Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
presentadas el 1 de julio de 2015 [1]

Asunto C-357/14 P

Electrabel SA,
Dunamenti Erőmű Zrt
contra

Comisión Europea

«Recurso de casación — Ayudas concedidas por las autoridades húngaras a determinados productores de electricidad — Acuerdos de compra de electricidad celebrados entre una empresa pública "MVM" y algunos productores de electricidad — Condiciones que sitúan a los productores en una situación económica ventajosa — Decisión por la que se declara la ayuda de Estado incompatible con el mercado común»

I. **Introducción**

1. Electrabel SA (en lo sucesivo, «Electrabel») y Dunamenti Erőmű Zrt (en lo sucesivo, «Duramenti Erőmű») han interpuesto el presente recurso de casación contra la sentencia Dunamenti Erőmű/Comisión (T-179/09, EU:T:2014:236; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), por la que se desestima el recurso de anulación de Dunamenti Erőmű contra la Decisión 2009/609/CE de la Comisión, de 4 de junio de 2008, relativa a la ayuda estatal C 41/05 concedida por Hungría mediante los Contratos de Compra de Electricidad (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»). [2]

2. El presente asunto es de gran importancia, al plantear tres cuestiones delicadas. En primer lugar, el Tribunal de Justicia tendrá la ocasión de precisar si, en el caso de que la medida que pueda constituir tal ayuda se haya llevado a efecto antes de la adhesión del Estado miembro de que se trate a la Unión Europea, la fecha de referencia para examinar si existe una ayuda de Estado es la de la concesión de la medida o la de la adhesión de dicho Estado miembro a la Unión. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia deberá resolver la cuestión de si, en el caso en que se adopte la fecha de adhesión como fecha de referencia, debe excluirse cualquier elemento fáctico anterior a dicha fecha a la hora de analizar si existe una ayuda de Estado. En tercer lugar, este asunto ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de precisar los límites entre sus sentencias Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) y Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238).

1 — Lengua original: francés.
2 — DO L 225, p. 53.

II. **Antecedentes y contexto actual del litigio**

3. Dunamenti Erőmű es un productor de electricidad en el mercado húngaro de la electricidad y explota una central eléctrica situada a unos 30 km al sur de Budapest (Hungría). Se trata de una antigua empresa pública que fue privatizada en diciembre de 1995. En el momento de los hechos, era propiedad al 74,82 % de Electrabel, que actualmente forma parte de un grupo del que GDF Suez SA es la sociedad matriz, y al 25 %, aproximadamente, de Magyar Villamos Művek Zrt (en lo sucesivo, «MVM»), una empresa pública húngara que opera a la vez en la producción de electricidad, en la venta al por mayor, el transporte y la venta al por menor de electricidad en el mercado húngaro.

4. En marzo y junio de 2014, el grupo GDF Suez vendió su participación a Dunamenti Erőmű, que, hoy en día, forma parte del grupo MET.

5. Los objetivos más urgentes en el sector húngaro de la energía, a mediados de los años 90, eran la seguridad del suministro al menor coste posible, la modernización de la infraestructura, con especial atención a las normas vigentes de protección del medio ambiente, y la necesaria reestructuración del sector de la energía. No obstante, dado que las centrales eran fundamentalmente antiguas centrales soviéticas, parece que tales objetivos no podían alcanzarse sin el apoyo de inversores extranjeros.

6. De esta manera, se propusieron Contratos a largo plazo de Compra de Electricidad (en lo sucesivo, «CCE») a los inversores extranjeros que se comprometieran a invertir en la construcción y modernización de las centrales eléctricas húngaras, siendo MVM quien compraba la electricidad.

7. Los CCE establecieron una cartera equilibrada de generación que ha permitido a MVM cumplir su obligación de garantizar la seguridad de suministro. Tales acuerdos permitían asimismo satisfacer tanto la demanda de carga base de electricidad (con centrales de lignito y centrales nucleares) como la demanda de carga máxima (con centrales de gas).

8. Los CCE requerían que los productores de electricidad garantizaran el correcto mantenimiento y funcionamiento de sus instalaciones de generación. Dichos acuerdos reservaban la totalidad o la mayor parte de la capacidad productiva (MW) de las centrales eléctricas para MVM. Esta asignación de capacidad era independiente de la utilización real de la central eléctrica. Más allá de la capacidad reservada, el CCE imponía a MVM la compra de una cantidad específica mínima de electricidad (MWh) a cada central eléctrica.

9. Los CCE se firmaron con vistas a la privatización de las centrales eléctricas y seguían un modelo de acuerdo elaborado por un bufete de abogados internacional a petición del Gobierno húngaro. Contrariamente a la privatización de las centrales eléctricas, no hubo ningún procedimiento de presentación de ofertas para la firma de tales CCE, pero no se cuestiona que los CCE firmados antes de la privatización formaban parte del paquete de privatización.

10. El 10 de octubre de 1995, justo antes de ser privatizada, Dunamenti Erőmű firmó un CCE con MVM, referido a las unidades «bloques F» y «bloque G2» de su central eléctrica. Dicho contrato, que entró en vigor en 1996, debía durar hasta 2010 para las unidades «bloques F», que funcionaban con gas, y hasta 2015 para las unidades «bloque G2», equipado con una turbina a gas de ciclo combinado.

11. Dos meses después de la celebración del CCE, es decir, en el mes de diciembre de 1995, Electrabel compró Dunamenti Erőmű al Estado húngaro después de una licitación pública abierta a la competencia.

12. Procede señalar que, en la época en que se firmaron los CCE, el mercado húngaro de la electricidad no estaba aún liberalizado y se estructuraba en torno a un «comprador único»: MVM. En efecto, los productores de electricidad sólo podían vender directamente la energía a MVM, que era la única empresa autorizada a suministrar electricidad a las empresas regionales de distribución. Este régimen estuvo en vigor entre el 31 de diciembre de 1991 y el 31 de diciembre de 2002.

13. Cuando se produjo la adhesión de Hungría a la Unión, el 1 de mayo de 2004, el mercado húngaro de la electricidad estaba formado por un segmento de servicio público, que representaba alrededor del 70 % de la producción de electricidad, y un segmento abierto a la competencia, que representaba alrededor el 30 % de dicha producción. En el primer segmento, MVM era el único vendedor mayorista, mientras que, en el segundo, estaban presentes otros operadores y MVM sólo intervenía para poner a la venta los excedentes comprados con arreglo a los CCE y no necesarios para el sector del servicio público. Este nuevo régimen entró en vigor el 1 de enero de 2003 y fue derogado por la Ley nº LXXXVI de 2007, con efecto desde el 1 de enero de 2008.

14. El 4 de mayo de 2005, de conformidad con el Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo [108 TFUE], [3] la Comisión registró, de oficio, con la referencia NN 49/2005, un expediente de ayuda estatal referente a los CCE.

15. El 4 de junio de 2008, la Comisión adoptó la Decisión impugnada, tomando la fecha de la adhesión de Hungría a la Unión, a saber, el 1 de mayo de 2004, como fecha de referencia para analizar si los CCE constituían ayudas de Estado.

16. En el artículo 1 de la Decisión impugnada, la Comisión calificó las obligaciones de compra que figuran en los CCE de ayuda estatal a los productores de electricidad, en el sentido del artículo 107 TFUE, declaró tal ayuda incompatible con el mercado común y ordenó a Hungría que dejara de concederla en el plazo de seis meses. Según el artículo 2, Hungría debía recuperar de los beneficiarios las ayudas recibidas a partir del 1 de mayo de 2004.

17. El 10 de noviembre de 2008, el Parlamento húngaro adoptó la Ley nº LXX de 2008 que puso fin a los CCE, con efecto desde el 31 de diciembre de 2008.

18. En cuanto al cálculo y a la recuperación de los beneficiarios del importe de las ayudas, el Gobierno húngaro decidió instaurar para tres beneficiarias de las CCE, entre ellas, Dunamenti Erőmű, un sistema de compensación de los costes de transición a la competencia, con arreglo a la Comunicación de la Comisión relativa a la metodología de análisis de las ayudas estatales vinculadas a costes de transición a la competencia (en lo sucesivo, «Metodología»). [4]

3 — DO L 83, p. 1.

4 — El texto de la Metodología está disponible en el sitio Internet de la Comisión http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_fr.pdf. 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 L 27, p. 20), sentó el principio de la apertura a la competencia del sector eléctrico europeo. Su artículo 24, apartado 1, disponía que «los Estados miembros en los que las autorizaciones concedidas antes de la entrada en vigor de la presente Directiva prevean compromisos o garantías de funcionamiento cuyo incumplimiento [fuera] posible a causa de lo dispuesto en la presente Directiva [podrían] solicitar acogerse a un régimen transitorio». Según la Comisión, «habitualmente estos compromisos o garantías de explotación se denominan “costes de transición a la competencia (CTC)” (*stranded costs*). Estos compromisos o garantías de explotación pueden, de hecho, adoptar distintas formas: contratos de compra a largo plazo, inversiones realizadas con una garantía implícita o explícita de mercados, inversiones fuera de la actividad normal, etc. (véase Metodología, p. 3). Sin embargo, un sistema de exacción instituido por un Estado miembro y que transite por un fondo para compensar los costes de transición a la competencia podría constituir una ayuda estatal y debe por lo tanto ajustarse a los criterios enunciados por la Comisión en esa Metodología y también notificarse a la Comisión y autorizarse por ésta antes de ponerse en funcionamiento.

19. Según este sistema, notificado a la Comisión y autorizado por ésta,[5] los costes de transición a la competencia consisten en la diferencia entre los costes de inversión de cada uno de los beneficiarios y sus beneficios de explotación históricos (desde la entrada en vigor del CCE hasta su resolución anticipada) y proyectados (entre la fecha de resolución anticipada y la fecha en la que el contrato debía expirar con arreglo a la cláusulas del CCE).[6]

20. Este sistema preveía una compensación en dos fases.[7] Durante la primera fase, los costes de transición a la competencia de cada beneficiario debían deducirse del importe de la ayuda que el Estado húngaro debía recuperar. Si el saldo entre la ayuda que debía recuperarse y los costes de transición a la competencia era de signo positivo, el beneficiario debía devolver la diferencia al Estado. En caso contrario, el Estado húngaro no pagaría la diferencia al beneficiario.[8]

21. La segunda fase debía empezar al expirar el CCE de cada uno de los beneficiarios (en el caso de Dunamenti Erőmű, el 31 de diciembre de 2015) y, durante la misma, las autoridades húngaras tienen que volver a calcular los costes de transición a la competencia con arreglo a los costes e ingresos actuales. En la hipótesis en que los costes de transición a la competencia real resulten ser inferiores al importe de la ayuda que se debe recuperar, el beneficiario deberá devolver la diferencia al Estado húngaro. En el supuesto contrario, el Estado húngaro no pagará al beneficiario del CCE el exceso de costes de transición a la competencia definitivos.

22. En la actualidad, los costes de transición a la competencia de Dunamenti Erőmű se estiman en 22 171 991 000 forintos húngaros (HUF) (unos 73 millones de euros).

23. El 13 de junio de 2007, Electrabel promovió un arbitraje contra Hungría ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el que la Comisión intervino en calidad de «parte no-contendiente». Electrabel sostenía, entre otras cosas, que, al poner fin a los CCE sin compensar íntegramente los costes de transición a la competencia, Hungría había vulnerado las garantías de trato justo y equitativo a las inversiones establecidas en el artículo 10 del Tratado sobre la Carta de la Energía, de 17 de diciembre de 1994, al que se han adherido el Reino de Bélgica, Hungría y la Unión.[9]

24. Electrabel y Hungría estuvieron de acuerdo en la disociación («bifurcación») entre la fase «competencia y responsabilidad» y la fase de cuantificación (*quantum*) del procedimiento.

25. Dado que el importe definitivo de los costes de transición a la competencia de Dunamenti Erőmű y de Electrabel sólo podría calcularse después del 31 de diciembre de 2015, el Tribunal arbitral decidió aplazar a la fase procesal del *quantum* su decisión con respecto a la cuestión de si el sistema de compensación de los costes de transición a la competencia instaurado por Hungría vulneraba el artículo 10 del Tratado sobre la Carta de la Energía.[10] No obstante, el Tribunal arbitral aclaró que, según su «opinión actual, provisional y preliminar [...], el impago, al final del plan legislativo húngaro,

5 — Véase la carta C(2010) 2532 final del Vicepresidente de la Comisión, Sr. Almunia, al Ministro húngaro de Asuntos Exteriores, de 27 de abril de 2010, disponible únicamente en lengua inglesa en el sitio Internet de la Comisión (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234326/234326_1114108_42_1.pdf).

6 — *Ibidem* (punto 8).

7 — Para una descripción detallada, *ibídem* (puntos 10 a 24).

8 — Véase el artículo 5, apartados 1 y 3, de la Ley nº LXX de 2008.

9 — Procede señalar que, debido a la decisión de Electrabel de promover únicamente dicho arbitraje contra Hungría y sólo en relación con sus propias acciones y omisiones, la compatibilidad de la Decisión impugnada con el Tratado sobre la Carta de la Energía no fue objeto de dicho arbitraje. Véase *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, apartados 3.21, 4.11 y 6.76 (disponible en el sitio Internet de Investment Treaty Arbitration http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf). Por otra parte, en el recurso de anulación que ha interpuesto ante el Tribunal General, Dunamenti Erőmű no ha cuestionado la validez de la Decisión impugnada a la luz del mencionado Tratado. De ello resulta que, como consecuencia de las opciones elegidas por Electrabel y Dunamenti Erőmű, la Decisión impugnada ha escapado por completo de cualquier control de legalidad a la luz de dicho Tratado.

10 — *Ibidem* (apartado 6.118).

de [22 171 991 000 HUF] o de un importe inferior a éste no parecía constituir necesariamente una infracción del standard de [trato justo y equitativo]; pero que la falta de pago (en efectivo o por otro medio) de un importe claramente más elevado de costes de transición a la competencia, sí podría serlo». [11]

26. Éste no fue, al parecer, el criterio de la formación del Tribunal arbitral que conoció del arbitraje promovido por Électricité de France (EDF), accionista de Budapesti Erőmű, en relación con la resolución de CCE, que condenó a Hungría a abonar a 107 millones de euros a EDF. [12]

27. Con independencia del recurso de anulación (cuya desestimación por parte del Tribunal General es objeto del presente recurso de casación) interpuesto por Dunamenti Erőmű y Electrabel contra la Decisión impugnada, el 10 de enero de 2014, Dunamenti Erőmű y Electrabel presentaron ante el Tribunal General un recurso de indemnización, basado en el artículo 340 TFUE, párrafo segundo, dirigido a obtener una reparación del perjuicio supuestamente sufrido por causa de la Decisión impugnada.

28. El 13 de noviembre 2014, el Tribunal General desestimó dicho recurso de indemnización por inadmisible, basándose en que había prescrito. [13] El auto del Tribunal General es objeto de un procedimiento de casación ante el Tribunal de Justicia. [14]

III. **Recurso ante el Tribunal General y sentencia recurrida**

29. La Decisión impugnada fue objeto de diversos recursos de anulación interpuestos ante el Tribunal General por cada uno de los beneficiarios de los CCE. [15]

30. Mediante recurso ante Tribunal General, Dunamenti Erőmű solicitó la anulación de la Decisión impugnada.

31. En su primer motivo, basado en la vulneración del concepto de ayuda de Estado, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, y en su segundo motivo, basado en que la Comisión debió haber calificado las medidas de que se trata como de «ayuda existente», en el sentido del artículo 108 TFUE, apartado 1, Dunamenti Erőmű impugnaba la consideración por parte de la Comisión de que existía una ayuda de Estado, la calificación de tal ayuda de nueva ayuda así como la fecha tomada como referencia para evaluar la ayuda establecida en el CCE en cuestión. Dunamenti Erőmű discutía la aplicación del criterio del operador privado en régimen de economía de mercado y la posición de MVM, como agente de mercado, en el momento de la adhesión de Hungría a la Unión. Dunamenti Erőmű invocaba asimismo la existencia de una vulneración del principio de protección de la confianza legítima y del principio de seguridad jurídica, así como una apreciación errónea por parte de la Comisión de las especificidades del CCE en cuestión.

11 — *Ibidem* (mi traducción): «It is therefore best, in all the circumstances, for the Tribunal to say little more here, save to express the Tribunal's current, provisional and tentative view that the non-payment of HUF 22,171,991[,000] or a lesser sum at the end of Hungary's legislative scheme does not strike the Tribunal as necessarily amounting to a breach of the FET standard; but that non-payment (in cash or otherwise) of a significantly higher sum for Net Stranded Costs most probably could.»

12 — El laudo arbitral no se ha hecho público. Véase el artículo de prensa de Thomson, D., titulado «EDF wins claim against Hungary», publicado el 11 de diciembre de 2014, en el sitio Internet de la Global Arbitration Review (http://globalarbitrationreview.com/news/artículo/33251/edf-wins-claim-against-hungary/).

13 — Véase el auto Electrabel y Dunamenti Erőmű/Comisión (T-40/14, EU:T:2014:1004).

14 — Véase el asunto Electrabel y Dunamenti Erőmű/Comisión (C-32/15 P), pendiente ante el Tribunal de Justicia.

15 — Véanse el auto Alpiq Csepel/Comisión (T-370/08, EU:T:2011:116), la sentencia Budapesti Erőmű/Comisión (T-80/06 y T-182/09, EU:T:2012:65), el auto Pannon Hőerőmű/Comisión (T-352/08, EU:T:2013:379) y las sentencias Tisza Erőmű/Comisión (T-468/08, EU:T:2014:235) y Dunamenti Erőmű/Comisión (T-179/09, EU:T:2014:236).

32. En su tercer motivo, Dunamenti Erőmű sostenía que la Comisión había considerado erróneamente la ayuda recogida en el CCE de que se trata como una ayuda al funcionamiento y no como una ayuda a la inversión y cuestionaba el sistema de compensación de los costes de transición a la competencia instaurado por las autoridades húngaras.

33. En su cuarto motivo, Dunamenti Erőmű ponía en tela de juicio la legalidad de la orden de recuperación de la ayuda.

34. Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal General desestimó íntegramente dicho recurso. [16]

IV. **Procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

35. Mediante recurso de casación, presentado ante el Tribunal de Justicia el 21 de julio de 2014, Electrabel y Dunamenti Erőmű solicitan al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida, resuelva él mismo definitivamente el recurso y anule la Decisión impugnada o, con carácter subsidiario, devuelva el asunto al Tribunal General, y que condene en costas a la Comisión, imponiéndole el pago tanto de las causadas ante el Tribunal General como ante el Tribunal de Justicia.

36. Mediante su escrito de contestación, presentado el 4 de septiembre de 2014, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare inadmisible el recurso de casación por lo que se refiere a Electrabel, que desestime el recurso de casación por lo que se refiere a Dunamenti Erőmű y que condene en costas a esta última.

37. Electrabel y Dunamenti Erőmű presentaron su escrito de réplica el 20 de noviembre de 2014, al que la Comisión dio respuesta mediante escrito de dúplica, presentado el 25 de noviembre de 2014.

38. El 26 de marzo de 2015, el Tribunal de Justicia dirigió a las partes un escrito, con arreglo al artículo 61, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, instándolas a que, en la vista, se concentraran en los motivos de casación segundo y tercero, y remitiéndoles, con arreglo al el artículo 62, apartado 2, de este Reglamento de Procedimiento, dos preguntas para que respondieran a ellas en la vista.

39. Se organizó una vista oral para el 20 de abril de 2015, durante la cual Electrabel, Dunamenti Erőmű y la Comisión presentaron sus observaciones.

V. **Recurso de casación**

40. Iniciaré mi análisis con la excepción de inadmisibilidad del recurso de casación planteada por la Comisión en lo que se refiere a Electrabel. A continuación, trataré primeramente los motivos de casación cuarto, quinto y primero, que, en mi opinión, pueden desestimarse sin especial dificultad. Finalmente, me concentraré en el segundo y tercer motivo de casación, que, en mi opinión, podrían llevar al Tribunal de Justicia a anular la sentencia recurrida.

16 — Los recursos de anulación interpuestos por los demás beneficiarios también fueron íntegramente desestimados. Véanse las sentencias del Tribunal General Budapesti Erőmű/Comisión (T-80/06 y T-182/09, EU:T:2012:65) y Tisza Erőmű/Comisión (T-468/08, EU:T:2014:235). Únicamente la sentencia Dunamenti Erőmű/Comisión (T-179/09, EU:T:2014:236) ha sido objeto de recurso de casación.

A. *Sobre la admisibilidad del recurso de casación en lo que se refiere a Electrabel*

41. En su escrito de contestación, la Comisión pone en duda la admisibilidad del recurso de casación en lo que se refiere a Electrabel, en la medida en que únicamente Dunamenti Erőmű interpuso un recurso de anulación en primera instancia.

42. En su escrito de réplica, Electrabel y Dunamenti Erőmű se oponen a esta excepción de inadmisibilidad explicando que, cuando se interpuso el recurso de anulación, formaban parte del mismo grupo de empresas por lo que su interés económico y jurídico podía ser defendido por una de ellas. Tras vender su participación en Dunamenti Erőmű, debía autorizarse la intervención de Electrabel en el procedimiento de casación ante el Tribunal de Justicia para poder defender sus propios intereses.

43. Considero que el recurso de casación debe declararse inadmisible con respecto a Electrabel.

44. En primer lugar, como señala la Comisión, el artículo 56, párrafo segundo, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que el recurso de casación contra una sentencia del Tribunal General «podrá interponerse por cualquiera de las partes cuyas pretensiones hayan sido total o parcialmente desestimadas», lo que no ocurre en el caso de Electrabel, que no era parte en el procedimiento ante el Tribunal General.

45. En segundo lugar, Electrabel tampoco forma parte de las personas privilegiadas que, con arreglo al párrafo tercero de dicho artículo, pueden interponer un recurso contra una sentencia del Tribunal General sin haber intervenido en el litigio ante este último. En efecto, esta disposición limita dicho privilegio a los «Estados miembros y [a las] instituciones de la Unión», entre las que no se cuenta Electrabel.

46. Procede, por tanto, examinar el presente recurso de casación como si sólo lo hubiera interpuesto Dunamenti Erőmű.

B. *Sobre el cuarto motivo de casación, según el cual el Tribunal General cometió un error de Derecho al considerar, sin haberse probado la existencia de un riesgo estructural, que la obligación de compra mínima que vinculaba a MVM implicaba una ventaja*

47. Mediante su cuarto motivo de casación, Dunamenti Erőmű alega que el Tribunal General cometió un error de Derecho e incumplió su obligación de control jurisdiccional al considerar, sin prueba de que existiera realmente un riesgo estructural, que la obligación de compra mínima que recaía sobre MVM implicaba una ventaja, por cuanto el Tribunal General reconoció en el apartado 112 de la sentencia recurrida que MVM había comprado regularmente cantidades superiores a aquellas que tenía obligación de comprar en virtud de dicha obligación.

1. Sobre la admisibilidad

48. Según la Comisión, este motivo de casación es inadmisible por cuanto Dunamenti Erőmű no indica cuál es la parte de la sentencia recurrida que está viciada, según ella, de un error de Derecho.

49. En mi opinión, debe desestimarse tal alegación pues, en la medida en que el argumento de Dunamenti Erőmű consiste en criticar al Tribunal General el no haber demostrado la presencia de un riesgo estructural, no puede reprochársele no haber señalado las partes concretas de la sentencia recurrida que contienen el error de Derecho.

2. Sobre el fondo

50. Según la Comisión, en todos y cada uno de los apartado 112, 113 y 114 de la sentencia recurrida, el Tribunal General dio un motivo independiente para refutar el argumento según el cual el hecho de que, desde 2004, MVM hubiera comprado regularmente a Dunamenti Erőmű más la cantidad de electricidad de la que tenía obligación de comprar demostraba que Dunamenti Erőmű no pudo sacar ventaja de tal obligación.

51. Al no haber criticado Dunamenti Erőmű los apartados 113 y 114 de la sentencia recurrida, la Comisión señala que Dunamenti Erőmű tampoco cuestiona el hecho, que consta en ese mismo apartado 112, de que la obligación de compra mínima superaba las prácticas comerciales habituales en los mercados europeos de la energía, hecho que sirvió a la Comisión como base para considerar que el CCE le confería una ventaja.

52. Ni en su réplica ni durante la vista, ha puesto Dunamenti Erőmű en tela de juicio el análisis de la Comisión, que, en mi opinión, está bien fundamentado.

53. Procede, por lo tanto, desestimar el cuarto motivo de casación.

C. Sobre el quinto motivo de casación, según el cual el Tribunal General cometió un error de Derecho al confirmar la metodología adoptada por la Comisión para calcular el importe de la ayuda

54. Con su quinto motivo de casación, referido al método de cálculo de la cuantía de la ayuda, Dunamenti Erőmű sostiene que el hecho de examinar, en los apartados 185 a 192 de la sentencia recurrida, sus ingresos y no sus beneficios, no permite obtener una visión exacta de la ventaja supuestamente derivada del CCE, dado que se calificarían los ingresos destinados a cubrir gastos de combustibles adicionales como una ventaja que tendría que devolverse.

55. Procede, por tanto, examinar si el Tribunal General tuvo razón al confirmar el enfoque de la Comisión consistente en cuantificar el importe de la ayuda que se debe recuperar con arreglo a los ingresos y no a los beneficios.

56. Considero que procede rechazar este motivo de casación, por los motivos expresados por el Tribunal General en los apartados 187 y 188 de la sentencia recurrida. Dunamenti Erőmű no niega que el objetivo de la devolución de la ayuda es que el beneficiario pierda la ventaja de la que ha disfrutado en el mercado respecto a sus competidores.[17] En consecuencia la ventaja que ha de devolverse debe cuantificarse en relación con los importes que han sido abonados al beneficiario. Por esta razón, como afirma la Comisión, el enfoque adoptado por el Tribunal General, centrado en lo que MVM pagó a Dunamenti Erőmű (es decir, los ingresos de este), más que en los beneficios realizados por esta última, es conforme a Derecho.

57. En cualquier caso, como señala la Comisión, un método de recuperación basado en los beneficios, a diferencia de un método basado en los ingresos, produciría resultados absurdos, que privarían de todo efecto útil a la normativa relativa a las ayudas de Estado. Llevando al extremo el razonamiento de Dunamenti Erőmű, cada vez que una empresa venda sus productos o sus servicios por un precio imbatible, en razón de las subvenciones estatales, no habría ninguna ayuda de Estado, al incrementarse únicamente sus ingresos, y no sus beneficios. Pues bien, el objeto de las normas en materia de ayudas estatales es precisamente controlar este tipo de distorsiones de la competencia.

17 — Véase la sentencia Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774), apartado 113.

58. También procede desestimar la alegación de Dunamenti Erőmű basada en la sentencia Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627), según la cual, en los apartados 30 a 33 de esta sentencia, el Tribunal de Justicia sentó el principio de acuerdo con el cual, si la medida de ayuda implica simultáneamente beneficios suplementarios y costes adicionales, la diferencia entre dichos beneficios suplementarios y dichos costes adicionales es lo que debe recuperarse.

59. En dicha sentencia, que trataba de la ventaja de que unos mayoristas distribuidores sacaban de la no sujeción al gravamen sobre las ventas directas de medicamentos, superior a los costes adicionales que soportaban por el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«32. [...] si se demuestra que los mayoristas distribuidores obtienen de la no sujeción al gravamen sobre las ventas directas de medicamentos una ventaja que sobrepasa los costes adicionales que soportan para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que les impone la normativa nacional, la citada venta, en la parte que sobrepase tales costes, no puede considerarse necesaria, en ningún caso, para permitir a los citados operadores desempeñar su misión concreta.

33. Procede, pues, responder que el artículo [106 TFUE], apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que no cubre una ventaja fiscal de la que disfrutan determinadas empresas encargadas de la gestión de un servicio público, como las consideradas en el litigio principal, en la medida en que tal ventaja sobrepase los costes adicionales del servicio público.»

60. Por lo tanto, está claro que, aunque el importe de la subvención estatal que sobrepase el coste adicional del servicio público constituya una ayuda contraria al artículo 107 TFUE, que debe recuperarse, este principio sólo es aplicable en el supuesto de que el beneficiario esté comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 106 TFUE, apartado 2, a saber, cuando esté encargado de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, lo cual no ocurre en el caso de Dunamenti Erőmű.

61. Por estos motivos, procede desestimar el quinto motivo de casación.

D. *Sobre el primer motivo de casación, según el cual el Tribunal General cometió un error de Derecho calificando al CCE en cuestión de nueva ayuda, sin haber determinado previamente si dicho CCE constituía una ayuda de Estado*

62. En su primer motivo de casación, Dunamenti Erőmű alega que el Tribunal General cometió un error de Derecho, en el apartado 60 de la sentencia recurrida, al calificar el CCE de que se trata de nueva ayuda de Estado, en el sentido del anexo IV del Acta de adhesión de Hungría, sin haber comprobado previamente si se cumplían las cuatro condiciones de la existencia de una ayuda de Estado. A este respecto, Dunamenti Erőmű reprocha al Tribunal General una motivación insuficiente y circular.

63. En mi opinión, el primer motivo de casación no puede prosperar.

64. Como ya declaró el Tribunal de Justicia, «el Tribunal General tiene libertad para estructurar y desarrollar su razonamiento en la forma que considere procedente para dar respuesta a los motivos ante él alegados. De esta manera la estructura y el desarrollo de la respuesta elegidos por el Tribunal General no pueden ponerse en tela de juicio en el marco de un recurso de casación con la pretensión de demostrar que el Tribunal General debió haber conducido su razonamiento ateniéndose a las expectativas de una parte demandante». [18]

18 — Sentencia British Telecommunications/Comisión (C-620/13 P, EU:C:2014:2309), apartado 29.

65. En el presente supuesto, aunque, en efecto, el Tribunal General se pronunció sobre si la ayuda de que se trata es de naturaleza existente o nueva (apartados 49 a 60 de la sentencia recurrida) antes de valorar si el CCE era una ayuda de Estado (apartados 74 a 98 y 110 a 121 de la sentencia recurrida), no considero que esta estructuración de la motivación haya influido en el razonamiento del Tribunal.

66. De cualquier forma, como señala la Comisión, el Tribunal General examinó y desestimó el conjunto de los argumentos expuestos por Dunamenti Erőmű en el marco de sus motivos primero y segundo.

67. Comparto también la apreciación de la Comisión según la cual la conclusión del Tribunal General de que el CCE en cuestión constituía una ayuda de Estado no dependía de su previa conclusión acerca de si la ayuda en cuestión era de carácter nuevo. En consecuencia, el razonamiento del Tribunal General no ha tenido un carácter circular.

68. Por estos motivos, procede desestimar el primer motivo de casación.

E. *Sobre el segundo motivo de casación, según el cual el Tribunal General cometió un error de Derecho al considerar que los cuatro criterios que permiten calificar una medida de ayuda de Estado debían examinarse a la fecha de la adhesión de Hungría a la Unión*

69. Con su segundo motivo de casación, Dunamenti Erőmű reprocha al Tribunal General haber cometido un error de Derecho al tomar la fecha de adhesión de Hungría a la Unión, es decir, el 1 de mayo de 2004, como fecha de referencia para determinar si el CCE en cuestión constituía una ayuda de Estado, como sostenía la Comisión en los considerandos 156 a 173 de la Decisión impugnada.

70. En la primera parte de dicho motivo de casación, Dunamenti Erőmű afirma que el Tribunal General cometió un error de Derecho en los apartados 55 y 65 de la sentencia recurrida por cuanto, contrariamente a lo que se afirma en las conclusiones que formula en dichos apartados, no hay en el anexo IV del Acta de adhesión ninguna disposición que permita determinar, bien directamente, bien mediante una deducción, la fecha en la que debe apreciarse si una medida estatal ha de considerarse una ayuda de Estado.

71. En la segunda parte de este motivo de casación, Dunamenti Erőmű alega que el razonamiento seguido por el Tribunal General para motivar su elección de la fecha de referencia a efectos de determinar la existencia de una ayuda (y, en particular, la presencia de una ventaja para el beneficiario a la luz del criterio del inversor privado en una economía de mercado) es contradictorio con la «práctica jurídica», a saber, las Directrices y la praxis seguida por la Comisión en sus decisiones, así como la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión.

1. Sobre la primera parte del segundo motivo de casación

72. Como señaló el Tribunal General en el apartado 50 de la sentencia Budapest Erőmű/Comisión (T-80/06 y T-182/09, EU:T:2012:65), «las medidas estatales aplicadas antes de la adhesión, pero que, por una parte, siguen siendo aplicables tras la misma, y, por otra parte, cumplían los cuatro criterios acumulativos del artículo [107 TFUE], apartado 1, en la fecha de la adhesión, están sujetas a las reglas específicas establecidas en el anexo IV del Acta de adhesión, ya sea como ayudas existentes en el sentido del artículo [108 TFUE], apartado 1, cuando están comprendidas en una de las tres categorías mencionadas en dicho anexo, ya sea como nuevas ayudas en la fecha de la adhesión a efectos de la aplicación del artículo [108 TFUE], apartado 3, cuando no estén comprendidas en alguna de esas categorías».

73. El artículo 1 del título 3 del anexo IV al Acta de adhesión, rubricado «Política de la competencia», es del siguiente tenor:

«1. Los siguientes regímenes de ayuda y ayudas individuales aplicados en un nuevo Estado miembro con anterioridad a la adhesión y aún vigentes con posterioridad a la misma se considerarán, desde el momento de la adhesión, ayudas existentes con arreglo al apartado 1 del artículo [108 TFUE]:

a) las medidas de ayuda aplicadas antes de diciembre de 1994;

b) las medidas de ayuda que figuran en el apéndice del presente anexo;

c) las medidas de ayuda que la autoridad de control de las ayudas públicas del nuevo Estado miembro haya evaluado y declarado compatibles con el acervo antes de la adhesión, y con respecto a las cuales la Comisión no haya formulado objeciones basadas en serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 2.

Todas las medidas que sigan siendo aplicables después de la adhesión que constituyan ayudas públicas y que no cumplan las condiciones arriba mencionadas serán consideradas, desde el momento de la adhesión, nuevas ayudas a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo [108 TFUE].

[...]»

74. Dunamenti Erőmű estima que esta disposición no menciona en qué fecha ha de examinarse una medida estatal a la luz de las normas relativas a las ayudas de Estado. Considera que sólo afecta a la cuestión de si una ayuda que aún es aplicable en el momento de la adhesión (que, «existe» en ese momento, en el sentido que suele darse a dicho término), debe considerarse una ayuda existente o nueva a la luz del Acta de adhesión. En consecuencia, según Dunamenti Erőmű, una medida que no constituyera una ayuda en el momento de su concesión no estaría dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición. En consecuencia, estima que el Tribunal General debió haber tomado como fecha de referencia la de la concesión del CCE, en diciembre de 1995.

75. No comparto este análisis, pues confunde, en mi opinión, la definición dada al término «existente» en el Acta de adhesión con el sentido ordinario de dicho término. En efecto, una ayuda existente, en este último sentido, como el CCE que se otorgó en la fechas en que lo examinó la Comisión, puede constituir una nueva ayuda, en el sentido del Acta de adhesión, por el sólo hecho de no estar incluido en la definición de «ayuda existente» dada por el Acta de adhesión.

76. Me refiero a los apartados 60 a 64 de la sentencia OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185), relativa a esa misma disposición del Acta de adhesión, aplicable a una garantía concedida por el Estado húngaro en 2001, a saber, tres años antes de su adhesión a la Unión. Dado que la garantía en cuestión no cumplía ninguna de las tres condiciones establecidas en el anexo IV, título 3, el Tribunal de Justicia consideró que debía «considerarse, en su caso, una nueva ayuda». [19]

19 — Sentencia OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185), apartado 64. Procede señalar, a este respecto, la conclusión a la que llegó el Tribunal arbitral, que consideró que Electrabel no había presentado las pruebas necesarias para fundamentar su alegación según la cual Hungría vulneró sus obligaciones derivadas del artículo 10 del Tratado sobre la Carta de la Energía al no hacer lo necesario para incluir a los CCE en la definición de «ayuda existente» en el sentido del anexo IV. Véase en este sentido Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, punto 6.66.

77. Del mismo modo, en el caso de autos, como señala el Tribunal General en el apartado 59 de la sentencia recurrida, el CCE en cuestión no pertenece a ninguna de las tres categorías de ayuda consideradas existentes en el artículo 1, apartado 1, del título 3 del anexo IV al Acta de adhesión. El CCE no empezó a ejecutarse hasta el 10 de diciembre de 1994, no aparecía citado en el apéndice del anexo en cuestión y no fue examinado por la autoridad húngara encargada de vigilar las ayudas públicas antes de la fecha de la adhesión, y considerado compatible con el acervo comunitario, sin objeciones por parte de la Comisión.

78. Además, tener en cuenta una fecha anterior, como la fecha de concesión del CCE de que se trata, no sería conforme a la voluntad de los redactores del Acta de adhesión que, como señaló el Tribunal General en el apartado 60 de la sentencia recurrida,[20] pretendían apartarse de la jurisprudencia anterior de los órganos jurisdiccionales de la Unión según la cual «constituyen ayudas existentes las ayudas instauradas antes de la entrada en vigor del Tratado o de la adhesión [a la Unión] del Estado miembro de que se trata».[21]

79. En cualquier caso, como observa el Tribunal General en el apartado 65 de la sentencia recurrida, «la propia redacción del anexo IV del Acta de adhesión da claramente a entender que una medida que no se consideraba ayuda de Estado cuando fue instaurada puede convertirse en tal posteriormente».[22]

80. En efecto, como señala la Comisión en el considerando 165 de la Decisión impugnada, «los CCE, firmados en condiciones económicas sustancialmente diversas (tal como reconocen las partes interesadas) antes de la adhesión al mercado interior liberalizado de la energía, [podían] muy bien convertirse en ayuda estatal en las nuevas circunstancias legales y económicas [resultantes de la adhesión a la Unión]».

81. Como señaló el Tribunal General en el apartado 58 de su sentencia Budapesti Erőmű/Comisión (T-80/06 y T-182/09, EU:T:2012:65), «después de la entrada en efecto de los CCE, Hungría, primero, por su propia iniciativa, y, luego, al transponer la legislación de la Unión aplicable en el mercado interior de la electricidad, modificó considerablemente el marco legal en el que los productores de electricidad ejercían su actividad».

82. Incumbía, por lo tanto, a la Comisión y, luego, en el marco del recurso de anulación, al Tribunal General, examinar si los CCE constituían, en el momento de la adhesión de Hungría a la Unión, y en el marco de un mercado de electricidad liberalizado, una ayuda de Estado y, en su caso, si se trataba de una nueva ayuda o de una ayuda existente en el sentido del anexo IV del Acta de adhesión.

83. En consecuencia, en la medida en que el CCE constituye una ayuda, no existe duda de que se trata de una nueva ayuda, en el sentido del Acta de adhesión.

2. Sobre la segunda parte del segundo motivo de casación

84. En cuanto a los argumentos de Dunamenti Erőmű basados en la «praxis jurídica» de la Comisión y de los órganos jurisdiccionales de la Unión, debo recordar que, como señala la Comisión, el Tribunal de Justicia ya preconizó la fecha de adhesión como fecha de referencia.

20 — Véase igualmente, en este sentido, la sentencia Budapesti Erőmű/Comisión (T-80/06 y T-182/09, EU:T:2012:65), apartado 60.

21 — Sentencia Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100), apartado 19. Véanse también, en este sentido, las sentencias Piaggio (C-295/97, EU:C:1999:313), apartado 48, y Alzetta y otros/Comisión (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, EU:T:2000:151), apartado 142.

22 — Véase también, en este sentido, sentencia Budapesti Erőmű/Comisión (T-80/06 y T-182/09, EU:T:2012:65), apartado 54.

85. En efecto, como ya consideró el Tribunal de Justicia en relación con la disposición del anexo V al Acta de adhesión de Bulgaria (que corresponde al artículo 1 del título 3 del anexo IV del Acta de adhesión de Hungría), «las medidas estatales ejecutadas antes de la referida adhesión pero que, por un lado, estén aún vigentes después de ésta y que, por otro, en la *fecha de la adhesión*, cumplan los criterios acumulativos del artículo [107 TFUE], apartado 1, quedan sujetas a las normas específicas establecidas en el anexo V del Acta de adhesión ya sea como ayudas existentes a efectos del artículo [108 TFUE], apartado 1, cuando estén comprendidas en una de las tres categorías mencionadas en dicho anexo, ya sea como ayudas nuevas en la fecha de la adhesión a efectos de la aplicación del artículo [108 TFUE], apartado 3, si no están comprendidas en una de esas tres categorías». [23]

86. En mi opinión, de esta jurisprudencia resulta que la Comisión y el Tribunal General aplicaron correctamente al presente asunto las normas enunciadas en el anexo al Acta de adhesión de Hungría a la Unión.

87. En cualquier caso, como subraya la Comisión, ninguna de las sentencias del Tribunal General y del Tribunal de Justicia citadas por Dunamenti Erőmű [24] se refieren a medidas adoptadas por un Estado miembro antes de su adhesión a la Unión y que sigan siendo aplicables después de ésta. Dado que, en dichos asuntos, no se planteó la cuestión del cumplimiento de los límites temporales de las competencias de la Unión, no es de extrañar que los órganos jurisdiccionales de la Unión hayan considerado que la existencia de la ayuda debía apreciarse en el momento de su concesión.

88. En cuanto a la práctica de la Comisión consistente [25] en analizar una medida de ayuda concedida antes de la adhesión de un Estado miembro teniendo en cuenta también elementos anteriores a la adhesión, deseo señalar que las decisiones de la Comisión citadas por Dunamenti Erőmű [26] no avalan la tesis de Dunamenti Erőmű según la cual la fecha de referencia debía ser la de la concesión de la ayuda de que se trata.

89. En primer lugar, por lo que se refiere a la Decisión 2008/214/CE de la Comisión en el asunto GE Capital Bank, la medida de ayuda de que se trata consistía en garantías e indemnizaciones, así como una opción de venta concedida por el Estado checo en el marco de la reestructuración y privatización del banco AGB.

90. Aunque dichas medidas se habían concedido antes de la adhesión de la República checa a la Unión, seguían siendo «aplicables después de la adhesión» [27] en el sentido de que los beneficiarios todavía podían seguir disfrutándolas después de la adhesión. La fecha de referencia tomada por la Comisión fue, efectivamente, la de la adhesión.

91. La medida de ayuda en cuestión en la Decisión 2009/174 en el asunto Postabank consistía en una indemnización en concepto de reclamaciones desconocidas, concedida por el Estado húngaro en el marco de la reestructuración y privatización de Postabank a su adquirente, Erste Bank.

23 — Véase la sentencia Kremikovtzi (C-262/11, EU:C:2012:760), apartado 52. El subrayado es mío. Véase también, en este sentido, la sentencia Rousse Industry/Comisión (T-489/11, EU:T:2013:144), apartados 61 a 64, 66 y 67.

24 — Véanse las sentencias Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartados 71 y 76 a 83; Comisión/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), apartado 104; Cityflyer Express/Comisión (T-16/96, EU:T:1998:78), apartado 76, Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión (T-228/99 y T-233/99, EU:T:2003:57), apartado 246, y Países Bajos/Comisión (T-29/10 y T-33/10, EU:T:2012:98), apartado 78.

25 — Lo cual resulta un tanto paradójico, cuando se lee la tesis de la Comisión en el presente asunto (véase mi análisis de la tercera parte del tercer motivo de casación en los puntos 125 a 127 de las presentes conclusiones).

26 — Decisión de 18 de julio de 2007, relativa a la ayuda estatal C 27/2004 que la República Checa ha ejecutado a favor de GE Capital Bank a.s. y GE Capital International Holdings Corporation, EE.UU. (DO L 67, p. 3); véanse también las Decisiones de la Comisión 2009/174/CE, de 21 de octubre de 2008, relativa a la medida C 35/04 ejecutada por Hungría en beneficio de Postabank és Takarékpénztár Rt./Erste Bank Hungary Nyrt. (DO L 62, p. 14), y 2010/690/UE, de 4 de agosto de 2010, relativa a la ayuda estatal C 40/08 (ex N 163/08) concedida por Polonia a PZL Hydral S.A. (DO L 298, p. 51).

27 — Decisión 2008/214/CE, apartado 58.

92. Como estimó la Comisión en el considerando 47 de su Decisión, se trataba de una medida aún vigente después de la adhesión que debía considerarse, como en el presente supuesto, una nueva ayuda, en el sentido de la misma Acta de adhesión.

93. Lo mismo ocurre con la Decisión 2010/690 en el asunto PZL Hydral que se refería, en el marco de un plan de salvamento de esta sociedad, entre otras medidas de ayudas, a la no ejecución, durante el período 1998-2007, de las obligaciones contraídas con los acreedores públicos de PZL Hydral.

94. Pese al hecho de que los créditos no ejecutados habían vencido antes de la adhesión de la República de Polonia a la Unión, y seguían siendo exigibles después de la misma, esta medida formaba parte de un plan de salvamento instaurado en 2007, a saber, tres años después de la adhesión. De ello resulta que la fecha de referencia en ese asunto era también la de la adhesión de la República de Polonia a la Unión, y no la de la concesión de la ayuda en cuestión.

95. Procede señalar que, en todas estas decisiones, la Comisión tuvo en cuenta elementos anteriores a la adhesión, y que lo que Dunamenti Erőmű le reprocha es no haberlo hecho en su caso. No obstante, ello afecta a la cuestión de si, en casos como el presente, la Comisión debe, con arreglo al criterio del inversor privado, tener en cuenta hechos anteriores a la adhesión, como la privatización y sus objetivos, así como el vínculo intrínseco entre ésta y el CCE. Esta cuestión (a la que volveré en el marco del tercer motivo de casación) es diferente a la de la determinación de la fecha que sirva de referencia para calificar una medida estatal de ayuda de Estado.

96. Por estos motivos, procede desestimar el segundo motivo de casación.

F. *Sobre el tercer motivo de casación, según el cual el Tribunal General incurrió en errores de Derecho al considerar que el CCE en cuestión concedía una ventaja a Dunamenti Erőmű, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1*

97. En su tercer motivo de casación, Dunamenti Erőmű reprocha al Tribunal General haber cometido un error de Derecho en los apartados 67 a 70 de la sentencia recurrida, al haber excluido, al valorar la existencia de una ayuda, la privatización de Dunamenti Erőmű, como consecuencia de haber elegido el 1 de mayo de 2004 como fecha de referencia. Según Dunamenti Erőmű, el análisis que permite determinar si el CCE en cuestión constituía una ayuda de Estado no podía realizarse legalmente sin tener en cuenta la privatización y su contexto, dado que el CCE era una medida previa a la privatización, que, por ese motivo, formaba parte del conjunto de medidas de la privatización.

98. Luego, en los apartados 49 a 66 del recurso de casación, Dunamenti Erőmű expone tres argumentos para demostrar que, aunque las circunstancias de la privatización sí fueron tenidas en cuenta por el Tribunal General, éste consideró que el CCE no constituía una ventaja o que, en todo caso, Dunamenti Erőmű no había conservado dicha ventaja.

99. En primer lugar, MVM actuó como un inversor privado, que persigue maximizar el beneficio generado por la venta de Dunamenti Erőmű (apartados 49 a 54 del recurso de casación).

100. En segundo lugar, aunque el CCE supusiera una ventaja, la adquisición de Dunamenti Erőmű por Electrabel, al término del procedimiento de licitación, compensó la ventaja que se alega (apartados 55 a 62 del recurso de casación).

101. En tercer lugar, la adhesión de Hungría no ha modificado los vínculos entre el CCE y la privatización de Dunamenti Erőmű, ni ha tenido incidencia alguna en el hecho de que el CCE no confería ventaja alguna a Dunamenti Erőmű (apartados 63 a 67 del recurso de casación en relación con los apartados 41 a 62 de este).

1. Sobre la admisibilidad

102. Según la Comisión, el tercer motivo de casación se refiere a una cuestión de hecho, por lo que es inadmisible. Estima que, al considerar correctamente que la fecha de adhesión de Hungría a la Unión es la fecha de referencia para determinar la existencia de una ayuda, el Tribunal General no se equivocó, en los apartados 68 a 70 de la sentencia recurrida, al entender que la determinación de la existencia de una ventaja conferida por el CCE a Dunamenti Erőmű sólo debía atenerse a dicha fecha y a la evolución de la situación previsible en esa misma fecha.

103. No comparto esta posición de la Comisión, que, en mi opinión, se basa en una errónea lectura del recurso de casación. En efecto, este motivo de casación no se refiere a la cuestión de cuáles son los elementos que pueden atribuirse al período iniciado el 1 de mayo de 2004, sino a la cuestión de si, siendo el 1 de mayo de 2004 la fecha de referencia, era lícito que el Tribunal General pudiera excluir determinados elementos de su apreciación y, en particular, la vinculación intrínseca entre la privatización y el CCE en causa, por el mero hecho de ser anteriores a dicha fecha.

2. Sobre el fondo

a) Sobre la tercera parte del tercer motivo de casación, relativa a la negativa del Tribunal General a tener en cuenta, al efectuar su control de la Decisión impugnada en relación con la existencia de una ayuda, las circunstancias de la privatización de Dunamenti Erőmű por ser anteriores a la fecha de adhesión

104. En su tercer motivo de casación, Dunamenti Erőmű alega que el Tribunal General se equivocó, en los apartados 68 a 70 de la sentencia recurrida, al considerar que «al basarse» los argumentos que había enunciado en el apartado 67 de la misma sentencia «fundamentalmente en las circunstancias de la privatización, realizada a mediados de los años 90, debían desestimarse con respecto al período pertinente para la valoración de los CCE, que se inicia a partir del 1 de mayo de 2004». [28]

105. De entrada, ha de señalarse que ni la Comisión ni el Tribunal General han puesto en duda la relación intrínseca entre la concesión del CCE a Dunamenti Erőmű y su privatización. En efecto, la Comisión ha reconocido, en el considerando 174 de la Decisión impugnada, que «la mayoría de los productores de electricidad reconocieron [...] que no podrían haber invertido en esas instalaciones sin las garantías ofrecidas por los CCE», llegando uno de dichos productores a sostener que «[...] los CCE [eran] un elemento importante para que los bancos acepten financiar la inversión y prefinanciar los costes de funcionamiento de forma continua [...]».

106. En el considerando 186 de la Decisión impugnada, la Comisión indica que, «en las circunstancias de mercado de mediados de los años noventa en Hungría, el principio que rige los CCE, es decir, la garantía de rendimiento de las inversiones, era la condición esencial para la realización de las inversiones necesarias».

107. Como he explicado en los puntos 5 a 11 de las presentes conclusiones, está claro que la concesión del CCE a las centrales eléctricas y la privatización formaban parte de una misma operación, sin que sea posible examinar una sin tener en cuenta la otra.

28 — Apartado 68.

108. Por lo tanto, lo que Dunamenti Erőmű reprocha al Tribunal General es haber dado por bueno el enfoque de la Comisión que consiste, por una parte, en reconocer que, en el contexto de la privatización, el CCE era una «condición fundamental» de una venta rentable o «en condiciones de mercado» de Dunamenti Erőmű y, por otra parte, en ignorar totalmente tal «condición fundamental» durante la propia evaluación del CCE en relación con las normas de las ayudas estatales, y, de este modo, haber aplicado incorrectamente el criterio del inversor privado.

109. Según la Comisión, esta argumentación habría de rechazarse si el Tribunal General tuvo razón al señalar que la fecha de referencia pertinente era la adhesión de Hungría a la Unión, en cuyo caso no sería pertinente tener en cuenta operaciones casi diez años anteriores a dicha fecha.

110. Según les observaciones de la Comisión durante la vista, «puede parecer brutal, pero lo que ocurre en el Estado miembro antes de su adhesión a la Unión es una cuestión indiferente desde el punto de vista de las ayudas de Estado, salvo si tiene consecuencias en el mercado interior después de la adhesión». [29] Según la Comisión, la exclusión de cualquier hecho anterior a la fecha de la adhesión, sobre todo, si se refiere a los objetivos perseguidos por MVM en la privatización de 1995, es una elección que viene dictada por el Acta de adhesión y por la voluntad de sus redactores, que ha de respetarse.

111. No comparto esta posición de la Comisión.

112. En mi opinión, la utilidad de tomar la fecha de adhesión como fecha de referencia consiste, en primer lugar, en identificar el momento en el que ha de comprobarse si la medida susceptible de ser una ayuda de Estado es todavía aplicable o no lo es. Si no sigue siéndolo, ya no puede ser objeto de un análisis por parte de la Comisión basado en normas sobre las ayudas de Estado. [30]

113. En el caso de que, como aquí ocurre, la medida en cuestión siga siendo aplicable en el momento de la adhesión, la fecha de referencia también sirve para identificar el momento en el que ha de apreciarse si constituye una ayuda de Estado, sabiendo que una medida que no constituya una ayuda de Estado en el momento de su concesión, puede constituir tal ayuda más adelante, con ocasión de un cambio en la estructura del mercado de que se trate. [31]

114. En cambio, tomar la fecha de la adhesión como fecha de referencia no excluye en sí mismo y automáticamente, como considera el Tribunal General en los apartados 68 a 70 de la sentencia recurrida, tener en cuenta elementos anteriores a dicha fecha que resulten pertinentes a efectos de aplicar correctamente el criterio del inversor privado.

115. Precisamente, el Tribunal de Justicia ha subrayado, ciertamente, fuera del marco específico de una adhesión, la importancia de apreciar globalmente todos los hechos pertinentes al aplicar el criterio del inversor privado. De esta manera, en el apartado 86 de su sentencia Comisión/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), el Tribunal de Justicia consideró que «corresponderá a [la Comisión] 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* [...] 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». [32]

29 — La traducción es mía («It is a matter of indifference, to be quite brutal, as to what happens in the acceding Member State in the period prior to accession from the point of view of the State aid discipline, unless it spills over into the internal market after the accession has taken place»).

30 — Véanse, a *sensu contrario*, las Decisiones 2008/214, 2009/174/CE y 2010/690/UE.

31 — Véanse los puntos 79 a 82 de las presentes conclusiones.

32 — El subrayado es mío. Véase igualmente, en este sentido, la sentencia Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión (C-328/99 y C-399/00, EU:C:2003:252), apartado 41.

116. Seguidamente, el Tribunal de Justicia añadió, en los apartados 104 y 105 de dicha sentencia, que «[la Comisión] no [podía] rehusar examinarlas, excepto si los medios de prueba presentados se constituyeron *después de* adoptar la decisión de realizar la inversión de que se trata» y que sólo eran «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 [*incluso si], como ocurre en el presente asunto, [...] 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*».[33]

117. En el apartado 41 de la sentencia Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión (C-328/99 y C-399/00, EU:C:2003:252), al apreciar el criterio del inversor privado en relación con una operación de recapitalización llevada a cabo en 1994, el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta el resultado neto del ejercicio de 1993 y el hecho de que «se inscribía en un contexto de recesión económica que había provocado una desaceleración del crecimiento, una mayor competencia y una caída considerable de los precios en el sector europeo de la electrónica de consumo, cuyo declive había comenzado en 1992» para concluir que un inversor privado no hubiera realizado las aportaciones de capital en cuestión.

118. También, en un contexto ajeno a una adhesión, el Tribunal de Justicia anuló una decisión de la Comisión, concretamente, porque «la Comisión [había aplicado] erróneamente el criterio del inversor privado en una economía de mercado, dado que no [había analizado] los préstamos y garantías concedidos a Stardust en el contexto de la época en que fueron concedidos».[34]

119. Estas consideraciones también son aplicables a un supuesto, como el presente, en el que la medida en cuestión se concedió antes de la adhesión del Estado miembro afectado a la Unión. En efecto, la aplicación del criterio del inversor privado por parte de la Comisión, aprobada por el Tribunal General y el análisis de la existencia de una ayuda de Estado que de la misma se deriva pueden resultar artificiales si se excluyen elementos pertinentes, como afirmó el Tribunal General en los apartados 68 a 70 de la sentencia recurrida, sólo por el hecho de que corresponden al período anterior a la adhesión.

120. Este carácter artificial consistiría en plantear, a la hora de aplicar el criterio del inversor privado, la cuestión de «si, en las condiciones que prevalecían cuando Hungría entró a formar parte de la Unión Europea, un operador de mercado habría concedido a los productores una garantía similar a la de los CCE»[35] sin tener en cuenta un hipotético operador en el mercado que quería, al igual que el Estado húngaro en 1995, vender una central de electricidad cuyo estado material y situación financiera eran tales que ningún inversor podía tener suficientes garantías de poder continuar sus actividades ni de tener una visibilidad de sus inversiones a largo plazo, persiguiendo, al mismo tiempo, los objetivos de privatización expuestos en el punto 5 de las presentes conclusiones.

121. Pues bien, aunque, a la hora de aplicar el criterio del inversor privado, sea preciso plantear la cuestión de si, en el momento de la adhesión, un hipotético operador de mercado habría actuado como lo hizo el Estado, no es posible excluir circunstancias fácticas pertinentes que hayan motivado la concesión de la medida de ayuda de que se trate, por el único motivo de que sean anteriores a la fecha de la adhesión, pues de hacerse así, el Estado y el hipotético operador de mercado quedarían situados en posiciones no comparables, lo cual podría necesariamente conducir a cada uno de ellos a tomar decisiones diferentes.

33 — El subrayado es mío.

34 — Sentencia Francia/Comisión (C-482/99, EU:C:2002:294), apartado 81.

35 — Considerando 177 de la Decisión impugnada.

122. Esto implica que una correcta aplicación del criterio del inversor privado consistiría en preguntarse qué habría hecho el 1 de mayo de 2004 un hipotético operador de mercado, frente a las circunstancias económicas de 1995, en un mercado que iba a liberalizarse,[36] para vender Dunamenti Erőmű al mejor precio, persiguiendo, al mismo tiempo, los mismos objetivos de carácter económico y comercial que el Estado húngaro en 1995, a saber, la garantía de la seguridad del suministro al menor coste posible, la modernización de la infraestructura, con especial atención a las normas vigentes de protección del medio ambiente, y la necesaria reestructuración del sector de la distribución de energía eléctrica.

123. Contrariamente a lo que alegó la Comisión durante la vista, no considero que esta aplicación del criterio del inversor privado sea contraria al Acta de adhesión o a la voluntad de sus redactores. En efecto, aunque el CCE deba considerarse una nueva ayuda en el sentido de dicha Acta, a saber, una ayuda concedida por primera vez el 1 de mayo de 2004, nada hay en la misma que impida a la Comisión tener en cuenta, a la hora de aplicar dicho criterio, los objetivos de carácter económico y comercial perseguidos por MVM al conceder el CCE.

124. En consecuencia, considero pueden tenerse en cuenta elementos pertinentes anteriores a la adhesión al aplicar el criterio del inversor privado con referencia al momento de la adhesión.

125. Paradójicamente, como ya he señalado,[37] al igual que Dunamenti Erőmű, en el marco del segundo motivo de casación, esta tesis correspondería a la práctica seguida por la Comisión, en especial, en sus Decisiones GE Capital Bank, Postabank y PZL Hydral, en que la Comisión tuvo en cuenta de forma sistemática, para apreciar si existía una ayuda, circunstancias fácticas anteriores a la fecha de referencia,[38] a saber, la fecha de adhesión de los Estados miembros de que se trataba.

126. Deseo referirme, más especialmente, a la Decisión 2009/174 en el asunto Postabank, que también se trataba de una medida de ayuda establecida por Hungría antes de su adhesión. En los apartados 55 y 56 de dicha Decisión, la Comisión estimó —en mi opinión, correctamente— que, «al evaluar la acción de las autoridades húngaras a la luz del principio del inversor en una economía de mercado en 2003, hay que tener en cuenta que la Comisión no cuestiona cómo se privatizó Postabank y reconoce que se vendió al mejor postor mediante una licitación competitiva abierta» y que «este hecho no [era, sin embargo,] una condición suficiente para excluir la existencia de una ventaja».[39]

127. En mi opinión, este pasaje representa la posición correcta, es decir, aquélla según la cual, en un supuesto como el presente, las circunstancias pertinentes que sean anteriores a la adhesión deben tenerse en cuenta al aplicar el criterio del inversor privado sin que ello baste, en sí mismo, para excluir que exista una ventaja.

128. De lo anterior se desprende que, al desestimar las alegaciones de Dunamenti Erőmű basadas en que la Comisión no había tenido en cuenta el vínculo intrínseco entre el CCE y la privatización cuando realizó el control de la aplicación del criterio del inversor privado, por el único motivo de que este elemento era anterior a la fecha de adhesión de Hungría, el Tribunal General cometió un error de Derecho y su sentencia debe anularse en este aspecto.

36 — El proceso hacia la liberalización del mercado europeo de la electricidad comenzó con la Directiva 96/92 que pretendía abrir el mercado de la electricidad a la competencia. Los plazos de liberalización del mercado de la electricidad estaban fijados por la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE (DO L 176, p. 137), que debía transponerse el 1 de julio de 2004, a más tardar, con respecto a los clientes no domésticos y el 1 de julio de 2007, para los clientes domésticos. Por lo tanto, en la fecha de referencia el mercado húngaro de la electricidad iba a liberalizarse.

37 — Véanse los puntos 89 a 94 de las presentes conclusiones.

38 — Véanse los considerandos 81 y 82 de la Decisión 2008/214, el considerando 57 de la Decisión 2009/174 y los considerandos 169 y siguientes de la Decisión 2010/690.

39 — Al igual que el Tribunal General, no veo por qué la Decisión de la Comisión en el asunto Postabank sería inútil en este contexto, por el único motivo de referirse a un caso específico que no tendría ninguna relación con la Decisión impugnada, sentencia Tisza Erőmű/Comisión (T-468/08, EU:T:2014:235), apartado 89.

b) Sobre la primera parte del tercer motivo de casación , relativa a la propia existencia de una ventaja para Dunamenti Erőmű motivada por la concesión de CCE por parte de MVM, quien, con dicha concesión actuó como un inversor privado que busca maximizar el beneficio generado con la venta de Dunamenti Erőmű

129. Según Dunamenti Erőmű, ni ella misma, ni Electrabel sacaron ventaja alguna del CCE pues, al celebrar el CCE con Dunamenti Erőmű el 10 de octubre de 1995, lo que MVM intentó fue simplemente maximizar los ingresos de la venta de Dunamenti Erőmű, como lo haría un operador privado.

130. Este argumento no puede prosperar dado que sólo sería pertinente considerar el hecho de que Dunamenti Erőmű fue privatizada mediante una licitación abierta a la competencia y de que se seleccionara la oferta más elevada (la de Electrabel) en la hipótesis en que la medida considerada susceptible de constituir una ayuda estatal fuera la propia venta de Dunamenti Erőmű. Sin embargo, éste no es el caso, dado que la medida en cuestión era el CCE concedido por MVM a Dunamenti Erőmű.

131. Además, como afirma la Comisión, Dunamenti Erőmű confunde la existencia de una ventaja para Electrabel como adquirente de Dunamenti Erőmű con una ventaja para sí misma. En efecto, el hecho de que no exista ventaja para Electrabel no excluye que exista una para Dunamenti Erőmű.

132. De esta manera, considero que los argumentos que Dunamenti Erőmű extrae de la sentencia AceaElectrabel/Comisión (T-303/05, EU:T:2009:312) dirigidos a demostrar que Electrabel y Dunamenti Erőmű formaban una única entidad económica no modifican en absoluto el análisis anterior. En efecto, aun cuando se considerara que Electrabel y Dunamenti Erőmű fueran una única entidad económica, ello no excluiría la existencia de una ventaja para dicha entidad al haberse beneficiado del CCE.

133. En consecuencia, al rechazar el argumento de Dunamenti Erőmű basado en que, al otorgar el CCE en cuestión a Dunamenti Erőmű, MVM actuó como un inversor privado que buscaba maximizar el beneficio generado por la venta de ésta, el Tribunal General no ha incurrido en un error de Derecho.

c) Sobre la segunda parte del tercer motivo de casación, relativa a la cuestión de si debe devolver la ayuda la empresa vendida o si debe hacerlo el vendedor cuando el precio de privatización incluye el valor de la ayuda

i) Alegaciones de las partes

134. Según Dunamenti Erőmű, aunque se le hubiera concedido una ventaja antes de su privatización, su adquirente devolvió dicha ventaja al Estado húngaro dado que el CCE estaba incluido en el precio pagado al Estado por el adquirente con ocasión de la privatización de Dunamenti Erőmű a través de una licitación.

135. Dunamenti Erőmű se basa en el apartado 78 de la sentencia Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), en el que el Tribunal de Justicia declaró que, «cuando una sociedad beneficiaria de una ayuda ha sido vendida a precio de mercado, el precio de venta refleja, en principio, las consecuencias de la ayuda anterior, y el vendedor de dicha sociedad conserva el beneficio de la ayuda. En tal caso, el restablecimiento de la situación anterior debe efectuarse, en primer lugar, mediante el reembolso de la ayuda por parte del vendedor».

136. Sobre esta base, Dunamenti Erőmű concluye que, dado que el CCE fue valorado dentro del precio de la privatización abonado al Estado húngaro, este último es el que ha conservado la ventaja, y que no puede considerarse que ella sea beneficiaria de una ventaja procedente de recursos del Estado, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1.

137. En cambio, la Comisión estima que Dunamenti Erőmű confunde de nuevo la ayuda concedida a una entidad adquirida (beneficiaria de una ayuda) con la ayuda concedida al adquirente de dicha entidad.

138. Al calificar el apartado 78 de la sentencia Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) de *obiter dicta*, la Comisión se basa, al contrario, en el apartado 81 de la sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238) en el que Tribunal de Justicia, señalando que «en lo relativo al presente caso, la empresa a la que se concedieron las ayudas de Estado ilegales conserva su personalidad jurídica y continúa realizando, por sí misma, las actividades subvencionadas por las ayudas de Estado», consideró que, «por tanto, normalmente esta empresa conserva la ventaja competitiva ligada a las citadas ayudas y, por consiguiente, es a ella a quien hay que obligar a reembolsar su importe. Por ello, no se puede exigir al comprador que reembolse tales ayudas».

139. Según la Comisión, en su sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238), el Tribunal de Justicia realizó claramente una diferenciación en relación con la sentencia Banks (C-390/98, EU:C:2001:456).

ii) Apreciación

– Observaciones preliminares

140. Con carácter preliminar, debo señalar que tanto la sentencia Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) como la sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238) se refieren a la identificación de la persona de la que debe obtenerse la recuperación y no la identificación de la existencia de una ayuda.

141. En consecuencia, aunque Dunamenti Erőmű presenta sus alegaciones en el marco del tercer motivo de casación, relativo a la existencia de una ayuda, dichas alegaciones constituyen, en realidad, un motivo de casación independiente, que debe ser abordado por el Tribunal de Justicia, incluso si, en contra de lo que propongo en el punto 128 de las presentes conclusiones, considera que el Tribunal General tuvo razón el desestimar las alegaciones basadas en que no se ha tenido en cuenta el vínculo intrínseco entre el CCE y la privatización de Dunamenti Erőmű al aplicar el criterio del inversor privado.

142. En efecto, si el Tribunal de Justicia no sigue mi propuesta, hay una ayuda que Hungría debe necesariamente suprimir y recuperar. Si, al contrario, el Tribunal de Justicia sigue mi propuesta, no se excluye, en absoluto, que una correcta aplicación del criterio del inversor privado pueda llevar a declarar la existencia de una ayuda, bien del mismo importe, bien de un importe diferente.

143. En ambos casos, ha de determinarse si debe reembolsar la ayuda la empresa vendida, como sostiene la Comisión, o el vendedor, como sostiene Dunamenti Erőmű, teniendo presente que «no se puede exigir al comprador que reembolse tales ayudas» [40] en el supuesto de que la empresa beneficiaria de la ayuda haya sido vendida con arreglo a las condiciones de mercado.

40 — Sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238), apartado 81. Véase también, sentencia Comisión/Francia (C-214/07, EU:C:2008:619), apartado 16.

– La obligación de devolver la ayuda debe recaer en aquél que conserve la ventaja competitiva reportada por aquélla

144. Es evidente que las sentencias Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) y Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238) sostienen posiciones aparentemente contradictorias. En lo único que coinciden es en que el comprador no puede ser el obligado a devolver la ayuda. [41]

145. Si bien es cierto que la sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238) es posterior a la sentencia Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), fue pronunciada en una sala integrada por cinco jueces, la Sala Sexta, mientras que la sentencia Banks fue pronunciada por una formación de once jueces (la «Gran Sala» de aquella época), siendo posteriormente citada en varias ocasiones. [42]

146. Como dijo el Abogado General Tizzano en el punto 82 de las conclusiones que presentó en el asunto Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2003:354), «el Tribunal de Justicia oscila entre dos posturas: la postura según la cual las ayudas deben ser reembolsadas en todo caso por la sociedad beneficiaria, y la postura según la cual si las participaciones se venden a un precio que refleja el valor de mercado de dicha sociedad tras la concesión de las ayudas, éstas deben ser reembolsadas por el vendedor».

147. Por otra parte, tras su sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238), el Tribunal de Justicia siguió oscilando entre esas dos mismas posturas. Después de decir, en el apartado 58 de su sentencia Comisión/Francia (C-214/07, EU:C:2008:619), que, «[en el caso de que el beneficiario haya cesado su actividad y cedido sus activos, [y de que] el elemento de ayuda [haya sido] evaluado al precio de mercado e incluido en el precio de compra, [...] no se puede considerar que el comprador haya disfrutado de una ventaja en relación con los demás operadores en el mercado (sentencia Alemania/Comisión [...], apartado 80)», consideró, en el apartado 83 de la sentencia Comisión/Francia (C-37/14, EU:C:2015:90), que la venta del beneficiario de la ayuda en condiciones de mercado, «suponiendo que esté acreditada, no afecta en cuanto tal a la obligación de recuperación, dado que el Estado miembro afectado sigue estando obligado a proceder a dicha recuperación, *según el caso*, de la empresa vendida (sentencia Alemania/Comisión, C-277/00, EU:C:2004:238, apartado 81) o del vendedor (sentencias Banks, C-390/98, EU:C:2001:456, apartado 78, así como Falck y Acciaierie di Bolzano/Comisión, C-74/00 P y C-75/00 P, EU:C:2002:524, apartado 180)», [43] dejando nuevamente abierta la posibilidad de recuperar la ayuda bien del vendedor, bien de la empresa vendida, sin dar un criterio diferenciador para aplicar su expresión «según el caso».

148. Para complicar aún más las cosas, el hecho de que la sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238) se refiriera a dos ayudas concedidas, una de ellas a una sociedad cuyas acciones habían sido objeto de una venta («share deal»), y, la otra, a una sociedad cuyos activos habían sido vendidos («asset deal»), [44] creó la impresión de que procedía diferenciar los dos tipos de ventas.

149. De esta forma, en el punto 57 de las conclusiones que presentó en el asunto Comisión/Francia (C-214/07, EU:C:2008:343), el Abogado General Sharpston trató de explicar la divergencia entre las sentencias Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) y Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238) por la circunstancia de que «[el asunto Banks] se refería a la venta de acciones. El presente asunto versa sobre activos y el criterio adecuado es el establecido en la sentencia Alemania/Comisión. En su

41 — Véanse las sentencias Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), apartado 77, y Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238), apartado 80.

42 — Véanse las sentencias Falck y Acciaierie di Bolzano/Comisión (C-74/00 P y C-75/00 P, EU:C:2002:524), apartado 180; Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión (C-328/99 y C-399/00, EU:C:2003:252), apartado 83, y Comisión/Francia (C-37/14, EU:C:2015:90), apartado 83.

43 — El subrayado es mío.

44 — Véanse los apartados 78 y 84 de la sentencia.

sentencia, el Tribunal de Justicia adoptó el planteamiento establecido en la sentencia Banks, adaptó dicho planteamiento a las peculiaridades de una compra de activos en lugar de acciones y aplicó el planteamiento adaptado a la venta de activos. No veo ningún motivo para apartarme del enfoque adoptado en la sentencia Alemania/Comisión».

150. La incertidumbre crece más aún al analizar las posturas diferentes, e incluso contradictorias, adoptadas por la Comisión en estos diferentes asuntos.

151. Así, en el apartado 38 de su escrito de réplica en el asunto que dio lugar a la sentencia Comisión/Francia (C-214/07, EU:C:2008:619), la Comisión «[creía] útil recordar que, ante una transmisión de activos (Asset deal), frente a una transmisión de acciones (Share deal), [era] importante examinar las condiciones financieras de dichas transacciones Cuando hay venta de activos en condiciones normales de mercado, el Tribunal de Justicia considera que el elemento de ayuda ha sido valorado a precio de mercado e incluido en el precio de compra, de manera que el comprador de los activos no puede considerarse que, en principio, se haya beneficiado de una ventaja, por lo que el beneficio de la ayuda sigue entonces en manos del cedente».

152. En los apartados 87 a 89 de su demanda en el asunto Comisión/Francia (C-37/14, EU:C:2015:90), la Comisión sostenía, a propósito de una venta «de todas o una parte de las acciones de una sociedad beneficiaria», [45] que, «[a raíz] de la venta de una empresa beneficiaria de una ayuda a precio de mercado, procede determinar quién es el beneficiario real de la ayuda antes de devolverla. Según las circunstancias de cada caso, puede tratarse, bien del vendedor, bien de la empresa vendida. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la ayuda debe, en principio, recuperarse frente a la empresa vendida [...]. No obstante, *el Tribunal de Justicia ha considerado que el importe de la ayuda debiera ser devuelto por el vendedor* cuando haya conservado la ventaja del beneficio de la ayuda, incluida en el precio de venta. *Éste es especialmente el caso cuando se demuestra con certeza que el precio de venta tiene en cuenta la ayuda ilegal que está potencialmente sujeta a la obligación de recuperación*, o cuando el contrato de venta de la sociedad beneficiaria de la ayuda prevé expresamente que el vendedor tendrá de reembolsar las ayudas percibidas por la entidad vendida si éstas son declaradas ilegales e incompatibles». [46]

153. La Comisión añadía que, «[de no contemplar] este tipo de cláusulas, la mayoría de los contratos de venta prevén que el vendedor garantice el pasivo de la empresa vendida. En tal caso, la empresa vendida deberá devolver la ayuda ilegal y la cláusula de garantía del pasivo permitirá al comprador reclamar frente al vendedor. Esta cuestión depende por lo tanto de las normas contractuales aplicables y no [...] del procedimiento de devolución propiamente dicho».

154. En el presente asunto, la Comisión alega [47] que la sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238) modificó el principio enunciado en el apartado 78 de la sentencia Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), al tener que recuperarse la ayuda con cargo al beneficiario, aun cuando este último fuera vendido en condiciones de mercado y el importe de la ayuda estuviera incluido en el precio de venta.

155. Procede, en mi opinión, aprovechar el presente asunto para fijar de manera clara los principios aplicables al recobro de una ayuda en el supuesto de que, como ocurre en el presente asunto, así como en los asuntos que dieron lugar a las sentencias Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión (C-328/99 y C-399/00, EU:C:2003:252), Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238) y Comisión/Francia (C-37/14, EU:C:2015:90), el beneficiario haya sido objeto de una venta en condiciones de mercado y el precio de venta incluyera el valor de la ayuda.

45 — Véase el apartado 85.

46 — El subrayado es mío.

47 — Véanse los puntos 137 a 139 de las presentes conclusiones.

156. Como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 81 de la sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238), mi opinión es que, «[es a] la empresa [que] conserva la ventaja competitiva ligada a [la ayuda] [...] a quien hay que obligar a reembolsar su importe». La recuperación de la ayuda debe seguir a la ventaja, en el sentido de que la entidad que se ha beneficiado o sigue beneficiándose de la ventaja ha de devolverla, tanto si ha habido venta de activos como venta de acciones, y ello por los tres motivos siguientes.

157. En primer lugar, los hechos de este asunto, es decir, la concesión de una ayuda a una sociedad seguida de su inmediata privatización, demuestran que el principio enunciado en el apartado 78 de la sentencia Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), según el cual la ayuda debe recobrarse frente al vendedor abre la puerta a la impunidad de un abuso en Derecho de ayudas de Estado, pues permite a los Estados miembros conceder ayudas a empresas estatales sabiendo que, aun cuando la ayuda deba suprimirse, en su caso, en el futuro, la privatización permitirá a dichas empresas preservar la ventaja histórica acumulada hasta el momento de su supresión.

158. En segundo lugar, «si la sociedad que ha recibido una ayuda no es disuelta y sigue operando en el mercado, la distorsión de la competencia provocada por la ayuda únicamente puede eliminarse (o al menos atenuarse) haciendo recaer la obligación de reembolso sobre dicha sociedad: sólo así ésta "pierde, en efecto, la ventaja de que había disfrutado en el mercado respecto a sus competidores y queda restablecida la situación anterior a la concesión de la ayuda" [sentencia Comisión/Italia (C-348/93, EU:C:1995:95), apartado 27). En el mismo sentido, véase también la sentencia España/Comisión (C-480/98, EU:C:2000:559), apartado 35]». [48]

159. En tercer lugar, «si bien es cierto [el vendedor de las] participaciones de la sociedad beneficiaria a un precio que refleja su valor de mercado tras la concesión de las ayudas se beneficia del incremento de valor de la sociedad, no lo es menos que esa eventual ventaja no hace desaparecer la obtenida por la sociedad beneficiara frente a sus competidores. Y es precisamente esta última la ventaja que da lugar a la distorsión de la competencia y que se pretende eliminar, por tanto, mediante la recuperación de las ayudas, mientras que la ventaja financiera derivada de la venta de las participaciones es posible incluso que no influya en el funcionamiento competitivo de los mercados, en la medida en que el vendedor de las participaciones no tiene por qué ser un operador económico». [49]

160. Por último, «la tesis opuesta, según la cual en determinadas circunstancias las ayudas deben ser recuperadas del vendedor, crea considerables incertidumbres, ya que a menudo resulta difícil determinar si el precio de venta refleja plenamente el valor de mercado de la sociedad beneficiaria tras la concesión de las ayudas o no descuenta en absoluto el riesgo de que dicha sociedad se vea obligada a reembolsar al menos una parte de las ayudas». [50]

161. Por estas razones, cuando «la empresa a la que se concedieron las ayudas de Estado ilegales conserva su personalidad jurídica y continúa realizando, por sí misma, las actividades subvencionadas por las ayudas de Estado [...], normalmente esta empresa conserva la ventaja competitiva ligada a las citadas ayudas y, por consiguiente, es a ella a quien hay que obligar a reembolsar su importe». [51]

162. Por lo tanto, el principio consiste en que la ayuda debe recuperarse de la empresa vendida, en el presente asunto, Dunamenti Erőmű, y no del vendedor, en este caso, MVM o el Estado húngaro.

48 — Véase el punto 83 de las conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2003:354).

49 — Ibídem (punto 84).

50 — Ibídem (punto 85).

51 — Sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238), apartado 81.

163. Ha de añadirse que, como señaló el Tribunal de Justicia en los apartados 84 a 97 de la sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238), la norma según la cual el que ha conservado la ventaja competitiva vinculada a la ayuda debe reembolsarla se aplica también en el caso de que, debido a una venta de activos u otra transacción, el beneficiario haya sido vaciado de todos sus activos con el fin, o con el resultado, de hacer imposible la recuperación de la ayuda (lo cual no ocurre en el presente asunto), pero las actividades de dicho beneficiario hayan sido retomadas por otra empresa que, por lo tanto, al haber conservado la ventaja competitiva, deberá devolver la ayuda. [52] En el caso contrario, cuando el beneficiario haya cesado sus actividades sin que las haya retomado otra empresa, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia considera que existe una absoluta imposibilidad de recuperación. [53]

164. Sobre este extremo, procede recordar que, pese al hecho de que, en el apartado 81 de la sentencia Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238), el Tribunal de Justicia parece distinguir los beneficiarios en función de si conservan o no su personalidad jurídica, [54] el artículo 107 TFUE, al igual que las disposiciones del Tratado en materia de competencia, habla de empresas («undertakings») y no de sociedades con personalidad jurídica.

165. En este sentido, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 43 de la sentencia ETI y otros (C-280/06, EU:C:2007:775) en relación con las infracciones al Derecho de la competencia, «las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de pertinencia. La imposición de la sanción por la infracción a esta sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que, como ocurre en los procedimientos principales, ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a la que ha sucedido».

166. En consecuencia, el principio según el cual la obligación de devolver la ayuda recae sobre *la empresa* que conserva la ventaja competitiva relacionada con la misma permite recuperar la ayuda de la empresa que haya retomado las actividades subvencionadas por el Estado.

– Aplicación al presente asunto

167. En el presente asunto, siendo la ventaja en cuestión el CCE, Dunamenti Erőmű es quien se ha beneficiado del mismo y ha conservado la ventaja competitiva generada por dicho CCE, es decir, precios de venta de electricidad garantizados a largo plazo. Por lo tanto, le corresponde a Dunamenti Erőmű devolver la ayuda al Estado.

168. Sería absurdo suponer que, por una parte, la ventaja está en manos de Dunamenti Erőmű, al formar parte el CCE de sus activos, pero, por otra parte, que el Estado vendedor se habría beneficiado de la ayuda. Es, evidentemente imposible suprimir una ventaja en manos de una empresa y creer que la ventaja competitiva se conserva en otro lugar, sobre todo, teniendo en cuenta que, en el presente caso, era el CCE lo que falseaba la competencia y hacía casi imposible la liberalización del mercado húngaro de la electricidad, al encarecer la entrada de nuevos participantes.

169. Ciertamente, esta conclusión puede llevar a que Hungría deba, como así lo ha hecho ya, suprimir el CCE quedándose con el precio abonado por el comprador que integra el valor de la ayuda, mientras que Dunamenti Erőmű debe devolver el valor de esta ayuda de Estado.

52 — Véanse, en este sentido, las sentencias Alemania/Comisión (C-277/00, EU:C:2004:238), apartados 86 a 97; Comisión/Francia (C-214/07, EU:C:2008:619), apartado 58, así como Comisión/España (C-610/10, EU:C:2012:781), apartado 104.

53 — Véanse las sentencias Comisión/Italia (C-454/09, EU:C:2011:650), apartado 36, y Comisión/España (C-610/10, EU:C:2012:781), apartado 104.

54 — La sentencia Comisión/Francia (C-214/07, EU:C:2008:619), apartados 48 y 55, también recoge esta distinción.

170. Sin embargo, como dijo la Comisión en su demanda en el asunto que dio lugar la sentencia Comisión/Francia (C-37/14, EU:C:2015:90), «esta cuestión depende [...] de las normas contractuales aplicables y no depende [...] del [...] procedimiento de recobro [de las ayudas]». En efecto, «la mayoría de los contratos de venta prevén que el vendedor garantice el pasivo de la empresa vendida. En tal caso, la empresa vendida deberá devolver la ayuda ilegal y la cláusula de garantía del pasivo permitirá al comprador reclamar frente al vendedor».

171. En el presente supuesto, además de los vínculos contractuales con el Estado húngaro, Electrabel también se beneficia de las garantías del Tratado sobre la Carta de la Energía, que le permite reclamar, como así lo ha hecho, la devolución *íntegra* de los costes de transición a la competencia ante un Tribunal arbitral CIADI. [55]

iii) Conclusión

172. Al negarse a analizar las alegaciones de Dunamenti Erőmű relacionadas con el recobro de la ayuda eventual, el Tribunal General ha cometido un error de Derecho.

173. Sin embargo, si el Tribunal de Justicia comparte, en cuanto al fondo, mi conclusión sobre la segunda parte del tercer motivo de casación, procederá declarar que la solución adoptada por el Tribunal General (y la Comisión) impone a Dunamenti Erőmű la obligación de devolver la ayuda y que, por lo tanto, la sentencia recurrida no debiera anularse en este aspecto.

VI. **Efectos de la anulación**

174. Dado que en el punto 128 de las presentes conclusiones, he concluido que el Tribunal General había cometido un error de Derecho y que procedía anular la sentencia recurrida, procede analizar los efectos de dicha anulación.

175. Con arreglo al artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, en el supuesto de que se anule la sentencia del Tribunal General «[el Tribunal de Justicia] puede [...] resolver él mismo definitivamente el litigio, siempre que su estado así lo permita, o devolver el asunto ante el Tribunal General para que este último lo resuelva». Procede determinar si el estado del litigio permite resolverlo.

176. El litigio está en un estado que permite resolverlo cuando el Tribunal de Justicia dispone de todos los elementos necesarios para ello. [56]

177. Como ya he explicado en el punto 122 de las presentes conclusiones, la correcta aplicación del criterio del inversor privado consistiría en preguntarse qué habría hecho el 1 de mayo de 2004 un hipotético operador de mercado, frente a las circunstancias económicas de 1995, en un mercado que iba a liberalizarse, para vender Dunamenti Erőmű al mejor precio, persiguiendo, al mismo tiempo, los mismos objetivos de carácter económico y comercial que el Estado húngaro en 1995, es decir, garantizar la seguridad del suministro al menor coste posible, la modernización de la infraestructura, con especial atención a las normas vigentes de protección del medio ambiente, y la necesaria reestructuración del sector de la distribución de la energía eléctrica.

55 — Véanse los puntos 23 a 25 de las presentes conclusiones.

56 — Véanse las sentencias Chronopost y La Poste/UFEX y otros (C-341/06 P y C-342/06 P, EU:C:2008:375), apartado 134, y España/Comisión (C-513/13 P, EU:C:2014:2412), apartado 42.

178. Una correcta aplicación del criterio del inversor privado requiere indudablemente una apreciación económica compleja. Pues bien, según una reiterada jurisprudencia, «el examen efectuado por la Comisión de la cuestión de si una medida concreta puede calificarse como una ayuda de Estado, debido a que el Estado no actuó como un operador económico ordinario, implica una apreciación económica compleja. Cuando la Comisión adopta un acto que implica apreciaciones de esta índole, goza de un amplio margen de apreciación y el control jurisdiccional de dicho acto 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 los hechos o la inexistencia de desviación de poder. En particular, no corresponde [a los órganos jurisdiccionales de la Unión] la apreciación económica de la Comisión por la suya propia». [57]

179. En la medida en que la correcta aplicación del criterio del inversor privado no correspondía al Tribunal General, la anulación de la sentencia recurrida supone la anulación de la Decisión de la Comisión en tanto en cuanto se refiere a Dunamenti Erőmű.

180. Ocurre ahora que el error de Derecho consiste en que la Comisión no tuvo en cuenta los elementos pertinentes para la aplicación del criterio del inversor privado, omisión que el Tribunal General no cuestionó.

181. Por lo tanto la tercera parte del tercer motivo de casación es fundada, lo que debe suponer la anulación de la Decisión impugnada en la medida en que se refiere a Dunamenti Erőmű.

VII. **Sobre las costas**

182. A tenor del artículo 184, apartado 2, de su Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea fundado y dicho Tribunal resuelva definitivamente el litigio.

183. Con arreglo al artículo 138, apartado 3, del mismo Reglamento, aplicable al procedimiento de casación en virtud de su artículo 184, apartado 1, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

184. Por haberse desestimado las pretensiones de la Comisión frente al recurso de casación y al haber solicitado la recurrente que sea condenada en costas, procede condenarla a soportar sus propias costas y, además, la totalidad de las costas en que haya incurrido la recurrente tanto en primera instancia como en casación.

VIII. **Conclusión**

185. En virtud de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva lo siguiente:

1) Anular la sentencia Dunamenti Erőmű/Comisión (T-179/09, EU:T:2014:236) en la medida en que, en ella, a la hora de realizar el control del inversor privado, el Tribunal General se negó a tener en cuenta el vínculo intrínseco entre los Contratos de Compra de Electricidad y la privatización, basándose únicamente en que dicho elemento es anterior a la fecha de adhesión de Hungría.

57 — Véase el auto DSG/Comisión (C-323/00 P, EU:C:2002:260), apartado 43. Véanse igualmente, en este sentido, las sentencias España/Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698), apartado 57; GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 163; Comisión/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480), apartados 64 a 66; Ryanair/Comisión (T-196/04, EU:T:2008:585), apartado 41, y Budapesti Erőmű/Comisión (T-80/06 y T-182/09, EU:T:2012:65), apartados 65 y 66.

2) Anular la Decisión 2009/609/CE de la Comisión, de 4 de junio de 2008, relativa a la ayuda estatal C 41/05 concedida por Hungría mediante los Contratos de Compra de Electricidad en lo que afecta a Dunamenti Erőmű.

3) Condenar a la Comisión Europea al pago de las costas generadas tanto en primera instancia como en casación.