DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 6 de noviembre de 2013

relativa a las medidas adoptadas por Alemania a favor de HoKaWe Eberswalde GmbH SA.34721 (2012/C) (ex 2012/NN)

[notificada con el número C(2013) 7058]

(El texto en lengua alemana es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

(2014/206/UE)

LA COMISIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su artículo 108, apartado 2,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y, en particular, su artículo 62, apartado 1, letra a),

Después de haber emplazado a los interesados para que presentaran sus observaciones, de conformidad con las disposiciones citadas ([1]) y teniendo en cuenta dichas observaciones,

Considerando lo siguiente:

1. PROCEDIMIENTO

(1) El 30 de abril de 2012, la Comisión recibió la denuncia de una empresa de transformación maderera con establecimientos en el Estado federado de Brandeburgo, en la que se señalaba que un acuerdo marco suscrito entre el Estado federado de Brandeburgo y HoKaWe Eberswalde GmbH (en lo sucesivo, «HoKaWe») por 15 años constituía ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

(2) El 11 de mayo de 2012, la Comisión remitió a Alemania una versión no confidencial de la denuncia y le solicitó información adicional. Por carta de 6 de junio de 2012 Alemania formuló sus observaciones sobre la denuncia y transmitió la información solicitada.

(3) El 27 de agosto de 2012, la Comisión envió al denunciante una versión no confidencial de la respuesta pidiéndole que señalara si deseaba proseguir con el asunto. El denunciante comunicó el 4 de septiembre de 2012 que no iba a retirar la denuncia.

(4) Por carta de 19 de diciembre de 2013, la Comisión informó a Alemania de que había decidido incoar el procedimiento de investigación formal establecido en el artículo 108, apartado 2, del TFUE con respecto a la ayuda.

(5) La decisión de la Comisión de incoar el procedimiento se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* ([2]). La Comisión invitó a los interesados a presentar sus observaciones sobre la medida en cuestión.

(6) Alemania presentó sus observaciones respecto a la Decisión por carta de 28 de febrero de 2013. La Comisión recibió además observaciones de dos terceros interesados el 30 de abril de 2013 y una observación del denunciante el 3 de mayo de 2013.

(7) El 17 de mayo de 2013 se remitieron a Alemania las versiones no confidenciales de estas observaciones. Alemania comentó estas observaciones el 11 de junio de 2013 y completó estos comentarios mediante carta de 13 de junio de 2013.

(8) La Comisión remitió a Alemania nuevas solicitudes de información mediante cartas de 2 de agosto, 17 de septiembre y 23 de septiembre de 2013, a las que respondió Alemania mediante cartas de 15 de agosto, 20 de septiembre y 1 de octubre de 2013.

([1]) DO C 99 de 5.4.2013, p. 79.
([2]) Véase la nota 1 a pie de página.

2. DESCRIPCIÓN DE LA MEDIDA

2.1. Empresa beneficiaria

(9) HoKaWe es una sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) que explota una central de biomasa alimentada con madera en Eberswalde (Brandeburgo). La central se construyó en 2005 y empezó a funcionar en 2006. En junio de 2011, el Juzgado de Primera Instancia de Fráncfort (Oder) incoó un procedimiento de insolvencia contra HoKaWe. Sin embargo, hasta la fecha, la empresa no ha cesado su actividad económica.

(10) El Distrito de Barnim estaba interesado en adquirir los activos de HoKaWe para seguir explotando la central; en mayo de 2012, la Junta de acreedores aprobó el contrato de venta de los activos de HoKaWe y la venta se legalizó ante notario. Sin embargo, al no aceptar el Estado federado de Brandeburgo la transferencia del acuerdo marco relativo al suministro de madera de los bosques estatales de Brandeburgo (acuerdo marco que es el objeto de la presente Decisión) al nuevo propietario, el Distrito de Barnim desistió de la compra.

2.2. Descripción de la medida

(11) En Junio de 2005, el Estado federado de Brandeburgo y HoKaWe suscribieron un acuerdo marco para el suministro de madera de los bosques estatales de Brandeburgo. En el acuerdo se fijaban las cantidades y las condiciones para el suministro de madera ([3]) a HoKaWe durante un período de 15 años (del 1 de junio de 2006 al 1 de junio de 2021). Se acordó suministrar 150 000 metros cúbicos anuales procedentes de zonas cercanas (radio de suministro de un máximo de 70 km) a la central de Eberswalde.

(12) En el acuerdo se fijó un precio de referencia inicial de 15,50 EUR/metro cúbico para el año 2004. Además, el texto del acuerdo preveía adaptaciones anuales de los precios que debían acordarse entre las partes sobre la base de la evolución del índice de precios de la industria maderera de la Oficina Estadística Federal Alemana ([4]); las variaciones del precio de la madera respecto al precio de referencia se repartirían entre el comprador, al 50 %, y el vendedor, al 50 % (en lo sucesivo, «cláusula de adaptación del precio»).

(13) Para calcular la correspondiente adaptación del precio, el acuerdo incluye además la siguiente fórmula (en lo sucesivo, «fórmula de adaptación del precio» o «fórmula»):

$$\text{ISE} = 15{,}50\text{€/rm} + \frac{\text{Index} - 135{,}89\%}{135{,}89\%}\text{€/rm*}15{,}50\text{*}0{,}5$$

(14) En consecuencia, debe distinguirse entre la cláusula de adaptación del precio según el texto del acuerdo y la fórmula de adaptación del precio.

(15) Según Alemania, la cláusula de adaptación del precio representa los puntos de vista de las partes. Ello viene refrendado por una nota interna del Ministerio de Agricultura, Medio Ambiente y Planificación Regional de Brandeburgo, de 1 de octubre de 2003, relativa a una reunión entre representantes del Estado federado de Brandeburgo y HoKaWe, que muestra claramente que la adaptación de precios prevista por las partes durante las negociaciones correspondía a la cláusula de adaptación del precio. También reafirma esto una nota del Ministerio de Asuntos Económicos y Europeos del Estado federado de Brandeburgo, de 5 de enero de 2011, que recomienda adaptar o interpretar el acuerdo marco de forma que se respete su texto con el fin de reflejar las verdaderas intenciones de las partes.

(16) La fórmula, por su parte, era errónea, tal como confirmaron Alemania y dos informes ([5]) elaborados en 2010 para el Estado federado de Brandeburgo y no conducía a un resultado que correspondiera a las intenciones de las partes expresadas en la cláusula de adaptación del precio.

([3]) El acuerdo se refería a madera dura y blanda transportable de una longitud de 3 m y un diámetro de 3 a 70 cm, franco ruta forestal. Se admitía madera podrida y curvada.

([4]) Véase la Oficina Estadística Federal Alemana: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Preise/PreisindizesLandForstwirtschaft/Tabellen/ErzeugerpreiseForstwirtschaft.html

([5]) RAUE LLP, asesor jurídico externo del Estado federado de Brandeburgo, elaboró un informe externo; el Ministerio de Brandeburgo elaboró otro informe interno.

(17) Tras la entrada en vigor del acuerdo, el precio se adaptó sobre la base de la fórmula. Frente a las intenciones expresadas en el texto del acuerdo, las adaptaciones del precio calculadas de acuerdo con la fórmula no seguían la evolución real del índice de precios de la industria maderera, sino que eran claramente inferiores al precio medio de la madera procedente de los bosques estatales de Brandeburgo. Además, la fórmula no condujo al resultado previsto por las partes de que el riesgo de fluctuaciones en los precios se repartiera a partes iguales entre el Estado federado y HoKaWe.

(18) Ello se debía al hecho de que, tal como se señala en el considerando (16), la fórmula contenía errores y no reflejaba matemáticamente las intenciones de las partes tal como se establecían en la cláusula de adaptación del precio ([6]).

(19) Además, de la carta de Alemania de 28 de febrero de 2013 se desprende que durante la vigencia del acuerdo, las partes ejercieron en repetidas ocasiones su criterio discrecional respecto a los parámetros utilizados para calcular la revisión de precios según la fórmula ([7]). Alemania comunicó a la Comisión que las razones para ello no podían deducirse de los documentos.

(20) Los dos informes periciales elaborados para el Estado federado de Brandeburgo en 2010 (véase el considerando 16) apuntaban hacia posibles cuestiones de ayudas estatales y recomendaban modificar el acuerdo cambiando la fórmula. Tras las negociaciones entre HoKaWe y el Estado federado de Brandeburgo, las partes firmaron, consecuentemente, una versión modificada del acuerdo el 26 de agosto de 2011, con efectos a partir del 1 de julio de 2011. La versión modificada resolvió los problemas señalados en los considerandos 12 a 19 estableciendo que, a partir del 1 de julio de 2011, los precios debían adaptarse de conformidad con la cláusula de adaptación del precio y, por consiguiente, de conformidad con las intenciones originales de las partes. A partir de esa fecha, pues, la fórmula dejó de formar parte del acuerdo y, en consecuencia, ya no podía seguirse aplicando.

(21) Además, el Estado de Brandeburgo decidió no proseguir el contrato con los futuros inversores que se hicieran cargo de los activos de HoKaWe.

2.3. **Razones para incoar del procedimiento**

(22) El 19 de diciembre de 2012, la Comisión decidió incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 108, apartado 2, del TFUE (en lo sucesivo, «la Decisión de incoación»).

(23) En dicha Decisión la Comisión sostenía el punto de vista provisional de que la aplicación del acuerdo marco suscrito entre el Estado federado de Brandeburgo y HoKaWe incluía un elemento de ayuda.

(24) La Comisión planteaba la cuestión de si un vendedor privado en el mercado habría aceptado, ex ante, una remuneración como la resultante de la aplicación de la fórmula de adaptación del precio descrita.

(25) Además, incluso en el caso de que las partes no hubieran sido conscientes de que la fórmula era errónea, la Comisión expresó serias dudas de si Alemania había actuado de conformidad con el mercado al aplicar el acuerdo. La razón para ello era la evolución del precio de la madera vendida con arreglo al acuerdo, que mostraba que el precio calculado sobre la base de la fórmula era significativamente más bajo que el precio medio de la madera en el Estado federado de Brandeburgo. Un vendedor privado prudente en una situación similar hubiese hecho inmediatamente todo lo posible por modificar el método de adaptación del precio. En cambio, Alemania siguió usando la fórmula hasta 2011.

(26) Basándose en estas consideraciones, la Comisión llegó a la conclusión preliminar de que no podía excluirse una ventaja a favor de HoKaWe y, por consiguiente, la existencia de ayuda estatal durante el período comprendido desde la entrada en vigor del acuerdo (1 de junio de 2006) hasta su modificación (30 de junio de 2011). Dado que no parece evidente que existiera una base jurídica para la compatibilidad de la ayuda y que Alemania no alegó nada en ese sentido, la Comisión duda también que la medida pueda considerarse compatible con el mercado interior.

([6]) Según el informe de los expertos de RAUE LLP, las intenciones de las partes expresadas en la *cláusula de adaptación del precio* podían haberse representado mediante la siguiente fórmula:

$$P = 15{,}50€/\text{rm} + \frac{\text{Index}_{n+1} - \text{Index}_n}{\text{Index}_n} €/\text{rm}*15{,}50*0{,}5$$

([7]) Por ejemplo, para calcular el precio aplicable a partir del 1 de julio de 2006, se utilizó el valor del índice de julio de 2006 en vez del de enero de 2005, tal como se establecía claramente en el acuerdo.

3. OBSERVACIONES DE LAS PARTES INTERESADAS

(27) En el curso del procedimiento de investigación formal, la Comisión recibió una observación del denunciante y dos de otros interesados.

(28) El denunciante presentó notas internas del Ministerio de Agricultura, Medio Ambiente y Planificación Regional de Brandeburgo de diciembre de 2003 y marzo de 2004. Según el denunciante, estas notas mostraban que ya antes de que se suscribiera el acuerdo ya había dudas respecto a varios aspectos del mismo: por ejemplo, en la nota de diciembre de 2003 relativa a las consecuencias del acuerdo en ese momento, se señalaba que ya en el año 2004 se obtendría un precio claramente inferior al del precio de la madera industrial de la época. Igualmente, la nota interna de marzo de 2004 señalaba que el método de adaptación del precio generaría concesiones de precio inapropiadas por parte del Estado federado de Brandeburgo, por lo que recomendaba explícitamente reconsiderar el acuerdo o renegociar algunos de sus puntos.

(29) El denunciante argumentó que, en esa situación, ningún vendedor privado habría suscrito un acuerdo similar y, además, que un vendedor privado habría tomado medidas inmediatamente cuando se hizo evidente que los precios eran inferiores a los del mercado, y no habría esperado cinco años. Por lo que respecta a la adaptación del precio, el denunciante alega que los precios acordados no reflejan la evolución actual del mercado de la madera, sino que, más bien, otorgaban una ventaja indebida a HoKaWe. El denunciante estima que el importe de la ayuda entre 2006 y 2011 asciende a 7,3 millones EUR (si se tiene en cuenta el precio medio de la madera acordado entre el denunciante y otros proveedores).

(30) La Comisión también recibió observaciones, además, de dos empresas de procesado de madera del Estado federado de Brandeburgo. Estas empresas alegaban que, debido al acuerdo a largo plazo, una parte importante de la madera producida en el Estado federado de Brandeburgo se retiraba del mercado de la madera regional, lo que generaba falseamientos indebidos de la competencia y ponía en peligro la existencia de pequeñas empresas de procesado de madera de dicho Estado federado.

4. OBSERVACIONES DE ALEMANIA

(31) Alemania se mantenía en su opinión de que el acuerdo marco se atenía al mercado, por lo que no incluía ayuda estatal.

(32) Alemania señaló que, en el momento en que se suscribió el acuerdo, no existía mercado alguno de madera utilizada para generar energía (*Energieholz*) y que, por lo tanto, las partes acordaron basar el precio que iba a pagar HoKaWe en el precio de la madera industrial y las adaptaciones del precio en la evolución del índice de precios de la madera industrial. Alemania alegaba también que el texto del acuerdo reflejaba el modo previsto de adaptación del precio, pero admitió que, con la aplicación de la fórmula, se obtenían resultados que no correspondían con el reparto del riesgo de las fluctuaciones de precios entre las partes que se pretendía.

(33) Por ello argumentaba Alemania que, tanto el precio de referencia inicial, como la cláusula de adaptación del precio contemplados en el texto del acuerdo, a saber, las adaptaciones de precios basadas en índice de precios de la madera industrial de Alemania y el reparto al 50 % del riesgo de las fluctuaciones de precios entre las partes, debían considerarse acordes con el mercado en el momento de la firma del acuerdo.

(34) Según Alemania, fue en el curso de su reorganización de enero de 2009 cuando la Oficina de Gestión Forestal de Brandeburgo descubrió que la aplicación de la fórmula había tenido como consecuencia que HoKaWe pagara precios inferiores a otras empresas. Por ello, las autoridades responsables del Estado federado de Brandeburgo solicitaron en 2010 que un experto externo, RAUE LLP, hiciera un informe sobre el acuerdo al tiempo que efectuaban un examen jurídico interno del mismo. Ambos informes señalaron una posible relevancia desde el punto de vista de la normativa sobre ayuda estatal en el acuerdo. Además, el Ministerio de Asuntos Económicos y Europeos, en una nota de 5 de enero de 2011, llegó a la conclusión de que la cláusula de adaptación del precio se atenía al mercado, pero que las adaptaciones del precio efectuadas con arreglo a la fórmula constituían ayuda estatal, por lo que procedía modificar el acuerdo para que al modificar la fórmula quedara reflejada la auténtica voluntad de las partes. El Estado federado de Brandeburgo siguió esta recomendación en agosto de 2011.

(35) Alemania argumenta que el Estado federado de Brandeburgo había actuado de conformidad con el mercado al adaptar el acuerdo en 2011, ya que no le era posible hacerlo antes al tener que cumplirse los contratos vigentes y el acuerdo solo se podía modificar por acuerdo entre las partes.

(36) Además, según Alemania el acuerdo no constituye ayuda estatal, no falsea la competencia y no afecta al comercio entre Estados miembros.

5. EVALUACIÓN DE LA MEDIDA

5.1. Existencia de ayuda

(37) Según el artículo 107, apartado 1, del TFUE son incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o que amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

(38) De acuerdo con la práctica reiterada de la Comisión, confirmada por el Tribunal de Justicia, para verificar si una operación comercial entre un organismo público y una entidad económica constituye ayuda estatal, debe aplicarse el principio de un inversor que actúa en una economía de mercado. De este principio se desprende que el Estado, al actuar como empresa comercial en el mercado, debe comportarse como un operador privado, ya que, de no ser así, podría existir ayuda estatal. En otras palabras, para detectar la existencia de ayuda estatal hay que dilucidar si un operador económico privado se habría comportado de igual manera en una situación similar, a saber, si habría vendido activos, mercancías o servicios al mismo precio (principio de un inversor que actúa en una economía de mercado). Al aplicar este principio no pueden tenerse en cuenta consideraciones no económicas para aceptar un precio inferior. La Comisión ha aplicado este principio en repetidas ocasiones y siempre se ha visto confirmado por el Tribunal de Justicia ([8]).

(39) En consecuencia, la Comisión debe evaluar en el presente caso si un vendedor privado habría estado dispuesto a suscribir un acuerdo de una duración similar, un precio de referencia inicial similar y un mecanismo de adaptación del precio similar.

(40) Tal como se señala en los considerandos 11 y 12, el acuerdo marco con una vigencia de 15 años establecía que los precios debían adaptarse anualmente de acuerdo con la evolución del índice de precios de la madera industrial y que los correspondientes cambios con respecto al precio de referencia inicial de 15,50 EUR/metro cúbico debían repartirse al 50 % entre el Estado y HoKaWe. Además, el acuerdo incluía una fórmula para calcular esa adaptación del precio.

Larga duración del contrato

(41) El denunciante señala que una duración de 15 años del contrato no es habitual en el mercado.

(42) Sin embargo, la Comisión no dispone de indicaciones que justifiquen la conclusión de que esta vigencia no se atenía al mercado. Si bien una duración de 15 años parece relativamente larga, un vendedor puede vincularse a un cliente si ello le garantiza, tal como puede ser con toda seguridad el caso que nos ocupa, vender cantidades estables de madera que, por lo menos en parte, no cumple los requisitos de calidad de la madera industrial.

(43) Por estas razones, y teniendo en cuenta el reparto previsto de los riesgos derivados de la fluctuación de precios, no puede excluirse que un vendedor privado hubiera cerrado un acuerdo de una duración comparable.

Precio de referencia inicial acordado

(44) Igualmente, por lo que respecta al precio de referencia inicial de 15,50 EUR/metro cúbico, la Comisión no dispone de indicaciones de que este precio no estuviera en consonancia con el mercado.

(45) Tal como señala Alemania, en el momento de la firma del acuerdo no existía un precio de mercado establecido para la madera utilizada para generar energía. Por ello, las partes contratantes basaron el acuerdo marco en el precio de la madera industrial. Según una recapitulación de los precios de mercado de la madera industrial presentada por el denunciante, podía considerarse que los precios entre 15,50 EUR/metro cúbico y 17,50 EUR/metro cúbico para el año 2004, y entre 15,00 EUR/metro cúbico y 17,00 EUR/metro cúbico para el año 2005, se atenían al mercado. Si se tiene también en cuenta el hecho de que el acuerdo era un contrato a largo plazo, el precio de referencia inicial acordado de 15,50 EUR/metro cúbico se mantenía dentro de la horquilla de precios conforme al mercado de madera industrial.

([8]) Véanse, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1991, República Italiana/Comisión, asunto C-305/89 («ALFA Romeo»), Rec. 1991, p. I-1603, apartados 18 y 19; sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de abril de 1998, Cityflyer Express Ltd/Comisión, asunto T-16/96, Rec. 1998, p. II-757, apartado 51; sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 21 de enero de 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH y Lech-Stahlwerke GmbH/Comisión, asuntos acumulados T-129/95, T-2/96 y T-97/96, Rec. 1999, p. II-17, apartado 104; sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 28 de febrero de 2012, Land Burgenland y Austria/Comisión, asuntos acumulados T-268/08 y T-281/08, Rec. 2012, p. II-0000, apartado 48.

(46) Una nota interna del Ministerio de Agricultura, Medio Ambiente y Planificación Regional de Brandeburgo de 1 de octubre de 2003 muestra, además, que los representantes del Estado federado de Brandeburgo propusieron durante las negociaciones un precio de referencia inicial de 15,50 EUR/metro cúbico, mientras que HoKaWe preveía un precio de 15,00 EUR/metro cúbico. Finalmente las partes se pusieron de acuerdo en el precio más elevado, a saber, en 15,50 EUR/metro cúbico.

(47) Según esto, el precio de referencia inicial de 15,50 EUR/metro cúbico puede considerarse que es conforme al mercado. Como no existía un precio de mercado que pudiera utilizarse como punto de comparación y habida cuenta de que los requisitos mínimos cualitativos de la madera utilizada para generar energía no son superiores a los de la madera industrial, era razonable para el Estado federado de Brandeburgo suscribir un acuerdo según el cual el precio se basaría en el de la madera industrial (precio de referencia). El precio acordado fue el resultado de negociaciones entre las partes y se situaba dentro de la horquilla de precios de mercado de madera industrial del Estado federado de Brandeburgo. El precio se acordó conociendo la calidad de la madera disponible de los bosques estatales de Brandeburgo ([9]), por lo que correspondía al precio que un vendedor privado hubiera considerado aceptable por la calidad de la madera que iba a suministrarse.

Adaptación del precio

(48) Por lo que respecta a la adaptación del precio, tal como se ha señalado en el considerando 14 hay que distinguir entre la cláusula de adaptación del precio y las adaptaciones del precio realmente aplicadas sobre la base de la fórmula.

(49) La Comisión no dispone de indicaciones de que dicha cláusula no fuera conforme al mercado. Tal como se señala en el considerando 45 respecto al precio de referencia inicial, no existía un índice sobre la evolución del precio de la madera utilizada para generar energía. Por ello era razonable no solo utilizar el precio de la madera industrial como base para el precio de referencia inicial sino también acordar las adaptaciones del precio en paralelo al índice de la madera industrial.

(50) Además, el texto del acuerdo preveía que las partes se repartieran al 50 % los riesgos de las fluctuaciones de los precios. Como en el momento de la firma del acuerdo no se podía prever claramente la evolución de los precios, este mecanismo tenía como consecuencia que ambas partes debían compartir tanto el riesgo como las (potenciales) ganancias, lo que podría haber beneficiado al Estado federado de Brandeburgo. Habida cuenta de esta incertidumbre, un vendedor privado también podría haber estado de acuerdo con esta cláusula. En consecuencia, se puede considerar que esta cláusula se atiene al mercado.

(51) De ello se desprende que la cláusula de adaptación del precio, que prevé una evolución del precio en paralelo al índice de la madera industrial e incluso repartir al 50 % el riesgo de fluctuación de los precios entre las partes, se atenía al mercado y un vendedor privado prudente habría suscrito dicho acuerdo.

(52) Sin embargo, como ya se ha señalado, las adaptaciones reales de los precios se efectuaban siguiendo la fórmula. Tal como se observa en las cifras del cuadro que figura a continuación, los precios resultantes de la aplicación de la fórmula eran claramente inferiores a los que hubieran resultado de aplicar la cláusula de adaptación del precio.

(en EUR por metro cúbico)

	Precio realmente pagado (basado en la aplicación de la fórmula)	Precio resultante de la cláusula de adaptación del precio (*)	Precio medio de la madera de cualquier tipo en el Estado federado de Brandeburgo
2006	13,00	15,42	17,72
2007	13,21	15,95	21,02
2008	16,55	20,96	22,76
2009	16,42	20,76	19,20

([9]) En el curso del procedimiento de investigación formal, los interesados se quejaron de que debido al acuerdo con HoKaWe se retiraron del mercado grandes cantidades de madera industrial, lo que hace suponer que la madera utilizada para generar energía suministrada a HoKaWe incluía importantes cantidades de madera industrial.

(en EUR por metro cúbico)

	Precio realmente pagado (basado en la aplicación de la fórmula)	Precio resultante de la cláusula de adaptación del precio (*)	Precio medio de la madera de cualquier tipo en el Estado federado de Brandeburgo
2010	16,14	20,03	24,50
2011	15,79	19,33	n. d.

(*) cifras facilitadas por Alemania.

(53) El cuadro muestra, además, que los precios calculados sobre la base de la fórmula no solo eran claramente inferiores a los precios que hubieran resultado de la aplicación de la cláusula de adaptación del precio, sino que también lo eran respecto a los precios medios del Estado federado de Brandeburgo.

(54) Además, estos efectos de la fórmula ya eran previsibles antes de la firma del acuerdo. Este hecho es de capital importancia ya que para aclarar la cuestión de si un vendedor privado en el mercado hubiera actuado de forma igual o comparable a la del Estado federado de Brandeburgo, es necesario efectuar una evaluación *ex ante* del acuerdo ([10]).

(55) Tal como se señala en los considerandos 16 y 18, la fórmula era errónea y no reflejaba las intenciones de las partes expresadas en la cláusula de adaptación del precio. Estas intenciones podían haberse reflejado matemáticamente, tal como también confirmó el dictamen pericial de los expertos de RAUE LLP, en la siguiente fórmula:

$$P = 15{,}50€/rm + \frac{Index_{n+1} - Index_n}{Index_n} €/rm*15{,}50*0{,}5$$

(56) En lugar de $Index_n$, las partes del acuerdo dedujeron un importe fijo. Si bien la deducción de un importe fijo puede estar justificada en función de las circunstancias, esa deducción debería, como mínimo, dar como resultado el precio de referencia inicial acordado del año en que se cerró el acuerdo. Sin embargo, en el presente asunto las partes optaron por una deducción que, ya para el año de la firma, dio un precio que se situaba claramente por debajo del precio de referencia inicial y acorde con el mercado de 15,50 EUR/metro cúbico.

(57) En consecuencia, en el momento en que se firmó el acuerdo, era previsible objetivamente que la fórmula fuera errónea y que no condujera a los precios acordados en la cláusula de adaptación del precio.

(58) En esta situación, un vendedor privado habría usado una fórmula diferente o, como mínimo, habría solicitado que se cambiara la fórmula, especialmente debido a que las partes habían acordado en el texto del acuerdo que la adaptación del precio se establecería de conformidad con el índice de precios de la madera industrial y con el hecho de que se compartiría al 50 % entre el Estado y HoKaWe el riesgo de las fluctuaciones de precio (tal como se expresaba en la cláusula de adaptación del precio).

(59) Cabe señalar, además, que la evolución de los precios con arreglo al acuerdo no era simplemente el resultado automático de un cálculo matemático predeterminado establecido en la fórmula. Tal como se indica en el considerando 19, de la información facilitada por Alemania en el procedimiento de investigación formal se desprende más bien que la fórmula se adaptó varias veces mientras estuvo vigente el acuerdo ([11]).

(60) Como claramente se desprende del cuadro del considerando 52, estos efectos negativos previsibles resultantes de la aplicación de la *fórmula* también se produjeron en la práctica, dado que el precio realmente pagado por HoKaWe era muy inferior al precio que debía resultar de la cláusula de ajuste del precio. Era también muy inferior a los precios medios pagados por la madera de los bosques estatales de Brandeburgo, es decir, los precios a los que el Estado federado de Brandeburgo vendía la madera a otras empresas ([12]).

([10]) Véanse, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de mayo de 2002, República Francesa/Comisión, C-482/99, Rec. 2002, p. I-4397, apartados 70-72; sentencia del Tribunal de Justicia, de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, asunto C-124/10 P, Rec. 2012, p. I-0000, apartados 83-85 y 105.

([11]) Esto se produjo además de la adaptación de la fórmula para tener en cuenta el nuevo cálculo del índice de precios de la madera industrial sobre una base anual efectuado por la Oficina Estadística Federal Alemana.

([12]) Como se desprende del cuadro del considerando 52, con excepción del año 2009, la aplicación de la cláusula de adaptación del precio también hubiera llevado a precios inferiores al precio medio en el Estado federado de Brandeburgo, pero en mucha menor medida. Como ya se explicó respecto a la conformidad con el mercado de la cláusula de adaptación del precio, una transacción que se atenga al principio de igualdad de condiciones con un comprador importante que garantice compras regulares a largo plazo puede conducir a precios situados por debajo de la media del mercado. Véase también la Decisión de la Comisión C(2012) 834 final en el asunto SA.19045 [Supuesta ayuda de Baviera (Administración bávara de los bosques estatales) en forma de acuerdos con la empresa Klausner para el suministro a largo plazo de madera], considerandos 47 y ss.

(61) De ello se desprende que el Estado sabía que la aplicación de la fórmula no conducía al resultado previsto de una evolución de los precios basada en el índice de precios de la madera industrial y el consiguiente reparto entre las partes del riesgo de fluctuación de los precios y lo aceptaba.

Conclusión

(62) Con todo ello se llega a la conclusión de que la cláusula de adaptación del precio, aun conduciendo a unos precios por debajo del precio medio del Estado federado de Brandeburgo, habrían sido conformes al mercado. Se basaban en unas consideraciones y negociaciones razonables entre las partes interesadas, de forma que no puede excluirse que un operador privado en el mercado hubiera suscrito también un acuerdo con las mismas o similares condiciones.

(63) Sin embargo, las adaptaciones del precio realmente aplicadas por las partes sobre la base de la fórmula no reflejaban esas condiciones conformes al mercado y condujeron a unos precios significativamente más bajos que los que hubieran resultado de la cláusula de adaptación del precio (y, en mayor medida, claramente muy inferiores al precio medio de la madera del Estado federado de Brandeburgo).

(64) Mientras que la evolución de los precios sobre la base de la cláusula de adaptación del precio refleja una decisión empresarial razonable y un reparto justo entre las partes contratantes de los riesgos relativos a la fluctuación de precios, los precios resultantes de la aplicación de la fórmula eran significativamente más bajos y, además, tampoco reflejaban ese reparto de los riesgos. Contrariamente al asunto SA.19045 [Supuesta ayuda de Baviera (Administración bávara de los bosques estatales) en forma de acuerdos con la empresa Klausner para el suministro a largo plazo de madera] ([13]), en el que la Comisión consideraba que los precios por debajo de la media del mercado no incluían ayuda estatal, ya que el mercado sufría de un exceso de capacidad y el Estado federado de Baviera intentaba atraer a un importante comprador que garantizara unos volúmenes de compra constantes a largo plazo, no hay nada en el presente asunto que justifique unos precios inferiores a los que habrían resultado de la aplicación de la cláusula de adaptación del precio. Dicha cláusula acordada entre las partes tenía en cuenta el carácter a largo plazo del acuerdo y la calidad de la madera que se iba a vender y ya hubiera conducido a precios inferiores al precio medio del Estado federado de Brandeburgo. Nada indica que un participante privado en el mercado hubiera estado de acuerdo con precios aún inferiores a esos.

(65) Esto se ve confirmado también por las alegaciones de Alemania, de las que se desprende que la cláusula de adaptación del precio representaba la verdadera intención de las partes. Además, como reacción a los informes jurídicos citados en el considerando 16 de 2010, que habían apuntado a problemas de ayuda estatal debido a la aplicación de la fórmula, el Estado federado de Brandeburgo negoció en 2011 la modificación del acuerdo para suprimir la fórmula errónea. El Estado de Brandeburgo negoció también la modificación del acuerdo sin la fórmula para reflejar las verdaderas intenciones de las partes y poner fin a los problemas sobre ayudas estatales.

(66) De ello se desprende que la aplicación del acuerdo, en particular las adaptaciones de los precios con arreglo a la fórmula, no habría sido aceptada por un vendedor privado y no sería conforme al mercado.

(67) Alemania arguyó que hasta que no se produjo la reorganización de la administración forestal en 2009, el Gobierno de Brandeburgo no fue consciente del hecho de que los precios realmente pagados por HoKaWe no seguían la evolución de los precios, tal como pretendía la cláusula de adaptación del precio, sino que eran claramente inferiores a los precios a los que se suministraba la madera a otras empresas, por lo que el Estado federado de Brandeburgo habría actuado conforme al mercado al ordenar los dos informes técnicos citados en el considerando 16 y luego renegociar el acuerdo, lo que condujo a su modificación en 2011.

(68) Estos argumentos no parecen plausibles. En primer lugar, tal como se ha señalado en los considerandos 54 a 57, los efectos de la fórmula ya eran previsibles en el momento de firmar el acuerdo. En segundo lugar, un vendedor privado en el mercado que quisiera garantizar la aplicación de la solución acordada plasmada en la cláusula de adaptación del precio y, por lo tanto, siguiera muy de cerca las adaptaciones de los precios, hubiera solicitado inmediatamente una renegociación del precio. Tal como se señala en el considerando 65, la renegociación con éxito del acuerdo por parte del Estado federado de Brandeburgo confirma que la fórmula no reflejaba las verdaderas intenciones de las partes (tal como se expresaban en la cláusula de adaptación del precio). Muestra también que HoKaWe no podía negarse a que se suprimiera la fórmula.

(69) De ello se concluye que HoKaWe se benefició de una ventaja económica desde la entrada en vigor del acuerdo (1 de junio de 2006) hasta su modificación (30 de junio de 2011).

([13]) Loc. cit.

(70) Se cumplen, además, los demás criterios referentes a la existencia de ayuda contemplados en el artículo 107, apartado 1, del TFUE. La ventaja era selectiva porque el acuerdo beneficiaba explícitamente a una empresa concreta. La ventaja la otorgaron autoridades de un Estado miembro, a saber, las del Estado federado de Brandeburgo. El volumen de madera medio vendido a HoKaWe con arreglo al acuerdo era considerable; el suministro de madera en condiciones favorables mejoró la posición de mercado del beneficiario en relación con sus competidores, por lo que se falseó la competencia. En el mercado de la madera, las empresas compiten con empresas de otros Estado miembros. Aunque el acuerdo cubre únicamente madera originaria de bosques de 70 km a la redonda de Eberswalde, esta localidad está muy cerca de la frontera polaca (30 km). En consecuencia, la ayuda influye también en el comercio entre Estados miembros. Por todo ello, se puede concluir que la aplicación del acuerdo que condujo a que los precios se pagaran sobre la base de la fórmula, constituía ayuda estatal.

(71) Puede considerarse que la citada modificación del acuerdo, que entró en vigor el 1 de julio de 2011, puso fin a la medida de ayuda estatal. A consecuencia de la modificación, a partir del 1 de julio de 2011 las adaptaciones de los precios tuvieron que efectuarse de conformidad con la cláusula de adaptación del precio, reconfirmando así las intenciones iniciales de las partes y aplicándolas correctamente. Dado que el acuerdo, en su forma modificada, es conforme al mercado, la Comisión considera que, con posterioridad al 30 de junio de 2011, HoKaWe ya no obtuvo una ventaja económica de los pagos efectuados en el marco del acuerdo.

5.2. **Compatibilidad con el mercado interior**

(72) No parece evidente que exista una base jurídica para la compatibilidad de la ayuda ni Alemania ha alegado nada en ese sentido. En consecuencia, la ventaja de HoKaWe derivada de la aplicación del acuerdo entre junio de 2006 a junio de 2011, constituye ayuda estatal incompatible con el mercado interior.

5.3. **Cálculo del elemento de ayuda**

(73) Tal como se señala en los considerandos 49 a 51, puede considerarse que la cláusula de adaptación del precio es conforme al mercado. Por lo tanto, la Comisión considera que el elemento de ayuda consiste en la diferencia entre el precio que se debería haber pagado en virtud de la cláusula de adaptación del precio y el realmente pagado sobre la base de la fórmula ([14]).

	a) Precio realmente pagado (en EUR por metro cúbico) (*)	b) Precio según la cláusula de adaptación del precio (en EUR por metro cúbico)	c) Diferencia entre a) y b) (*)	d) Volumen de madera realmente suministrado (en metros cúbicos)	e) Elemento de ayuda c) × d) (en EUR) (*)
2006	13,00	15,42	2,42	13 115,73	31 794
2007	13,21	15,95	2,74	142 792,67	391 452
2008	16,55	20,96	4,41	137 683,00	607 291
2009	16,42	20,76	4,34	141 273,68	613 128
2010	16,14	20,03	3,89	139 045,38	540 699
2011	15,79	19,33	3,54	62 680,29	222 051
				Total	**2 406 415**

(*) Las cifras de las columnas a) y c) se han redondeado; la columna e) se ha calculado sobre la base de las cifras exactas, únicamente el resultado final se redondeó al importe en EUR más cercano.

(74) En consecuencia, la ayuda concedida a HoKaWe asciende a 2 406 415 EUR.

([14]) Precio realmente pagado según la información proporcionada por Alemania en su escrito de 1 de octubre de 2013.

6. **RECUPERACIÓN**

(75) Cuando la Comisión comprueba la incompatibilidad de una ayuda con el mercado interior, según el TFUE y reiterada jurisprudencia del Tribunal, es competente para decidir que el Estado miembro interesado debe suprimirla o modificarla ([15]). El Tribunal también ha mantenido sistemáticamente que la obligación por parte de un Estado miembro de suprimir ayuda que la Comisión haya considerado incompatible con el mercado interior tiene por objeto restablecer la situación existente anteriormente ([16]). En este contexto, el Tribunal ha dictaminado que el objetivo se alcanza una vez que el beneficiario ha reembolsado los importes concedidos en concepto de ayuda ilegal, renunciando así a la ventaja de que había gozado en relación con sus competidores, y se ha restablecido la situación anterior al desembolso de la ayuda ([17]).

(76) En consonancia con la jurisprudencia, en el artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo ([18]) se señala lo siguiente: «Cuando se adopten decisiones negativas en casos de ayuda ilegal, la Comisión decidirá que el Estado miembro interesado tome todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda […].»

(77) Dado que la presente medida, infringiendo el artículo 108 del TFUE, no se notificó a la Comisión y, en consecuencia, constituye una ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior, procede recuperar su importe para restablecer la situación que existía en el mercado antes de su concesión. Por consiguiente, la recuperación debe cubrir el período durante el cual el beneficiario obtuvo la ventaja, a saber, desde el momento en que la ayuda se puso a disposición del beneficiario hasta su recuperación efectiva, debiendo incluir los importes recuperados los intereses correspondientes hasta su recuperación efectiva.

7. **CONCLUSIÓN**

(78) La aplicación del acuerdo marco entre el Estado federado de Brandeburgo y HoKaWe desde su firma (1 de junio de 2006) hasta su modificación (30 de junio de 2011) incluye ayuda estatal incompatible con el mercado interior. En consecuencia, la ayuda debe recuperarse de HoKaWe junto con los intereses de recuperación.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

La ayuda estatal por un importe de 2 406 415 EUR, que Alemania concedió ilegalmente a HoKaWe Eberswalde GmbH, infringiendo el artículo 108, apartado 3, del TFUE, es incompatible con el mercado interior.

Artículo 2

1. Alemania recuperará del beneficiario la ayuda citada en el artículo 1.

2. La suma que debe recuperarse devengará intereses desde el momento en que la ayuda se puso a disposición del beneficiario hasta la fecha de su recuperación efectiva.

3. Los intereses se calcularán sobre una base compuesta de conformidad con el capítulo V del Reglamento (CE) nº 794/2004 de la Comisión ([19]) y el Reglamento (CE) nº 271/2008 de la Comisión ([20]) que modifica el Reglamento (CE) nº 794/2004.

Artículo 3

1. La recuperación de la ayuda mencionada en el artículo 1 será inmediata y efectiva.

2. Alemania garantizará que la presente Decisión se aplique en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de su notificación.

([15]) Véase la sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de julio de 1973 Comisión/República Federal de Alemania, C-70/72, Rec. 1973, p. 813, apartado 13.

([16]) Véase la sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de septiembre de 1994, Reino de España/Comisión, asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, Rec. 1994, p. I-4103, apartado 75.

([17]) Véase la sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 de junio de 1999, Reino de Bélgica/Comisión, C-75/97, Rec. 1999, p. I-3671, apartados 64-65.

([18]) Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 83 de 27.3.1999, p. 1.).

([19]) DO L 140 de 30.4.2004, p. 1.

([20]) DO L 82 de 25.3.2008, p. 1.

Artículo 4

1. En el plazo de dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, Alemania deberá presentar a la Comisión la siguiente información:

a) el importe total (principal e intereses) que debe recuperarse del beneficiario;

b) una descripción detallada de las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión;

c) documentos que demuestren que se ha ordenado al beneficiario que devuelva la ayuda.

2. Alemania mantendrá informada a la Comisión del avance de las medidas que adopte en aplicación de la presente Decisión hasta que se haya completado la recuperación de la ayuda mencionada en el artículo 1. A petición de la Comisión, presentará inmediatamente información sobre las medidas ya adoptadas o previstas para el cumplimiento de la presente Decisión. También presentará datos detallados sobre los importes de la ayuda y los intereses ya reembolsados por el beneficiario.

Artículo 5

El destinatario de la presente Decisión será la República Federal de Alemania.

Hecho en Bruselas, el 6 de noviembre de 2013.

Por la Comisión
Joaquín ALMUNIA
Vicepresidente