. De todo ello se desprende que, en lo respecta al control jurisdiccional de las medidas con arreglo al artículo 87 CE, apartado 1, el control completo constituye la norma y el control restringido, una excepción. [7]

5 — Véanse, en este sentido las sentencias de 16 de mayo de 2000, Francia/Ladbroke Racing y Comisión (C-83/98 P, Rec. p. I-3271), apartado 25, y de 1 de julio de 2008, Chronopost/UFEX y otros (C-341/06 P y C-342/06 P, Rec. p. I-4777), apartado 141 (en lo sucesivo, «Chronopost II»).

6 — Véase el punto 15 de las citadas conclusiones.

7 — Se trata de una situación diferente a la de la aplicación del artículo 87 CE, apartado 3, es decir, cuando la Comisión tiene que pronunciarse sobre la compatibilidad de una medida constitutiva de ayuda de Estado. Véanse la sentencia de 11 de septiembre de 2008, Alemania/Kronofrance (C-75/05 P y C-80/05 P, Rec. p. I-6619), apartado 59 y jurisprudencia citada.

21. En segundo lugar, al tratarse de una apreciación económica compleja, según reiterada jurisprudencia, el control jurisdiccional de un acto de la Comisión que implique una apreciación de esta naturaleza debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta para efectuar la elección impugnada, la falta de error manifiesto en la apreciación de dichos hechos o la inexistencia de desviación de poder. [8]

22. Sin embargo, procede recordar que, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de datos de carácter económico realizada por la Comisión. [9]

23. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deban tomarse en consideración para valorar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. [10] En mi opinión, entre tales elementos probatorios deben incluirse también los métodos aplicados.

24. Sin embargo, consta que al ejercitar esta facultad de control, no corresponde al juez sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia. [11]

25. En consecuencia, los motivos alegados en este recurso de casación deben examinarse a la luz de estos principios.

8 — Sentencia Chronopost II, apartado 143.

9 — En el ámbito de las concentraciones, véanse las sentencias de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, Rec. p. I-987), apartado 39, y de 22 de noviembre de 2007, España/Lenzing (C-525/04 P, Rec. p. I-9947), apartado 56. Véase von Danwitz, T., *Europäisches Verwaltungsrecht,* Springer, Berlín, 2008, p. 361. De acuerdo con este autor, a diferencia de lo que ocurre en Derecho alemán, en principio, el Derecho de la Unión no hace ninguna distinción entre, por una parte, el margen de apreciación relativo a la calificación de los hechos («Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsseite») y por otra parte, una facultad discrecional en cuanto a las consecuencias jurídicas («Ermessen auf Rechtsfolgenseite»).

10 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de enero de 1979, Racke (98/78, Rec. p. 69), apartado 5; de 22 de octubre de 1991, Nölle (C-16/90, Rec. p. I-5163), apartado 12; Comisión/Tetra Laval, antes citada, apartado 39, y de 18 de julio de 2007, Industrias Químicas del Vallés/Comisión (C-326/05 P, Rec. p. I-6557), apartado 76.

11 — Auto de 25 de abril de 2002, DSG/Comisión (C-323/00 P, Rec. p. I-3919), apartado 43, y sentencia España/Lenzing, antes citada, apartado 57.

IV. Sobre el primer motivo del recurso principal

A. *Sobre la primera parte del primer motivo*

1. Alegaciones de las partes

26. En la primera parte de su primer motivo, la Comisión, apoyada por BIEK y UPS, pone de relieve que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho en la medida en que la sentencia impugnada no señala ninguna carencia en la metodología utilizada en la Decisión controvertida.

27. Según la Comisión, esta Decisión no se fundamentaba en una simple «hipótesis». Se trataba, por el contrario, de una conclusión fundamentada, lo que significa que la Decisión llegó a una conclusión a partir de hechos ya conocidos a través de un razonamiento lógico. En su opinión, se trata de un proceso deductivo, que permite deducir de unos hechos A y B, una conclusión C, proceso que forma parte de todas las decisiones de este tipo adoptadas por ella. Para ilustrar su razonamiento, la Comisión se basa en un ejemplo, de acuerdo con el cual, si se demuestra que un tren ha salido de la estación A por una vía única y que llega, como está previsto, a la estación B, puede deducirse que ha pasado por la estación C, situada en esta vía única entre las estaciones A y B.

28. La Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia que calificara de «hipótesis» una deducción de esta índole y que anulara su Decisión sin señalar en qué errores incurrió el acto en cuestión. Sin embargo, la deducción fáctica realizada por la Comisión se basaba en la premisa de que «el dinero debe ciertamente proceder de algún sitio».

29. A este respecto, la Comisión señala que, en la medida en que se había demostrado, por una parte, que el servicio de paquetería era una operación a pérdida y, por otra parte, que la empresa dedicada al servicio de transporte de paquetes no tenía otros beneficios que hubiera podido imputar al servicio de paquetería, la única conclusión posible, según la Comisión, era considerar que la política de precios desleal de Deutsche Post AG había sido financiada con la ayuda estatal cobrada.

30. En respuesta a las alegaciones de la Comisión, Deutsche Post AG aduce que el Tribunal de Primera Instancia no estaba obligado a indicar por qué razones consideraba que no era correcto el método elegido por la Comisión, en la medida en que el concepto de ayuda de Estado es un concepto objetivo. Efectivamente, Deutsche Post AG sostiene que la Comisión no tiene una facultad de apreciación para determinar si una determinada medida constituye o no una ayuda de

Estado en el marco de la aplicación del artículo 87 CE, apartado 1.

2. Apreciación

31. De acuerdo con el Gobierno alemán, que interviene en apoyo de las pretensiones de Deutsche Post AG, no se trata de una simple disputa sobre un método que permitiría llegar al mismo resultado. En efecto, el método de la Comisión se diferencia del otro método, desde el punto de vista de su resultado, en que permite valorar directamente, es decir, sin una deducción supuestamente obligatoria, la existencia de una ventaja en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

a) Calificación de una compensación financiera en el marco de un servicio de interés económico general

34. Por lo que se refiere a la determinación de la naturaleza jurídica de la compensación financiera, existen, desde hace años, dos líneas jurídicas enfrentadas en la jurisprudencia. Se trata, por una parte, del enfoque llamado de «ayuda de Estado», y por otra, del enfoque denominado «compensatorio». [13]

32. Refiriéndose a la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, [12] el Gobierno alemán señala que, en un primer momento, los costes netos específicos originados por las obligaciones de interés general que incumben a los servicios postales deberían cuantificarse de acuerdo con determinados parámetros y, en una segunda etapa, compararse con los recursos transferidos en concepto de compensación.

35. De acuerdo con el enfoque de «ayuda de Estado», toda financiación pública de una obligación de servicio público constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

33. Por último, según el Gobierno alemán, no se trata de un caso de apreciación de relaciones económicas complejas.

12 — Sentencia de 24 de julio de 2003 (C-280/00, Rec. p. I-7747).

13 — Nettesheim, M., «Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge», *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht,* 2002, Heft 6, p. 253. El autor distingue, por una parte, un método pertinente para el examen de los elementos constitutivos del concepto de ayuda de Estado («Tatbestandslösung»), en cuyo marco las prestaciones compensatorias no son consideradas ayudas de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, y, por otra parte, otros dos métodos en el marco de los cuales cualquier pretación compensatoria estatal es calificada de ayuda a nivel conceptual, pudiendo fundarse su compatibilidad en el artículo 86 CE («Spezialitätslösung»), o en el artículo 87 CE («Rechtfertigungslösung»); Quigley, C., *European State aid law and policy,* Hart, Oxford, 2009, p. 158 y ss. Véanse, también, las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 20 de noviembre de 2003, GEMO (C-126/01, Rec. p. I-13769), puntos 94 y 95.

36. Sin embargo, este tipo de financiación puede declararse compatible con el mercado común tras un examen por parte de Comisión, que puede basarse tanto en el artículo 87 CE, apartados 2 y 3, como en lo dispuesto en el artículo 86 CE, apartado 2. Este enfoque está explicado, entre otras, en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia FFSA y otros/Comisión [14] y SIC/Comisión. [15] Después de haber considerado que la compensación financiera en forma de ventaja fiscal constituye una ayuda de Estado, el Tribunal de Primera Instancia estimó, en la citada sentencia FFSA y otros/Comisión, que, en virtud del artículo 86 CE, apartado 2, el pago de una ayuda de Estado puede eludir la prohibición del artículo 87 CE, siempre que tenga como único fin compensar los costes adicionales generados por el cumplimiento de la misión específica que incumbe a la empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general y que su concesión resulte necesaria para que dicha empresa pueda cumplir sus obligaciones de servicio público en condiciones de equilibrio económico. [16]

37. Según el enfoque compensatorio, que tiene su origen en las sentencias ABDHU [17] y, sobre todo, Ferring, [18] las compensaciones de obligaciones de servicio público no constituyen ayudas de Estado.

38. La ayuda de Estado se identifica únicamente cuando la compensación supera el coste adicional generado por la función de servicio público. En el citado asunto ADBHU, el Abogado General Lenz consideró que cuando las indemnizaciones no superan los costes anuales no cubiertos y realmente comprobados de las empresas, teniendo en cuenta un beneficio razonable, no estamos ante una ventaja en el sentido del Tratado. [19] El Tribunal de Justicia siguió este criterio al subrayar que «no se [trataba] en [ese] caso de «una ayuda en el sentido del artículo 92 del Tratado CE [posteriormente artículo 87 CE, tras su modificación], sino [de] un precio que representaba la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas de recogida o de eliminación». [20]

39. Como observó el Abogado General Tizzano en el asunto Ferring, antes citado, si el Estado impone determinadas obligaciones de servicio público a una empresa, la cobertura de los costes adicionales derivados del cumplimiento de estas obligaciones no supone ventaja alguna para la empresa de que se trata, sino que sirve para evitar una situación de desventaja injustificada en relación con sus competidoras. [21]

40. Por lo tanto, según el Abogado General Tizzano, la alteración de las condiciones normales de competencia sólo será posible en el supuesto de que las compensaciones superen el coste adicional neto derivado del

14 — Sentencia de 27 de febrero de 1997 (T-106/95, Rec. p. II-229).

15 — Sentencia de 10 de mayo de 2000 (T-46/97, Rec. p. II-2125), apartado 82. La sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Rec. p. I-877) puede también considerarse inscrita en este enfoque. Véanse las conclusiones en el asunto GEMO, antes mencionado, punto 99.

16 — Apartado 178.

17 — Sentencia de 7 de febrero de 1985 (240/83, Rec. p. 531).

18 — Sentencia de 22 de noviembre de 2001 (C-53/00, Rec. p. I-9067).

19 — Véanse las conclusiones presentadas el 22 de noviembre de 1984.

20 — Sentencia ADBHU, antes citada, apartado 18.

21 — Véase el punto 61 de las conclusiones.

cumplimiento de las obligaciones de servicio público. [22] Cuando la financiación del Estado se limite a compensar una desventaja objetiva impuesta por el Estado al beneficiario, no hay ventaja económica que pueda provocar distorsiones en la competencia. [23]

41. El enfoque compensatorio seguido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Ferring, antes citada, fue criticado por el Abogado General Léger en sus conclusiones presentadas en el asunto Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg. [24] Consideró que el enfoque compensatorio contribuiría a alterar las disposiciones por las que se establecen excepciones en materia de ayudas de Estado, dado que supone examinar la compatibilidad de la ayuda con arreglo al artículo 87 CE, apartado 1. [25]

42. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró en la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, antes citada, que, en la medida en que las subvenciones públicas concedidas a empresas encargadas explícitamente de obligaciones de servicio público para compensar los costes ocasionados por la ejecución de estas obligaciones no cumplan con los cuatro requisitos establecidos en la sentencia, deberá considerarse que dichas subvenciones no están sujetas al artículo 87 CE, apartado 1. Según el Tribunal de Justicia, la compensación de la obligación de servicio público no constituye una ventaja cuando no tiene «por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras». Por el contrario, la intervención estatal que no cumpliera uno o varios de estos requisitos debería considerarse una ayuda de Estado en el sentido de esta disposición. [26]

43. Finalmente, en las conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia GEMO, antes citada, el Abogado General Jacobs propuso aplicar el análisis de la financiación estatal de servicios de interés

22 — *Ibidem*, punto 62.

23 — *Ibidem*, punto 63. En la sentencia Ferring, el Tribunal de Justicia rechazó el análisis del concepto de ventaja realizado por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia FFSA y otros/Comisión, antes citada.

24 — Como sostuvo el Abogado General Léger en sus segundas conclusiones presentadas el 14 de enero de 2003 en el asunto Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, antes citado, la concepción de ventaja que se desprende de los Tratados es una concepción «bruta» de la ayuda o basada en la teoría de la ventaja «aparente». Según esta teoría, las ventajas concedidas por las autoridades públicas y la contrapartida exigida al beneficiario deben examinarse por separado. La existencia de esta contrapartida no sería pertinente para determinar si la medida estatal constituye una ayuda a efectos del artículo 87 CE, apartado 1. Sólo interviene en una fase posterior del análisis, cuando se comprueba la compatibilidad de la ayuda con el mercado común (véanse los puntos 33 y 34).

25 — Segundas conclusiones presentadas en el asunto Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg (punto 46).

26 — Sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, antes citada, apartados 87 y 94. Es útil recordar que de acuerdo con los criterios de dicha sentencia: 1) la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas; 2) los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente; 3) la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones, y 4) cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

general basado en la naturaleza de la relación existente entre la financiación concedida y las obligaciones de interés general impuestas, por una parte, y en la claridad con la que están definidas dichas obligaciones, por otra. [27] Sobre todo subrayó que la elección entre la solución de la «ayuda de Estado» y la solución compensatoria no era una cuestión meramente teórica sino que tenía importantes consecuencias procedimentales. [28]

b) Dificultades de identificación de los costes de un servicio de interés económico general

44. Ciertamente, a los efectos del presente asunto, la cuestión fundamental sigue siendo determinar si el método elegido por la Comisión es idóneo para identificar una situación en la que la compensación excedería de lo necesario para asegurar una remuneración apropiada de los costes adicionales causados por las obligaciones de interés general y, en consecuencia, una posible ventaja para la empresa.

45. Sin embargo, considero que la elección del método es indisociable de la elección realizada por el Tribunal de Justicia en cuanto a la calificación de una compensación por el servicio público. En efecto, en mi opinión, la exigencia de identificar un coste adicional neto sigue siendo contradictoria con el enfoque defendido por la Comisión, según el cual sería posible evitar un cálculo *in concreto* y basarse en una presunción. Lo ilustro con las siguientes observaciones.

46. Recuérdese que en la sentencia SFEI y otros, el Tribunal de Justicia consideró, respecto de la prestación de servicios de interés económico general, que la comprobación de la existencia de una ventaja económica requería determinar la retribución normal por las prestaciones en cuestión. Tal apreciación supone un análisis económico que tenga en cuenta todos los factores que una empresa que actúe en condiciones normales de mercado habría tenido en cuenta al fijar la retribución por los servicios prestados. Existe ventaja cuando la empresa se beneficia de una medida estatal que no habría obtenido en condiciones normales de mercado. [29]

47. En el asunto FFSA y otros/Comisión, antes citado, el Tribunal de Primera Instancia ya detectó la dificultad que supone identificar

27 — Punto 118. Véanse también las conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 27 de noviembre de 2003, Enirisorse (C-34/01 a C-38/01, Rec. p. I-14243) en las cuales la Abogado General Stix-Hackl expresó sus dudas en cuanto a la posibilidad de aplicar la solución Ferring en caso de que las obligaciones de servicio público no estén claramente definidas.

28 — Conclusiones presentadas en el asunto GEMO, antes citadas, puntos 110 a 114.

29 — Sentencia de 11 de julio de 1996 (C-39/94, Rec. p. I-3547), apartados 60 y 61.

los costes cuando se refirió a la necesidad de establecer un sistema de contabilidad analítica para las empresas encargadas de funciones de servicio público que también desarrollen actividades en los sectores competitivos. [30]

48. En el asunto FFSA y otros/Comisión, se excluyó la posibilidad de una subvención cruzada en la medida en que la cuantía de la ayuda controvertida era inferior a los costes adicionales generados por el cumplimiento de la función de servicio de interés económico general. En consecuencia, se consideró que el método utilizado por la Comisión era adecuado para comprobar, de un modo suficiente conforme a Derecho, que la concesión de la ayuda de Estado no generaba una subvención cruzada contraria al Derecho comunitario. [31]

49. Nótese que en el asunto Chronopost y otros/Ufex y otros, el Tribunal de Justicia se refirió, posteriormente, al análisis de los datos objetivos y verificables de que se disponga, [32] precisando que podía excluirse la existencia de una ayuda de Estado en favor de SFMI-Chronopost si «por una parte, queda acreditado que la contrapartida exigida comprende debidamente todos los costes variables adicionales necesarios para prestar el apoyo logístico y comercial, una contribución adecuada a los costes fijos derivados de la utilización de la red postal y una remuneración apropiada del capital propio en la medida en que se destina a la actividad competitiva de SFMI-Chronopost, y si, por otra parte, ningún indicio induce a pensar que estos elementos han sido subestimados o fijados de manera arbitraria». [33]

50. Además, tanto la solución compensatoria de la sentencia Ferring, antes citada, [34] como las precisiones relativas a la compensación que figuran en los requisitos tercero y cuarto de la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, antes citada, abogan por un cálculo preciso y un control de la asignación de costes. [35] La jurisprudencia posterior a la mencionada sentencia Altmark Trans Regierungspräsidium Magdeburg tiende a clarificar los requisitos antes mencionados. [36]

30 — Apartado 186. Observo a este respecto que la disposición aplicable a dicho caso era la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las empresas públicas (DO L 195, p. 35).

31 — Auto de 25 de marzo de 1998, FFSA y otros/Comisión (C-174/97 P, Rec. p. I-1303), apartado 33.

32 — Sentencia de 3 de julio de 2003 (C-83/01 P, C-93/01 P y C-94/01 P, Rec. p. I-6993; en lo sucesivo, «Chronopost I»). En el apartado 38 de esta sentencia, el Tribunal de Justicia precisó que, «dado que no es posible comparar la situación de La Poste con la de un grupo privado de empresas que no actúe en un sector reservado, las "condiciones normales de mercado", que son necesariamente hipotéticas, deben apreciarse en función de los datos objetivos y verificables de que se disponga».

33 — *Ibidem*, apartado 40.

34 — Apartado 33.

35 — Para recordar los requisitos Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, véase la nota 26.

36 — Véanse la sentencia Enirisorse, antes citada, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de febrero de 2008, BUPA y otros/Comisión (T-289/03, Rec. p. II-81), apartado 160, en la cual el Tribunal de Primera Instancia consideró conveniente hacer prueba de flexibilidad en la aplicación de la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, al referirse al espíritu y a la finalidad de los requisitos que en la misma se especifican.

51. Recuérdese que en su Decisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86 CE, apartado 2, a las ayudas de Estado en forma de compensaciones de servicio público otorgadas a determinadas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, [37] la Comisión indicó que el importe de la compensación no excedía de lo necesario para cubrir los costes derivados del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los correspondientes ingresos así como el beneficio razonable sobre cualquier fondo propio necesario para el cumplimiento de dichas obligaciones. Según la Comisión, la compensación deberá utilizarse efectivamente para garantizar la prestación del servicio de interés económico general en cuestión, sin perjuicio del derecho de la empresa a disfrutar de un beneficio razonable. [38] De esta Decisión se desprende asimismo que los costes que deben tenerse en cuenta incluyen todos los costes en que se haya incurrido en concepto de funcionamiento del servicio de interés económico general. [39]

52. Por lo que se refiere al método de cálculo que debe aplicarse al caso de autos, del punto 69 de la Decisión controvertida se desprende que el Gobierno alemán había propuesto definir y calcular el coste adicional específico ligado al cumplimiento de obligaciones de servicio público determinando la diferencia entre los costes especiales en que incurría Deutsche Post AG, como antigua Administración Pública, en relación con la prestación de estos servicios, y los costes de mercado normales de servicios equiparables ofrecidos en el contexto de libre competencia. Esta propuesta remite a un cálculo *in concreto* y me parece aceptable.

53. Sin embargo, de acuerdo con ciertos autores, esta solución puede conducir a un abuso del concepto de «coste adicional neto» en el sentido de la sentencia Ferring, antes citada, dado que los costes originados por la falta de eficiencia de la empresa afectada podrían ser asumidos por el Estado miembro. [40]

54. A este respecto, debo destacar que la cuestión de la falta de eficiencia que se plantea aquí se inscribe en un debate más amplio sobre los sistemas de regulación de precios basados en el principio de compensación de costes. Efectivamente, una cierta falta de eficiencia es inherente a todo sistema de este tipo, dado que la empresa no está lo suficientemente motivada para minimizar

37 — DO L 312, p. 67.

38 — «El importe de la compensación deberá incluir todos los beneficios concedidos por el Estado o a cargo de recursos estatales, cualquiera que sea su forma. El beneficio razonable deberá tener en cuenta la totalidad o una parte del aumento de productividad realizado por las empresas en cuestión durante un período convenido y limitado sin menoscabar la calidad de los servicios concedidos a la empresa por el Estado.» (Artículo 5 de la Decisión).

39 — El cálculo propuesto, basado en los principios de contabilidad analítica, figura en la Decisión citada.

40 — Véase Nettesheim, M., *op. cit.;* Bartosch, A., «The "Net Additional Costs" of Discharging Public Service Obligations: The Commission's Deutsche Post Decision of 19 June 2002», *European State Aid Law Quarterly,* vol. 1, 2002, nº 2, p. 189.

unos costes por los que piensa obtener una compensación. [41]

55. La solución podría venir dada por la introducción de un objetivo de incremento de la eficiencia en el ámbito de la compensación de los costes de un servicio de interés económico general. Obsérvese que la interpretación del cuarto requisito de la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, antes citada, lleva a tener en cuenta un criterio de eficiencia y de optimización de costes. En mi opinión, este criterio responde a la lógica de reforzar la competencia sana en el mercado de la Unión.

c) Cálculo realizado por la Comisión en el caso de autos

56. Resulta obligado señalar, de entrada, que la Comisión no procedió a un cálculo efectivo de los costes en la Decisión controvertida. Además, la Comisión justifica su manera de proceder amparándose en la racionalización del procedimiento. Según dicha institución, si una buena práctica administrativa interna favorece un método que le permite tratar de forma rápida y eficaz las objeciones presentadas por los denunciantes, no le corresponde al Tribunal de Primera Instancia decidir, en su lugar, sobre la elección del método que debe aplicarse.

57. En síntesis, la Comisión llegó a la conclusión de que existía una ayuda de Estado tras comprobar que hubo transferencias por parte de DB-Telekom y costes adicionales netos generados en el sector abierto a la competencia de los servicios de paquetería puerta a puerta, además del déficit registrado por Deutsche Post AG. Por ello, la Comisión no quiso determinar la diferencia entre los importes de los que Deutsche Post AG se benefició y los costes realmente soportados por Deutsche Post AG en el marco de la prestación de un servicio de interés económico general para determinar el coste adicional neto que constituiría entonces una ventaja.

58. Por lo que se refiere a los detalles del cálculo realizado por la Comisión, considero que el Tribunal de Primera Instancia estimó acertadamente que la relación entre la política de precios agresiva y la obtención de transferencias estatales se prestaba a dudas.

59. Efectivamente, la Comisión no demostró en absoluto la afectación de los importes en cuestión al sector que generó las pérdidas. Aun cuando, según los documentos a disposición de la Comisión, la antigua Bundespost temiera el estancamiento de su volumen de envíos y la pérdida de su cuota en el mercado, y considerara que su primer puesto en el mercado estaba amenazado, estas circunstancias, por sí mismas, no prueban en absoluto la

41 — La Doctrina económica habla de una «allocative efficiency», véase, Netz, J.S., *Price regulation, a non technical overview*, 1999; véase también, Spulber, D. F., *Regulation and markets*, MIT, 1989, p. 134.

utilización de las transferencias en cuestión para la financiación de política de precios agresiva.

60. Considero que no puede descartarse que Deutsche Post AG recurriera a los beneficios obtenidos en sectores no abiertos a la competencia, como el monopolio del transporte de correo, para financiar esta política de descuentos, sancionada, por otra parte, por la Comisión. Además, nada prueba que no haya podido aumentar su endeudamiento.

61. Además, Deutsche Post AG hace valer en sus escritos que tenía derecho a resarcirse de los costes netos de un servicio de interés económico general en el período comprendido entre 1990 y 1994, con independencia de que hubiera obtenido beneficios o pérdidas a lo largo de los años posteriores a 1994. También señala que ya ha consumido los recursos obtenidos de fondos transferidos por el Estado el 1 de enero de 1995, de manera que las pérdidas que sufrió de 1995 a 1998 no podían quedar cubiertas por la compensación en modo alguno.

62. A este respecto, llama particularmente la atención la insuficiencia del método aplicado por la Comisión. Efectivamente, el cálculo que efectuó debería haberse delimitado temporalmente, definiendo el período durante el cual se analiza la asignación de la compensación. Lo ideal sería proceder a un cálculo diferenciado respecto a la rentabilidad de un determinado aspecto de las actividades contempladas en el balance de la empresa.

63. El método elegido por la Comisión no explica por qué motivo hay que presumir –cuando la situación de Deutsche Post AG se caracterizaba, por una parte, por un coste adicional neto generado por un servicio de interés económico general y, por otra parte, por un déficit resultante de una política de precios agresiva– que los recursos estatales en cuestión financiaran el déficit, más aún cuando la calificación de dichos recursos como ayuda dependía de su afectación al servicio de interés económico general mencionado, así como de su correlación con los costes de dicho servicio.

64. Por otra parte, a pesar del déficit global de la parte recurrida en casación, que la Comisión imputa a los años comprendidos en su método de cálculo, procede señalar que es indudable que Deutsche Post AG obtuvo ingresos, aunque éstos fueran inferiores a los gastos.

65. Como subraya el Gobierno alemán, los gastos incluyen tanto los costes adicionales netos justificados por las obligaciones de interés general que incumben a los servicios postales y que, por este concepto, pueden ser compensados por el Estado, como otros costes que no pueden ser objeto de compensación alguna.

66. Ahora bien, si la tesis de la Comisión según la cual la política a pérdida tuvo que ser financiada necesariamente por las transferencias de fondos públicos se aplica a otros costes de Deutsche Post AG, se llega a un resultado paradójico. Como destacó el Gobierno alemán, de seguirse tal razonamiento, no podría cubrirse ningún gasto con otros ingresos propios de Deutsche Post AG, dado que esta última tuvo pérdidas durante el período en cuestión. Así, todos los gastos tendrían que financiarse con recursos públicos.

67. Por otra parte, como alega Deutsche Post AG en sus escritos, la Comisión no tuvo en cuenta el hecho de que en la realidad económica, cuando las pérdidas imputables a un año no pueden ser compensadas con recursos propios se llevan a la partida de pérdidas en el balance del siguiente año. En consecuencia, la Comisión no podía considerar que el déficit del servicio de transporte de paquetes puerta a puerta estuviera financiado «necesariamente» por los fondos transferidos por DB Telekom. [42]

68. En este mismo sentido, comparto la postura del Tribunal de Primera Instancia al considerar insuficiente el enfoque de la Comisión con respecto a las cargas heredadas del pasado de Deutsche Post AG. Dada la amplitud de las actividades de Deutsche Post AG, y en particular su papel como empresa encargada de un servicio de interés económico general, no puede pasarse por alto, *a priori,* el impacto de estos costes heredados del pasado. Sin embargo, como se desprende del apartado 84 de la sentencia recurrida, a pesar de la información proporcionada por el Gobierno alemán, la Comisión no llegó a ninguna conclusión a este respecto.

69. Por último, y en lo que atañe a las dificultades incuestionables a las que puede tener que enfrentarse la Comisión en el ejercicio del control de la financiación de un servicio de interés económico general, obsérvese que existe una diferencia entre las dificultades relativas a los datos económicos y su apreciación, por una parte, y las dificultades de orden administrativo, por otra.

70. En cuanto a las dificultades relativas a los datos económicos, no cabe descartar que, en determinadas circunstancias, el Estado miembro de que se trate no pueda proporcionar a la Comisión información detallada en relación, por ejemplo, con la afectación interna de los costes generales o la remuneración apropiada de los fondos propios, en la medida en que se destinan a diferentes actividades. En mi opinión en este caso puede entrar en juego una presunción basada en la experiencia o en el sentido común.

42 — En mi opinión no es pertinente el ejemplo de la línea de ferrocarril única al que se refiere la Comisión, dado que el sistema de financiación de una empresa no constituye un sistema cerrado, sino un sistema abierto alimentado por varias fuentes de financiación, deudas incluidas.

71. En cuanto a las dificultades administrativas, como recuerda el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 75 de la sentencia recurrida, la Comisión goza de facultades que le permiten requerir al Estado miembro para que le proporcione todos los documentos, información y datos necesarios para examinar la compatibilidad de la ayuda con el mercado común. [43] Únicamente en caso de que el Estado miembro no proporcione la información solicitada, pese al requerimiento de la Comisión, ésta tendrá la facultad de dar por terminado el procedimiento y adoptar la Decisión en la que declare la ayuda compatible o incompatible con el mercado común basándose en los datos de que disponga. [44]

72. Por consiguiente, si no media requerimiento la Comisión no está autorizada a dar por terminado el procedimiento y a adoptar una Decisión basándose en los datos disponibles.

d) Sobre el razonamiento seguido por el Tribunal de Primera Instancia

73. En respuesta a la imputación según la cual la Comisión no acreditó que Deutsche Post AG se hubiera beneficiado de una ventaja, el Tribunal de Primera Instancia recordó, en el apartado 78 de la sentencia recurrida, los distintos pasos del razonamiento de la Comisión que aparecen en la Decisión controvertida. El Tribunal de Primera Instancia también recordó, en el mismo apartado, la postura de la Comisión expresada en la vista. [45]

74. Contrariamente a lo que sostiene la Comisión en su recurso de casación, considero que el Tribunal de Primera Instancia no favoreció su propio método de cálculo en la argumentación que le llevó a declarar, en el apartado 88 de la sentencia recurrida, que la Comisión no había demostrado la existencia de una ventaja. En realidad, lo que hizo fue poner de relieve fallos en relación con la problemática del alcance de la carga de la prueba que incumbe a la Comisión en el contexto del examen de las ayudas de Estado.

75. El Tribunal de Primera Instancia comprobó la manera en que la Comisión había procedido en este caso y declaró que ésta se había abstenido de comprobar si el importe de los fondos transferidos por DB-Telekom superaba el importe de los costes adicionales netos comprobados de Deutsche Post AG.

43 — Sentencia de 14 de febrero de 1990, Francia/Comisión (C-301/87, Rec. p. I-307), apartados 19 y 20, en lo sucesivo, «sentencia Boussac». Como precisa el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 75 de la sentencia recurrida, estos requisitos han sido recogidos en el Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 83, p. 1).

44 — Véanse la sentencia Boussac, apartado 22, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de marzo de 2007, Scott/Comisión (T-366/00, Rec. p. II-797), apartado 144.

45 — Según esta postura, al no haber aportado la parte recurrida la prueba de haber cubierto los supuestos costes adicionales netos generados por su política de venta a pérdida por medio de otros recursos distintos de las transferencias de DB-Telekom, la Comisión podía presumir legítimamente que Deutsche Post AG se había beneficiado de una ayuda de Estado de 1.118,7 millones de DEM.

76. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia, con arreglo al artículo 36 del Estatuto del Tribunal de Justicia, [46] expuso las razones por las que consideraba que la Decisión de la Comisión adolecía de motivación insuficiente e incurría en inexactitud.

77. Además, en lo que se refiere al alcance del control que puede ejercer el Tribunal de Primera Instancia, ha de señalarse, a la luz de la jurisprudencia que se ha evocado en los puntos 18 a 24 de las presentes conclusiones, que el Tribunal de Primera Instancia recordó correctamente en el apartado 90 de la sentencia recurrida que la calificación de una medida como ayuda de Estado, no puede, en principio, justificar el reconocimiento de una amplia facultad de apreciación a la Comisión, salvo en el caso de circunstancias particulares que obedezcan concretamente al carácter complejo de la intervención estatal en cuestión.

78. En el apartado 91 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia hizo notar, con razón, que si bien la jurisprudencia ha reconocido a la Comisión cierto margen de apreciación en cuanto a la adopción del método más apropiado para comprobar la inexistencia de subvención cruzada en beneficio de actividades competitivas, conforme a la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, antes citada, la Comisión no podía calificar de ayuda de Estado los fondos estatales concedidos como compensación por los costes adicionales, vinculados al cumplimiento de un servicio de interés económico general.

79. De este modo, de la primera frase del apartado 91 de la sentencia recurrida se desprende con claridad que la crítica del Tribunal de Primera Instancia se refiere a la calificación jurídica realizada por la Comisión, y no al análisis de los hechos.

80. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia no tenía que declarar cuál era el contenido de la facultad de apreciación de la Comisión ni, en consecuencia, el alcance del control por parte del órgano jurisdiccional de la Unión con respecto a las comprobaciones fácticas en cuestión. En cambio, sin haberse pronunciado expresamente sobre la cuestión de si en el caso de autos se trataba de evaluaciones económicas complejas o no, reprochó a la Comisión, en la segunda frase del apartado 91 de la sentencia recurrida, que se hubiera basado en una presunción para determinar la existencia de una ventaja en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

81. De este modo, el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia permanece dentro de los límites de la facultad de control jurisdiccional de que dispone en el marco del control de la legalidad.

82. Por consiguiente, a la vista del conjunto de elementos que preceden, considero que el Tribunal de Primera Instancia no infringió las disposiciones de los artículos 87 CE,

46 — Aplicable al Tribunal de Primera Instancia en virtud del artículo 53 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

apartado 1, 86 CE, apartado 2, y 230 CE. Tampoco se plantea la cuestión de la infracción del artículo 36 del Estatuto del Tribunal de Justicia. Por ello, propongo Tribunal de Justicia que desestime este motivo por infundado.

2. Apreciación

85. En esta parte del primer motivo, la Comisión no hace sino reiterar su alegación sobre la procedencia del método que aplicó para demostrar la existencia de una ayuda ilegal.

B. *Sobre la segunda parte del primer motivo*

86. Por consiguiente, habida cuenta de la respuesta dada a la primera parte del primer motivo, considero que la alegación de la Comisión puede descartarse de entrada.

1. Alegaciones de las partes

87. En cualquier caso, las pretensiones que la Comisión formula en la segunda parte del motivo suscitan en mí las siguientes consideraciones.

83. En la segunda parte del primer motivo, la Comisión, apoyada por UPS, alega que el Tribunal de Primera Instancia le reprochó indebidamente que no hubiera examinado todos los elementos probatorios. La Comisión critica de este modo los apartados 78, 85, 86, 87 y 88 de la sentencia recurrida.

88. En primer lugar, recuérdese que, conforme a un principio general del Derecho, quien pretende invocar un derecho en juicio debe probar los hechos en que fundamenta su pretensión, precepto enunciado a menudo con el conocido adagio latino *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. [47]

84. La Comisión aborda en este contexto la cuestión de la carga de la prueba. Sostiene que incumbía a la recurrente en el procedimiento seguido ante el Tribunal de Primera Instancia demostrar la ilegalidad del método empleado por la Comisión y que ella misma no estaba obligada a probar que el método elegido por el Tribunal de Primera Instancia era «imposible».

47 — Conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto Laboratoires Boiron (sentencia de 7 de septiembre de 2006, C-526/04, Rec. p. I-7529), punto 68. Para un reconocimiento expreso de la validez de este principio también en el contencioso comunitario, véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de mayo de 1990, Sens/Comisión (T-117/89, Rec. p. II-185), apartado 20. Véanse también las sentencias de 28 de junio de 1988, Comisión/Italia (3/86, Rec. p. 3369), apartado 13, y de 5 de octubre de 1989, Comisión/Países-Bajos (290/87, Rec. p. 3083), apartados 11 y 20.

89. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia aplicó correctamente las reglas que rigen la carga de la prueba al considerar que correspondía a la Comisión demostrar que las medidas en cuestión constituían una ayuda de Estado ilegal.

90. Por lo demás, señalo que, a la vista de los elementos obrantes en autos, el Tribunal de Primera Instancia estimó que la Comisión se había abstenido de comprobar si el importe total de los fondos transferidos por DB Telekom era inferior al importe total de los costes adicionales netos generados por un servicio de interés económico general.

91. Al actuar de esta forma, el Tribunal de Primera Instancia realizó una apreciación de los hechos que le llevó a declarar que no se había demostrado la existencia de una ayuda de Estado ilegal. Esta apreciación, salvo en caso de desnaturalización de los elementos de prueba aportados ante él, no constituye una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia. [48]

92. Pues bien, dado que la Comisión no ha alegado que haya habido una desnaturalización de la prueba, propongo al Tribunal de Justicia que desestime por infundada la segunda parte del primer motivo.

48 — Véase, en particular, la sentencia de 11 de noviembre de 2004, Ramondín y otros/Comisión (C-186/02 P y 188/02 P, Rec. p. I-10653), apartado 46.

C. *Sobre la tercera parte del primer motivo*

1. Alegaciones de las partes

93. Tras indicar que el razonamiento seguido por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida es erróneo en la medida en que no explica dónde residen los errores de la Decisión controvertida, la Comisión alega que la argumentación del Tribunal de Primera Instancia no se basa ni en los motivos de impugnación esgrimidos, ni en la Decisión controvertida. Según la Comisión, el examen realizado por el Tribunal de Primera Instancia adolece de un error de metodología, como demuestra el hecho de que basara su razonamiento en una afirmación del agente de la Comisión en la vista. Alega que el inicio del apartado 79 de la sentencia recurrida, donde figura la expresión «Por lo tanto», demuestra que el Tribunal de Primera Instancia dio una importancia determinante a dicha afirmación.

94. Además, la Comisión, apoyada por BIEK y UPS, señala, por una parte, que el Tribunal de Primera Instancia llegó a conclusiones contrarias al propio expediente. De acuerdo con la Comisión, «contrariamente a la afirmación hecha por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 82 de la sentencia recurrida, en la Decisión consta claramente que "las informaciones proporcionadas por la República Federal de Alemania según las cuales el sector de paquetería puerta a puerta constituía un servicio de interés económico general eran infundadas"». Sin embargo, la Comisión subraya que en el punto 76 de la Decisión controvertida había señalado que los servicios de paquetería puerta a puerta no

estaban cubiertos por la obligación de transporte y, por consiguiente, tampoco por la función de servicio público.

95. Por otra parte, según la Comisión, el razonamiento seguido por el Tribunal de Primera Instancia en la segunda parte del apartado 82 de la sentencia recurrida es erróneo, en la medida en que hace constar que la Comisión reconoció, al menos de forma implícita, que Deutsche Post AG también había contabilizado, además de los costes adicionales netos generados por su política de venta a pérdida, unos costes adicionales netos que estaban como tales vinculados al cumplimiento de un servicio de interés económico general.

2. Apreciación

96. Por lo que se refiere a la alegación preliminar de la Comisión según la cual el Tribunal de Primera Instancia atribuyó una importancia determinante a la postura sostenida en la vista por un agente de la Comisión, en el apartado 78 *in fine* de la sentencia recurrida, basta señalar que el Tribunal de Primera Instancia identifica esta postura para confirmar la motivación de la Decisión controvertida, expuesta al principio de ese mismo apartado de la sentencia recurrida. En cualquier caso, la Comisión tampoco ha sostenido que esta afirmación sea errónea.

97. En la tercera parte del primer motivo, la Comisión reprocha al Tribunal de Primera Instancia, en particular, que desnaturalizara los elementos obrantes en autos en el recurso de anulación, lo cual constituye una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia. Por lo tanto, conviene proceder a su examen.

98. En primer lugar, para poder pronunciarse sobre si el Tribunal de Primera Instancia desnaturalizó los datos que obran en los autos, debe cotejarse el texto del apartado 82 de la sentencia recurrida con el pasaje correspondiente de la Decisión controvertida.

99. En primer lugar, de los autos se desprende que el sector de la paquetería puerta a puerta incluía dos segmentos, a saber, el segmento de clientes empresariales que clasifican previamente los envíos o que entregan una cantidad mínima de paquetes, y el de la venta a distancia (VPC).

100. En el punto 76 de la Decisión controvertida, la Comisión explica que el artículo 2, apartado 2, punto 3, del Reglamento sobre Servicios Postales Obligatorios (Postdienst-Pflichtleistungsverordnung) excluye de la obligación general de transporte los envíos

pequeños, respecto de los cuales rigen normas específicas en virtud de acuerdos especiales suscritos con clientes autoetiquetadores o clientes con acuerdos de cooperación. [49]

101. Aunque pueda admitirse que la Comisión señale de este modo que están excluidas del ámbito del servicio de interés económico general determinadas prestaciones incluidas en el primer segmento del sector de paquetería puerta a puerta, considero que en la primera parte del apartado 82 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia se limitó a señalar que la Comisión no formuló críticas en relación con las informaciones proporcionadas por el Gobierno alemán. [50]

102. Por consiguiente, en contra de cuanto sostiene la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia no desnaturalizó en modo alguno la postura expresada por la Comisión en la Decisión controvertida.

103. En segundo lugar, en lo que atañe a la segunda parte del apartado 82 de la sentencia recurrida, la formulación utilizada por el Tribunal de Primera Instancia es ciertamente imprecisa.

104. No obstante, de la argumentación del Tribunal de Primera Instancia se desprende con claridad que la afirmación criticada se relaciona con la cita del punto 73 de la Decisión controvertida, [51] en el cual la Comisión señaló que Deutsche Post AG soportaba costes adicionales netos, una parte mínima de los cuales no era debida al cumplimiento de obligaciones de un servicio de interés económico general.

105. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia pudo deducir de ello que la Comisión no había excluido el hecho de que Deutsche Post AG soportaba costes adicionales netos debidos al cumplimiento de un servicio de interés económico general. Habida cuenta de las consideraciones que proceden, propongo al Tribunal de Justicia que desestime por infundada esta parte del primer motivo.

49 — Punto 76: «Según la exposición de motivos del Reglamento sobre servicios postales obligatorios, el punto 3 del apartado 2 del artículo 2 sólo excluye de la obligación general de transporte a los envíos pequeños con respecto a los cuales, en virtud de acuerdos especiales suscritos con clientes determinados –clientes autoetiquetadores (Selbstbucher) o clientes con acuerdos de cooperación–, rigen normas específicas. Según la exposición de motivos, estos clientes empresariales pueden quedar excluidos de la obligación de transporte, pues se inscriben en un ámbito donde hay una competencia efectiva que descarta la necesidad de que exista tal obligación.»

50 — Apartado 82: «Procede por tanto señalar, tal como la Comisión ha confirmado en sus escritos, que por una parte, en la Decisión [controvertida] no acreditó que fuese infundada la información aportada por la República Federal de Alemania según la cual el sector de paquetería puerta a puerta constituía un servicio económico de interés general, y que, por otra parte, reconoció, al menos implícitamente, que Deutsche Post AG también había contabilizado, además de los sobrecostes netos generados por su política de venta a pérdida, unos sobrecostes netos que estaban como tales vinculados al cumplimiento de un servicio económico de interés general (en lo sucesivo, "costes adicionales netos no discutidos")»

51 — Cita que figura en el apartado 81 de la sentencia recurrida.

V. Sobre el segundo motivo planteado por la Comisión

1. Alegaciones de las partes

106. En este motivo, la Comisión, apoyada por BIEK y UPS, reprocha al Tribunal de Justicia, esencialmente, que la sustituyera efectuando en su lugar un examen que la Comisión no había realizado en ningún momento. Según la Comisión, en los apartados 97 a 109 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia examinó información que no fue objeto de examen alguno en la Decisión controvertida y cuya exactitud no se había confirmado.

107. La Comisión, a la que se une en este punto concreto BIEK, reprocha al Tribunal de Primera Instancia que comparara los resultados contables con las compensaciones estatales y las retrocesiones. Sostiene que el Tribunal de Primera Instancia dedujo de ello que los precios desleales no habían podido financiarse con recursos públicos, debido a que las compensaciones financieras de 11.081 millones de DEM eran inferiores a la suma de los importes de las pérdidas contables, –4.945 millones de DEM– y de las retrocesiones –10.104 millones de DEM–.

108. Según la Comisión, esta argumentación es errónea, por varios motivos.

109. En primer lugar, según la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia no demostró que Deutsche Post AG hubiese podido sobrevivir sin compensaciones financieras. Ahora bien, tal prueba resultaba indispensable para poder considerar que Deutsche Post AG pudo financiar los costes de los precios desleales con sus propios recursos, sin aportaciones de fondos públicos.

110. Seguidamente la Comisión sostiene que el análisis de la contabilidad financiera realizado por el Tribunal de Primera Instancia no permite dar respuesta a esta pregunta. Efectivamente, según la Comisión, como primera medida para determinar cómo se financiaron los precios desleales, procede examinar el nivel de las disponibilidades. Por lo tanto, la cuestión no es si los pagos compensatorios eran superiores o inferiores a las pérdidas contables, sino determinar si los pagos compensatorios proporcionaron a Deutsche Post AG la liquidez suficiente para disponer de un flujo de tesorería que le permitiera financiar su política de precios desleal.

111. Además, al indicar que el análisis del flujo de tesorería debía de haber abarcado más allá del año 1995, la Comisión alega que el Tribunal de Primera Instancia parece haber añadido las retrocesiones a los costes, lo cual incrementa las pérdidas contables. Pues bien, según la Comisión, las retrocesiones no pueden ser consideradas gastos ordinarios, ya

que cumplen la doble función de sustituir impuestos y dividendos. [52]

112. Por último, la Comisión destaca la necesidad de actualizar los ingresos y los gastos tomando como base un mismo año para así poder comparar los productos o los flujos de tesorería a lo largo de varios años.

2. Apreciación

113. En el marco del segundo motivo, que, en razón de su objeto, debe considerarse un motivo diferenciado, la Comisión censura la motivación desarrollada por el Tribunal de Primera Instancia a mayor abundamiento, en la medida en que examinó si, habida cuenta de las pérdidas contabilizadas desde 1990 hasta 1995, los fondos transferidos por DB-Telekom habrían permitido a Deutsche Post AG cubrir los supuestos costes adicionales netos generados por su política de venta a pérdida entre 1994 y 1999.

114. Recuérdese a este respecto que el motivo dirigido contra un fundamento jurídico desarrollado a mayor abundamiento ha de considerarse inoperante, dado que no puede dar lugar a la anulación de la sentencia. [53] También han de desestimarse los motivos que cuestionan argumentos adicionales que no constituyen el verdadero fundamento de la Decisión. [54]

115. Sin embargo, en caso de que el Tribunal de Justicia considere que no está fuera de toda duda que esta parte de la fundamentación del Tribunal de Primera Instancia se desarrollara a mayor abundamiento, a pesar de la afirmación que se recoge en este sentido en el apartado 97 de la sentencia recurrida, propongo un razonamiento alternativo.

116. En este caso, el Tribunal de Primera Instancia excedió los límites del control de la Decisión controvertida, utilizando datos de orden económico que constan en los autos para formular su propio cálculo.

117. Considero que este tipo de ejercicio no constituye, en principio una tarea que incumbe al juez de la Unión en el marco de la resolución de un litigio en materia de legalidad. Creo que genera un riesgo particularmente importante ver cómo el Tribunal de Primera Instancia sustituye la apreciación de la Comisión por la suya propia, invadiendo

52 — Obsérvese, a este respecto, que en el marco del presente asunto la Comisión se ha basado en la supuesta existencia de un déficit constante durante el período de referencia. Pues bien, los impuestos exigibles, así como los dividendos, suelen abonarse con los beneficios del ejercicio en curso.

53 — Sentencias de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 148, y de 13 de septiembre de 2007, Common Market Fertilizers/Comisión (C-443/05 P, Rec. p. I-7209), apartado 137. Véase también, en lo que se refiere a la suficiencia de uno de los motivos para justificar el fallo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, la sentencia de 28 de octubre de 2004, van den Berg/Consejo y Comisión (C-164/01 P, Rec. p. I-10225), apartado 60, así como los autos de 28 de septiembre de 2006, Unilever Bestfoods/Comisión (C-552/03 P, Rec. p. I-9091), apartado 148, y de 13 de marzo de 2007, Arizona Chemical y otros/Comisión (C-150/06 P, Rec. p. I-39), apartado 47.

54 — Sentencia de 2 de junio de 1994, de Compte/Parlamento (C-326/91 P, Rec. p. I-2091), apartados 107 y 123.

así, de forma ilegal, el margen de apreciación que corresponde a ésta. [55]

118. Por consiguiente, procede declarar que, al analizar, en los apartados 103 a 108 de la sentencia recurrida, los datos financieros relativos a la capacidad de los fondos transferidos por DB-Telekom para cubrir los costes adicionales generados por la política de venta a pérdida seguida por Deutsche Post AG entre 1994 y 1999, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de derecho consistente en sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia.

119. No obstante, considero que la fundamentación que precede al apartado 97 de la sentencia recurrida constituye un fundamento jurídico autónomo y determinante en el que se basa, acertadamente, la anulación de la Decisión controvertida.

120. Por ello, aunque el segundo motivo esté fundamentado, no puede poner en cuestión la sentencia recurrida en lo que se refiere a la anulación de la Decisión controvertida, en la medida en que dicha anulación se basa en el análisis según el cual la Comisión no aportó la prueba legalmente exigible de que los fondos transferidos por DB-Telekom hubieran supuesto para Deutsche Post AG [56] una ventaja en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

VI. Motivos alegados por las demás partes en el procedimiento

A. *Alegaciones de las partes coadyuvantes en apoyo de la Comisión*

121. Al margen de su intervención adhesiva, tanto BIEK como UPS desarrollan una alegación propia, aunque en su mayor parte coincidente con los motivos esgrimidos por la Comisión.

122. Esta argumentación se refiere esencialmente a la supuesta vulneración por parte del Tribunal de Primera Instancia de los principios derivados de la jurisprudencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, en la medida que omitió declarar que no se cumplía ninguno de los requisitos establecidos en dicha sentencia para poder sustraer las compensaciones recibidas por la prestación de un

55 — Véanse, a este respecto, los puntos 89 y 90 de las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 17 de septiembre de 2009 en el asunto Comisión/Alrosa (C-441/07 P, pendiente ante el Tribunal de Justicia).

56 — Véase en este sentido, la sentencia Comisión/Tetra Laval, antes citada, apartado 89.

servicio de interés económico general de las normas en materia de ayudas de Estado. BIEK también reprocha al Tribunal de Primera Instancia que hiciera caso omiso de los requisitos exigidos en la sentencia BUPA y otros/Comisión, antes citada.

123. Más concretamente, BIEK sostiene que el Tribunal de Primera Instancia ignoró las reglas que rigen la carga de la prueba cuando, en el apartado 86 de la sentencia recurrida, reprochó a la Comisión que no se hubiera asegurado de que el importe de los fondos transferidos no sobrepasaba los costes adicionales vinculados al cumplimiento de un servicio de interés económico general.

124. Por su parte, UPS sostiene que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de derecho al estimar que el apoyo prestado a Deutsche Post AG constituía una «compensación» por un servicio de interés económico general (apartado 73 de la sentencia recurrida), sin comprobar si tales prestaciones de servicios eran efectivamente prestaciones de servicios de interés económico general. UPS señala también que el Tribunal de Primera Instancia no se atuvo a los requisitos de la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg al concluir que la Comisión no había aportado la prueba legalmente exigible de que los fondos transferidos por DB-Telekom hubieran supuesto una ventaja para Deutsche Post AG (apartado 88 de la sentencia recurrida).

B. *Apreciación*

125. En primer lugar, en cuanto a la supuesta vulneración de la jurisprudencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, ha de destacarse que en los apartados 68 a 74 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia recordó acertadamente la jurisprudencia aplicable, relativa a la definición del concepto de ayuda de Estado, así como la que se refiere a la problemática de la compensación destinada a financiar obligaciones de servicio público. En particular, citó los requisitos definidos en la citada sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg.

126. Sin embargo, debe señalarse que el análisis del Tribunal de Primera Instancia se refiere a la legalidad de la Decisión controvertida.

127. En efecto, en el apartado 94 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia recordó que la Comisión se había limitado a declarar en la Decisión controvertida que los costes adicionales netos generados por la política de venta a pérdida de Deutsche Post AG no podían dar lugar a una

compensación. En cambio, no comprobó ni demostró que Deutsche Post AG no hubiera contabilizado otros costes adicionales netos vinculados al cumplimiento de un servicio de interés económico general por los que tuviese derecho a recibir una compensación a través de la totalidad de los fondos transferidos por DB-Telekom cumpliendo los requisitos establecidos en la sentencia Altmark Trans Regierungspräsidium Magdeburg, antes citada.

128. Por consiguiente, en el apartado 95 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia consideró acertadamente que, en la medida en que la Comisión no había llevado a cabo ningún examen ni apreciación a este respecto, no correspondía al órgano jurisdiccional de la Unión sustituir a la Comisión efectuando en su lugar un examen que ésta no había llevado a cabo en ningún momento y especulando sobre las conclusiones a las que habría llegado al término del mismo.

129. Por último, en lo que atañe a la problemática de la infracción de las reglas que rigen la carga de la prueba y la falta de determinación por parte del Tribunal de Primera Instancia de la naturaleza de los servicios prestados por Deutsche Post AG, estos motivos se confunden con la segunda y la tercera parte del primer motivo alegado por la Comisión, de modo que no procede volver a examinarlos.

VII. Observaciones finales

130. En mi opinión, la aplicación del enfoque compensatorio a la financiación de un servicio público de interés general, tal y como ha sido adoptado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, excluye cualquier método que no permita realizar un cálculo para identificar los costes del servicio y compararlos con los importes abonados en concepto de compensación. Sin embargo, si el Tribunal de Justicia opta por una u otra variante del método denominado de «ayuda de Estado», no puede excluirse que la ayuda en cuestión sea considerada incompatible con el mercado interior, habida cuenta del comportamiento contrario a la competencia de la empresa beneficiaria. No obstante, considero que la definición del método de tipo compensatorio ya está bien perfilada en la jurisprudencia y que, tras la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, dicho método está más justificado que esas alternativas.

131. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación de la Comisión así como la adhesión a la casación en su conjunto y que condene en costas a la Comisión.

VIII. Conclusión

132. Por consiguiente, sugiero al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso de casación de la Comisión Europea y la adhesión a la casación en su conjunto.

— Condene en costas a la Comisión Europea.