II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 31 de octubre de 1995

relativa a una ayuda de Estado concedida por la Freie und Hansestadt Hamburg a la empresa siderúrgica CECA Hamburger Stahlwerke GmbH, Hamburgo

(El texto en lengua alemana es el único auténtico)

(Texto pertinente a los fines del EEE)

(96/236/CECA)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y, en particular, la letra c) de su artículo 4,

Vista da Decisión nº 3855/91/CECA de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, por la que se establecen normas comunitarias relativas a las ayudas para la siderurgia [1],

Después de haber emplazado a los demás Estados miembros y terceros interesados para que le presentaran sus observaciones, de conformidad con el apartado 4 del artículo 6 de dicha Decisión,

Y teniendo en cuenta dichas observaciones,

Considerando lo que sigue:

I

El 6 de julio de 1994, la Comisión decidió incoar el procedimiento previsto en el apartado 4 del artículo 6 de la Decisión nº 3855/91/CECA (Código de ayudas a la siderurgia) contra un conjunto de medidas financieras adoptadas por la Freie und Hansestadt Hamburg (en adelante, FHH) en favor de la empresa Hamburger Stahlwerke GmbH (en adelante, HSW). La Comisión, sobre la base de la información proporcionada por el Gobierno Federal, llegó a la conclusión de que un préstamo de 20 millones de marcos alemanes de Hamburgische Landesbank Girozentrale (en adelante, HLB) a las accionistas de Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. KG (en adelante, Protei) y una línea de crédito de 130 a 184 millones de marcos alemanes, incluido un swing (crédito al descubierto) de 10 millones de marcos alemanes, concedida a HSW por HLB entre 1984 y 1994 podían constituir una ayuda de Estado incompatible con el Código de ayudas a la siderurgia y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en adelante, Tratado CECA).

Mediante carta de 14 de julio de 1994, la Comisión comunicó al Gobierno alemán su decisión de incoar el procedimiento y le invitó a transmitirle sus observaciones y cualquier otro dato que considerara pertinente. La respuesta de las autoridades alemanas de 8 de septiembre de 1994 contenía información suplementaria sobre las medidas financieras en cuestión, así como distintos argumentos en apoyo de la posición del Gobierno Federal, según la cual estas medidas no constituían ayudas de Estado (véase la sección III de la presente Decisión para una descripción exhaustiva de la posición sostenida por el Gobierno Federal en sus distintas comunicaciones).

Los demás Estados miembros y terceros interesados fueron invitados a presentar sus observaciones sobre el presente asunto mediante la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* [2] de la carta en la que la Comisión informaba al Gobierno Federal de su decisión de incoar el procedimiento.

[1] DO nº L 362 de 31. 12. 1991, p. 57.

[2] DO nº C 293 de 21. 10. 1994, p. 3.

La Comisión recibió las observaciones siguientes en el marco de dicho procedimiento:

— el Gobierno de un Estado miembro indicó que, en su opinión, las medidas financieras descritas en la comunicación constituían ayudas de Estado que falseaban la competencia en la Comunidad en detrimento de los competidores de HSW presentes en su territorio. Dicho Gobierno invitó a la Comisión a examinar con detenimiento todas las transacciones que tuvieron lugar entre HSW, HLB y la FHH, con el fin de comprobar su compatibilidad con el Código de ayudas a la siderurgia;

— una importante empresa siderúrgica europea afirmó que las medidas financieras descritas en la comunicación constituían una ayuda prohibida en virtud del Tratado CECA y del Código de ayudas a la siderurgia. Dudaba de que HSW pudiera llegar a ser viable, incluso tras otras inyecciones de capital, porque la productividad de la empresa, según los informes, era muy inferior a la de otras empresas similares en Alemania;

— una asociación nacional de productores de acero destacó que el préstamo de 20 millones de marcos alemanes concedido a los accionistas de Protei, que sirvió para constituir el capital inicial de HSW en 1984, ya era ilegal por el mero hecho de no haber sido notificado previamente a la Comisión. Dicha asociación considera que, al menos en parte, los préstamos de HLB a HSW constituyen ayudas que contribuyeron a mantener activo durante diez años a un competidor importante de algunas empresas miembros de la asociación.

Estos comentarios fueron transmitidos al Gobierno Federal mediante carta de 5 de enero de 1995, instándosele a presentar sus observaciones. Por carta con fecha del mismo día, la Comisión solicito al Gobierno Federal que le enviara información detallada sobre los comunicados de prensa en que se declaraba que HLB había prorrogado la línea de crédito de HSW tras su vencimiento a finales de 1994.

Mediante carta de 11 de enero de 1995, el Gobierno Federal informó a la Comisión de que la línea de crédito no se había prorrogado y que se había procedido a la venta de HSW. Mencionaba también otros pormenores de esta transacción. Mediante carta de 7 de febrero de 1995, el Gobierno Federal comunicó a la Comisión sus observaciones con respecto a los comentarios formulados por otros Estados miembros y terceros interesados, así como ciertos detalles sobre la venta de las acciones de HSW a la empresa neerlandesa Venuda Investments BV (en adelante, Ispat), que pertenece al grupo Ispat, cuya sede está en Jakarta (Indonesia).

Mediante carta de 13 de marzo de 1995, la Comisión solicitó información suplementaria sobre la venta de las acciones y las medidas financieras adoptadas por HLB y la FHH en relación con dicha operación. La respuesta del Gobierno Federal se recibió el 28 de abril de 1995. Mediante carta de 10 de mayo de 1995, la Comisión pidió más información, en particular fotocopias de algunos documentos, que -con excepción de un documento clasificado como confidencial y de uso interno- le fue facilitada mediante carta de 15 de mayo de 1995. El 22 de mayo de 1995, tuvo lugar en Bruselas un encuentro entre representantes del Senado de la FHH, del Gobierno Federal y de la Comisión. Mediante carta de 14 de junio de 1995, el Gobierno Federal transmitió a la Comisión otros datos y argumentos complementarios, así como fotocopias de la documentación relativa a la licitación mediante la que se preparó la venta de HSW.

El 20 de junio de 1995 tuvo lugar en Hamburgo otra reunión entre representantes del Senado de la FHH, del Gobierno Federal y de la Comisión, con el objetivo de discutir determinados aspectos de la venta de HSW e intercambiar opiniones sobre la valoración del asunto. Mediante cartas de 25 de julio y 18 de agosto de 1995, las autoridades alemanas facilitaron a la Comisión información suplementaria sobre la financiación de HSW desde 1984 y la utilización de las ayudas autorizadas por la Comisión en 1984 y 1985.

II

Según los datos de que se dispone, los hechos se presentan del modo siguiente:

La antigua Hamburger Stahlwerke GmbH fue fundada en 1961 y comenzó sus actividades siderúrgicas en 1969. Fue deficitaria durante el período comprendido entre 1969 y 1982, exceptuando los años 1974 y 1979.

Hasta 1981, sus socios Korf Stahl AG y Ferrocontor Beteiligungsgesellschaft mbH cubrieron pérdidas por un valor total de 204 millones de marcos alemanes. En 1982, la empresa registró pérdidas por valor de 172 millones de marcos alemanes que fueron cubiertas por dichos socios. El 20 de enero de 1983, el órgano jurisdiccional competente abrió el procidimiento para la firma de un convenio con los acreedores. El administrador intentó encontrar a un comprador para que la empresa pudiera seguir funcionando. El 9 de diciembre de 1983, el tribunal inició el procedimiento de liquidación al no poderse llegar a un convenio.

HLB adquirió acciones de la antigua Hamburguer Stahlwerke GmbH a partir de 1972 y, desde 1974, detentó fiduciariamente un porcentaje constante (49 %) de las acciones, en concepto de garantía o aval equivalente. Cuando se inició el procedimiento de quiebra, HLB tenía créditos por un importe de 52 millones de marcos alemanes no garantizados por la FHH. Otros créditos pendientes por 129 millones de marcos alemanes sí estaban garantizados por la FHH, que, por tanto, tenía un derecho de reivindicación sobre la masa de la quiebra. El total de los créditos de la antigua Hamburger Stahlwerke GmbH en favor de HLB y de la FHH no se consideraron créditos de la quiebra puesto que una sentencia del Tribunal de última instancia [1] había fallado que HLB era socio de la antigua Hamburger Stahlweke GmbH y que el

[1] Bundesgerichtshof, sentencia de 19 de septiembre de 1988, ref. II ZR 255/87 = Der Betrieb 1988, p. 2141; Tribunales de primera instancia: Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, sentencia de 24 de julio de 1987, ref. 11 U 182/86 = Der Betrieb 1987, p. 1778 y Landgericht Hamburg, sentencia de 15 de agosto de 1986, ref. 3 O 288/84.

banco público actuaba como fiduciario de la FHH. Esta decisión del Tribunal tuvo como consecuencia jurídica que, a partir de 1981, todas las aportaciones de liquidez, aunque se concedieran formalmente en forma de préstamos, debían considerarse como fondos propios de la empresa. Los préstamos fueron considerados créditos sustitutivos de fondos propios. Por consiguiente, los créditos en favor de HLB y de la FHH sólo hubieran sido reembolsados si la liquidación de la antigua Hamburger Stahlwerke GmbH, en el marco del procedimiento, hubiera dado lugar a un excedente una vez satisfechos todos los acreedores privilegiados y no privilegiados.

Puesto que el administrador, posteriormente síndico de la quiebra, ya había intentado en vano encontrar un comprador para la fábrica en el marco del procedimiento para la firma de un convenio con los acreedores, HLB y la FHH decidieron tratar de que ésta siguiera en funcionamiento a través de una nueva empresa, que se haría cargo de los activos de la antigua Hamburger Stahlwerke GmbH al valor de una empresa en funcionamiento. De este modo, los dos acreedores esperaban, según el Gobierno Federal, el reembolso de, por lo menos, una parte de su crédito, que superaba los 181 millones de marcos alemanes.

El síndico de la quiebra y el director de la empresa pusieron a punto un plan de reestructuración. Crearon la sociedad Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. KG y se hicieron cargo, a principios de 1984, de las actividades y de los activos de la antigua Hamburger Stahlwerke GmbH a través de una nueva empresa, Neue Hamburguer Stahlwerke GmbH, filial al 100 % de Protei. Durante ese mismo año, la citada empresa pasaría a denominarse Hamburger Stahlwerke GmbH (HSW).

Se liquidó la antigua Hamburger Stahlwerke GmbH. El Gobierno Federal indicó que mantener en funcionamiento la antigua empresa a través de la nueva sociedad había permitido reducir las pérdidas de HLB por valor de 52 millones de marcos alemanes (resultantes de la financiación de la antigua empresa) a menos de 5 millones de marcos alemanes, es decir, aproximadamente en un 90 %. En el caso de la FHH, se redujeron de 129 a 52 millones de marcos alemanes, es decir, en 77 millones de marcos alemanes (alrededor del 60 %).

El capital social inicial de Protei (20,2 de millones de marcos alemanes) fue constituido mediante un préstamo de 20 millones de marcos alemanes concedido por HLB a los socios, al síndico de la quiebra y al director de HSW. La FHH había puesto una suma de 20 millones de marcos alemanes a disposición de HLB con instrucción de utilizarlo para el préstamo a los socios de Protei. Éstos sólo aportaron directamente una pequeña parte del capital de Protei: 100 000 marcos alemanes por cabeza. Los fondos propios iniciales de HSW, que ascendían también a 20,2 millones de marcos alemanes, fueron aportados por su único socio, Protei, que utilizó, por consiguiente, los fondos obtenidos de la FHH a través del síndico, el director y HLB.

El contrato suscrito entre HLB, Protei, el director y el síndico preveía que el principal y los intereses sólo se pagarían si HSW obtenía beneficios. El tipo de interés se fijó en el tipo de descuento más el 7,5 %, con un umbral mínimo del 15 % al año. Las partes acordaron que la responsabilidad del síndico y del director en lo que respecta al préstamo, su reembolso y los intereses, no se extendería a su patrimonio privado y que todas las cargas fiscales y otros gastos causados por la participación de Protei en HSW correrían a cargo de HLB. Protei renunció a su derecho a participar en el reparto de dividendos de HSW en la proporción correspondiente a la suma prestada respecto del capital social total de HSW.

El contrato preveía además que Protei debía continuar la explotación de HSW, que no podía decidir la liquidación de HSW sin el acuerdo de HLB, y que las decisiones relativas al consejo de administración o al Comité de supervisión requerían la conformidad de HLB. El contrato establecía también que Protei no podía vender acciones de HSW contra la voluntad de HLB. Se convino que Protei estaría obligado, a petición de HLB, a entablar negociaciones con posibles compradores. HLB se reservó el derecho a participar como observador en dichas negociaciones.

En su comunicación de 8 de septiembre de 1994, el Gobierno Federal explicó que el contrato, que confiere a HLB y a la FHH una influencia determinante sobre la gestión de HSW, expone a la ciudad de Hamburgo, sin convertirse en dueño de la empresa, a un riesgo equivalente al que corre un propietario que aporta fondos propios.

Entre 1984 y 1994, se pagaron 2,8 millones de marcos alemanes del principal y 2,7 millones de marcos alemanes en concepto de intereses del préstamo de HLB por valor de 20 millones de marcos alemanes. El 19 de junio de 1986, HSW procedió a una ampliación de su capital social por importe a 11,5 millones de marcos alemanes mediante fondos propios.

El plan de reestructuración recibió el apoyo de una serie de ayudas autorizadas por la Comisión (46 millones de marcos alemanes de ayudas para inversión, cierre, I+D, pérdidas de explotación, más una garantía pública sobre 40 millones de marcos alemanes). Finalmente, HSW sólo recibió 23,5 millones de marcos alemanes de ayudas para inversión, cierre y pérdidas de explotación. Los 22,5 millones de marcos alemanes restantes no se abonaron, puesto que el Gobierno Federal se negó a pagar su parte de las subvenciones a la inversión dado que una parte de las inversiones ya había sido realizada por la antigua HSW y otra parte acabó por no llevarse a cabo. El Gobierno Federal también se negó a pagar su parte de 15 millones de marcos alemanes porque las subvenciones para pérdidas de explotación se referían a pérdidas de la antigua HSW, que se hallaba en procedimiento de liquidación, y no a gastos que debía asumir la nueva sociedad. Una serie de garantías autorizadas sobre 27 millones de marcos alemanes jamás fueron utilizadas, ya que HSW optó por otros tipos de financiación.

En 1984, cuando HSW comienza sus actividades, HLB le concede una línea de crédito de 130 millones de marcos alemanes, sobre la base de contratos anuales prorrogados

regularmente. El 60 % de la misma (78 millones de marcos alemanes) se concedió por orden de la FHH. De conformidad con la legislación alemana (artículo 778 del Bürgerliches Gesetzbuch, o Código Civil, en adelante, BGB), la FHH está obligada a compensar al banco por todos los gastos en que incurra para ejecutar la citada orden, como si el banco hubiera obtenido una garantía para ese crédito (artículos 765 y seguientes de BGB). La línea de crédito se garantizó mediante la transmisión del activo circulante y la cesión de los créditos exigibles a terceros, a título de garantía. El Gobierno Federal comunicó a la Comisión el valor estimado de las garantías entre 1984 y 1994, que era el siguiente:

Fecha	Garantías en millones de DM	Garantías en % de la línea de crédito
30. 12. 1984	144,0	110,7
30. 12. 1985	157,2	120,9
30. 12. 1986	130,0	100,0
30. 12. 1987	144,1	110,8
30. 12. 1988	172,4	132,6
30. 12. 1989	174,7	134,3
30. 12. 1990	204,3	157,1
30. 12. 1991	167,0	128,4
30. 12. 1992	179,1	137,7
30. 12. 1993	208,4	138,9
30. 12. 1994	204,6	117,5

De 1984 a 1993, HSW registró pérdidas, excepto en cuatro ejercicios. Los cuadros que siguen muestran los resultados de las actividades corrientes de la empresa (en millones de marcos alemanes):

1984	+ 13,3
1985	− 2,6
1986	+ 1,3
1987	− 16,5
1988	− 5,7
1989	+ 15,7
1990	+ 8,9
1991	− 8,5
1992	− 19,8
1993	− 24,4

Hasta 1992, la línea de crédito de HSW no se utilizó nunca por completo. Ese año, las pérdidas se elevaron a aproximadamente 20 millones de marcos alemanes, por lo que la empresa necesitó que se le prorrogara la línea de crédito, que expiraba a finales de año, y que se le concediera otra línea de crédito por el mismo importe para seguir en funcionamiento. HLB, actuando con la prudencia propia de un banco comercial, se negó a ampliar la línea de crédito. Finalmente, por orden de la FHH, accedió a otorgar una ampliación del crédito por importe de 20 millones de marcos alemanes en diciembre, con la condición, impuesta por la Comisión de créditos de la FHH, de que la empresa presentara un plan de reestructuración adecuado.

En 1993, HSW registró pérdidas de 24,4 millones de marcos alemanes. La empresa necesitó una prórroga de la línea de crédito ampliada hasta 150 millones de marcos alemanes, que expiraba a finales de año, así como una nueva ampliación para continuar sus actividades. El consejo de administración de HLB se negó a prorrogar la línea de crédito. El banco no estaba dispuesto siquiera a prorrogar su compromiso anterior, del que hasta 52 millones de marcos alemanes no estaban cubiertos por el mandato crediticio de la FHH. La FHH ordenó a HLB que prorrogara la línea de crédito con efecto desde el 1 de enero de 1994 y que concediera una nueva línea de crédito de 24 millones de marcos alemanes, junto con un *swing* de 10 millones de marcos alemanes. De este modo, la totalidad de la línea de crédito, incluido este último crédito, quedaba cubierta por la obligación de la FHH de abonar al banco todos los gastos en que éste hubiera incurrido. La FHH aceptó, por tanto, la totalidad del riesgo económico vinculado a los préstamos concedidos a la empresa.

Un examen pericial de enero de 1994, efectuado a petición de la Comisión de créditos de la FHH, concluyó que, en caso de quiebra de HSW, la ciudad de Hamburgo sufriría pérdidas de alrededor de 200 millones de marcos alemanes. La privatización de la empresa era, según los expertos, la mejor solución posible porque los gastos del erario municipal serían inferiores «a los que supondría un apoyo continuado hasta concluir la reestructuración». Se decidió que se iniciarían negociaciones con posibles compradores para conseguir por lo menos el reembolso de una parte de los créditos.

En febrero de 1994 Protei transfirió sus participaciones en HSW al director de la empresa. En contrapartida, éste se hizo cargo de los créditos respecto de HLB por un valor de 17,2 millones de marcos alemanes sobre el préstamo de capital social de 20 millones de marcos alemanes; el precio de venta final fue únicamente de 275 000 marcos alemanes. Este precio de venta se pagó a través de un crédito de HLB. Asimismo, se concedió al director de la empresa el derecho a reembolsar los préstamos transfiriendo su participación en HSW a HLB, independientemente de que el valor de las participaciones alcanzara o no para satisfacer los créditos del banco.

En agosto de 1994, poco después de que la Comisión tomara la decisión de iniciar el presente procedimiento, un banco de inversiones privado, encargado por la FHH de organizar y coordinar la venta de HSW, preparó una licitación invitando a las empresas siderúrgicas nacionales e internacionales a presentar sus ofertas para la adquisición de HSW. El pliego de condiciones informaba a los posibles candidatos de que el director había habilitado a la FHH a disponer de las participaciones de HSW y de que la FHH, asistida por el banco de inversiones, gestionaba la venta de la empresa.

Mediante contrato de 27 de diciembre de 1994, HSW fue adquirida por Ispat. La transferencia de participaciones surtió efecto a partir del 1 de enero de 1995. El precio de venta de las participaciones, 10 millones de marcos alemanes, se pagó al director, quien inmediatamente trasfirió este importe a HLB. Siguiendo las instrucciones de HLB, que podía exigir al director la cesión de las participaciones de la empresa, éste las cedió a Ispat, satisfaciendo de este modo los créditos del banco resultantes del préstamo de 20 millones de marcos alemanes en 1984 y del crédito de 275 000 marcos alemanes que se le había concedido para pagar el precio de venta de las participaciones de HSW.

A lo largo de 1994, prácticamente se agotó la línea de crédito. El 15 de septiembre de 1994, por ejemplo, HSW utilizó 173,7 millones de marcos alemanes. El 30 de diciembre de 1994, la empresa había utilizado 166,7 millones de marcos alemanes de la línea de crédito. El 31 de diciembre de 1994, adeudaba a HLB 154,1 millones de marcos alemanes de la línea de crédito, cantidad totalmente garantizada por un mandato crediticio de la FHH. El Gobierno Federal no explicó por qué se redujo la utilización de la línea de crédito entre ambos días. El Gobierno Federal no informó a la Comisión de si se había utilizado el *swing* de 10 millones de marcos alemanes.

HLB e Ispat celebraron un acuerdo separado el mismo día en que se firmó el acuerdo entre el director de la empresa e Ispat sobre la transferencia de las participaciones. Este contrato, que cubre la venta a Ispat de la deuda de HSW respecto de HLB derivada de la línea de crédito, representa la parte más importante de los acuerdos contractuales sobre la venta de HSW. Se redactó ajustándose estrechamente a los modelos de contrato que el Treuhandanstalt, el organismo de Derecho público encargado de la privatización de las antiguas empresas estatales de Alemania oriental, utilizada para sus privatizaciones. En el preámbulo del contrato se estipula que la FHH «tiene gran interés en que HSW siga en funcionamiento y, de este modo, se mantengan los puestos de trabajo». Asimismo, añade que los fondos propios de HSW son negativos y que «en las circunstancias actuales, no se prevé otra ampliación de capital a través de HLB». HSW parece, por tanto, al borde de la quiebra.

El contrato especifica también que los préstamos otorgados por HLB deben considerarse como préstamos substitutivos de fondos propios, es decir, que, en caso de quiebra de la empresa, no deberán tratarse como deudas exigibles sino como fondos propios aportados por un socio en un momento en que la empresa necesitaba capital adicional para evitar la quiebra. Según las disposiciones de este contrato, la deuda total de HSW pasa de HLB a Ispat a un precio de compra que se fijará según una fórmula compleja. La cantidad establecida mediante esta fórmula puede describirse como «valor de liquidación y cese». Esta es la cantidad que podría recibir Ispat si decidiera no mantener en funcionamiento HSW y vender inmediatamente todos los activos, las existencias y las deudas. De la cantidad calculada a partir de esta fórmula deben deducirse los costes de despido de hasta cien trabajadores y miembros del equipo directivo de HSW, los gastos de cierre de dos filiales y algunos gastos de ejecución del contrato. Asimismo, el contrato establece que Ispat espera que la FHH le libere de todas obligaciones relacionadas con los daños ambientales provocados en el terreno utilizado por HSW. HLB aceptó que, de no tener lugar la citada exención de obligaciones, los costes de renovación ambiental se dedujeran del precio de venta. Las autoridades alemanas calculan que el precio de venta, que aún no ha sido fijado, oscilará entre los 44 millones y los 74 millones de marcos alemanes (del 28 % al 48 % de la cantidad utilizada de la línea de crédito de HLB). Ispat no estaría obligada a abonar ella misma el precio de venta inmediatamente. El importe se conseguiría mediante un crédito de HLB, avalado por una garantía bancaria constituida por Ispat, que no podría cancelarse antes del 31 de diciembre de 1995.

Según las disposciones del contrato, el comprador debe proseguir la explotación de HSW manteniendo los niveles de producción media de 1994. Debe encargarse de que HSW produzca básicamente acero de calidad, efectúe inversiones por un valor mínimo de 70 millones de marcos alemanes, mantenga 630 empleos, conserve una participación mayoritaria en HSW hasta finales de 1999 por lo menos, y amplíe el capital social en 30 millones de marcos alemanes. Además Ispat acepta que HLB supervise el cumplimiento de estas condiciones.

Estas obligaciones, que vencen al término de 1999, están garantizadas mediante un régimen de sanciones previsto en el contrato.

En lo que respecta al procedimiento incoado por la Comisión en julio de 1994, las partes acordaron hacer todo lo posible para defenderse, recurriendo a los medios legales disponibles, frente a cualquier medida adoptada por la Comisión en relación con los créditos o su garantía por la FHH y, en caso necesario, adaptar el contrato para garantizar la supervivencia de HSW. HLB tomó nota de que «Ispat y HSW no asumirán las posibles obligaciones financieras que puedan derivarse de una decisión».

III

El Gobierno Federal considera que las medidas financieras adoptadas por la FHH y HLB respecto de HSW no constituyen una ayuda de Estado.

En lo que respecta al crédito de 20 millones de marcos alemanes autorizado como aportación de capital social inicial de HSW, el Gobierno alemán ha admitido que, en ese caso, el Estado asumió un riesgo financiero equivalente al de un empresario que aporta capital de riesgo a su empresa. No obstante, considera que un inversor privado en una economía de mercado hubiera actuado del mismo modo en circunstancias similares.

Una vez liquidada la antigua Hamburger Stahlwerke GmbH, la deuda con respecto a la FHH y a HLB se elevaba a 181 millones de marcos alemanes. El tribunal competente consideró que esta cantidad provenía de créditos substitutivos de capital. En consecuencia, sólo se hubiera reembolsado a ambos acreedores si todos los demás acreedores, privilegiados y no privilegiados, hubieran obtenido satisfacción en el marco del procedimiento de liquidación. El administrador en el marco del convenio ya había intentado en vano encontrar un comprador que estuviera dispuesto a mantener la empresa en funcionamiento. Cuando el tribunal inició el procedimiento de liquidación, la FHH y HLB decidieron apoyar la compra de HSW al valor de una empresa en funcionamiento a fin de aumentar la masa de la quiebra hasta un nivel que permitiera por lo menos la cobertura parcial de las deudas. Las autoridades alemanas consideran que un inversor privado en la misma situación también hubiera liberado los fondos necesarios para que la empresa siguiera en funcionamiento.

Asimismo, el Gobierno Federal opina que el crédito de 20 millones de marcos alemanes concedido por orden de la FHH queda amparado por las decisiones de la Comisión de 1984 y 1985, por las que se autorizaron garantías estatales de hasta 40 millones de marcos alemanes a favor de HSW. Nunca se utilizaron las garantías autorizadas por valor de 27 millones de marcos alemanes, porque la empresa optó por otras formas de financiación.

En lo que respecta a la línea de crédito, las autoridades alemanas subrayan que siempre ha estado cubierta mediante garantías que un banco privado hubiera considerado suficientes para una línea de crédito equivalente. Según el Gobierno alemán, el único motivo para elegir el banco público HLB fue que ofrecía mejores condiciones que los bancos privados debido a su situación privilegiada. El hecho de que el 60 % de la línea de crédito estuviera cubierto desde el inicio por el mandato crediticio de la FHH se explicó alegando que HSW no puede ofrecer garantías inmobiliarias ya que carece de terreno propio. Según las autoridades alemanas, HLB es considerado un banco muy prudente que excluye el más mínimo riesgo relacionado con sus operaciones. La exigencia de una garantía suplementaria a través del mandato crediticio de la FHH por parte de HLB no prueba, en opinión del Gobierno alemán, que un banco privado no hubiera concedido una línea de crédito similar sin esta garantía adicional. Por consiguiente, el mandato crediticio de la FHH debería considerarse una mera transferencia del riesgo de HLB a la FHH, lo que tendría solo un efecto interno sobre el presupuesto de esta última pero no tendría nada que ver con HSW. Por consiguiente, el Gobierno Federal estima que la línea de crédito no constituye una ayuda de Estado, en todo caso en el período de 1984 a 1992.

En cuanto a la ampliación de la línea de crédito de 20 millones de marcos alemanes concedida en diciembre de 1992 por orden de la FHH, asumiendo todo el riesgo el erario público, el Gobierno alemán señaló que HLB tuvo que decidir entre conceder la prórroga necesaria para mantener en funcionamiento HSW o cancelar el compromiso por considerarlo incobrable. El mandato crediticio de la FHH, que cubre la deuda de HLB como una garantía, debe entenderse simplemente, según el Gobierno Federal, como un esfuerzo de la FHH por librar a su filial HLB de los riesgos que implica la jurisprudencia en materia de créditos sustitutivos de capital. El Gobierno Federal afirma que no fue el mandato crediticio lo que incitó al banco a decidir, en diciembre de 1992, prorrogar la línea de crédito. Un banco privado que se encontrara ante la alternativa, por una parte, de mantener y prorrogar su crédito o, por otra, de perder toda su financiación, hubiera tomado la misma decisión.

En lo referente a la prórroga de la línea de crédito en diciembre de 1993, a su ampliación por importe de 24 millones de marcos alemanes y a la concesión de un *swing* de 10 millones de marcos alemanes, así como al mandato crediticio ampliado de la FHH respecto de toda la financiación de HSW, el Gobierno alemán considera que este comportamiento se justifica desde el punto de vista de una transferencia responsable social y económicamente de la empresa al sector privado.

HLB no estaba dispuesto a mantener su compromiso, ni siquiera respecto de los 52 millones de marcos alemanes que había puesto anteriormente a disposición de la empresa a través del capital circulante de HSW. El Gobierno alemán considera que el comportamiento de HLB se explica por el hecho de que una nueva sentencia [1] sobre la cuestión de los préstamos sustitutivos del capital permitió llegar a la conclusión de que toda la financiación concedida por HLB sería un crédito de este tipo que se perdería por completo en caso de quiebra.

La FHH, expuesta al mismo riesgo por su compromiso de 98 millones de marcos alemanes, decidió facilitar la financiación necesaria para permitir como mínimo la recuperación parcial de los créditos y el mantenimiento de la empresa en funcionamiento tras las cesión del riesgo correspondiente al sector privado. El Gobierno Federal considera que este compromiso de la FHH es comparable a una inversión de alto riesgo *(junk bond)*, que al parecer existe en el mercado monetario de los Estados Unidos a un 15 % de interés. Si la financiación total de HSW después de diciembre de 1993 constituyera una ayuda de Estado, el montante en cuestión se limitaría, según el Gobierno Federal, a ese tipo de interés, porque la empresa habría tenido la posibilidad de utilizar los citados *junk bonds* americanos para su financiación.

[1] Esta decisión del *Bundesgerichtshof* de 13 de julio de 1992, publicada el 2 de octubre de 1992 en *Der Betrieb* 1992, p. 2026, hacía referencia a un asunto, no relacionado con el caso actual, en que la relación contractual entre el prestamista y el prestatario era similar a la de HLB y HSW.

Las autoridades alemanas han esgrimido los mismos argumentos en lo que respecta a la ampliación de la línea de crédito por valor de 20 millones de marcos alemanes de diciembre de 1992, y creen que un banco privado se hubiera comportado exactamente del mismo modo que la FHH cuando decidió conceder toda la línea de crédito más la ampliación por valor de 24 millones de marcos alemanes, así como el *swing* de 10 millones de marcos alemanes.

IV

Hamburger Stahlwerke GmbH es una empresa que entra en el ámbito de aplicación del artículo 80 del Tratado CECA porque fabrica productos enumerados en el Anexo I del Tratado CECA, por lo que son aplicables en el presente caso las disposiciones de dicho Tratado y del Código de ayudas a la siderurgia.

Una ayuda de Estado a los efectos de la letra c) del artículo 4 del Tratado CECA equivale, en particular, a una transferencia de recursos estatales a empresas públicas o privadas del sector siderúrgico, en forma de adquisiciones de acciones, aportaciones de capital u otras medidas similares de financiación cuando esta transferencia no constituye una aportación de capital de riesgo según la práctica usual de inversiones en una economía de mercado con vistas a obtener un rendimiento futuro u otro tipo de ingresos [1].

Desde su fundación en 1984, Hambuerger Stahlwerke GmbH fue *de facto* una empresa pública. El Estado constituyó la totalidad del capital social y lo aportó a la empresa a través de HLB, del síndico, del director y de Protei. El director y el síndico, los dos únicos socios con control sobre Protei, a su vez socio único de HSW y responsable además de su gestión, estabán sujetos a estrictas obligaciones impuestas por el contrato con HLB, que les reducían drásticamente los derechos que normalmente confiere la posición de socio.

Los contratos firmados en 1984 garantizaban a la FHH el control de HSW a través de HLB. De conformidad con el artículo 83, el Tratado CECA no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad de las empresas sujetas a sus disposiciones. Los Estados miembros pueden explotar empresas siderúrgicas bajo el control del sector público.

En lo que respecta al préstamo de 20 millones de marcos alemanes ortogado por la FHH a Protei a través de HLB para constituir el capital social inicial de HSW, hay que concluir que equivale a la aportación directa de fondos propios. El contrato celebrado entre el banco público, actuando por orden de la FHH, y los tomadores del crédito preveía que el Estado sólo obtendría el reembolso del principal y de los intereses si HSW registraba beneficios. En virtud de estas disposiciones, durante un período de diez años sólo se reembolsaron 2,8 millones de marcos alemanes de principal y 2,7 millones de marcos alemanes de intereses. La venta de las acciones, aceptada para sustituir el reembolso del crédito, cubrió un importe adicional de 10 millones de marcos alemanes, de modo que la pérdida final de la FHH en relación con el crédito de capital social, excluidos los intereses normalmente aplicables, se eleva a 4,5 millones de marcos alemanes. Las disposiciones relativas al reembolso del principal y de los intereses del crédito de capital social reflejan los dividendos a que tiene derecho un inversor que aporta capital de riesgo a una empresa de responsabilidad limitada. Así pues, el préstamo debe considerarse como una aportación de fondos propios.

El argumento del Gobierno Federal, según el cual un inversor privado también hubiera estado dispuesto a inyectar fondos propios en HSW a fin de que Hamburger Stahlwerke GmbH pudiera seguir en funcionamiento, no parece convincente. La Comisión, al analizar si la aportación de fondos públicos correspondía a una práctica normal en una economía de mercado, se ha basado siempre en el comportamiento de un inversor privado que se encontrara en una situación idéntica a la del Estado. El administrador en el marco del convenio intentó durante un año, en vano, encontrar un inversor privado que se hiciera cargo de las actividades de la empresa. La reacción de los posibles inversores contactados en ese momento para hacerse cargo de la empresa demuestra que un inversor privado sin una relación especial con la antigua Hamburger Stahlwerke GmbH no hubiera aportado capital de riesgo para financiar la sociedad que se iba a hacer cargo de la empresa en quiebra.

Cuando, en 1984, la Comisión examinó las ayudas relacionadas con el plan de reestructuración presentado por el Gobierno Federal, consideró que la empresa, teniendo en cuenta la supuesta disposición del inversor privado Protei de aportar fondos propios, era viable con las ayudas finalmente aprobadas, cuya cuantía se limitaba a lo estrictamente necesario para la reestructuración de HSW. La imposibilidad de encontrar un inversor privado que se hiciera cargo de la antigua Hamburger Stahlwerke GmbH, a pesar de la perspectiva de obtener estas cuantiosas ayudas (en 1982 ya se había notificado a la Comisión la intención de concederlas), pone de manifiesto que un inversor privado no hubiera estado a inyectar capital de riesgo.

El hecho de que HLB haya participado también en la financiación de la nueva empresa HSW confirma esta tesis. El banco no autorizó los préstamos relacionados con la línea de crédito, imponiendo condiciones que los harían comparables desde el principio a la aportación de

[1] Veáse el Tribunal de Justicia, asuntos C 40/85 Bélgica/Comisión, Rec. 1986, p. 2321, 2345; C 303/88, Italia/Comisión, Rec. 1991, p. I-1433, I-1476 (ENI Lanerossi); Decisión 3855/91/CECA de la Comisión, DO nº L 362 de 31. 12. 1991, p. 57, II, párrafo quinto; Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre las empresas públicas, DO nº C 307 de 13. 11. 1993, p. 3, apartados 10 a 21.

fondos propios. HSW también se vio obligada a pagar los intereses los años en que no obtenía beneficios. Además, el banco recibió garantías para avalar su crédito, que eran válidas por lo menos mientras el crédito no se considerara sustitutivo de fondos propios.

De ello se deduce que el crédito de 20 millones de marcos alemanes concedido por la FHH a través de HLB y de Protei para la aportación del capital inicial de HSW constituye una ayuda de Estado.

En 1984 y 1985, la Comisión autorizó garantías estatales en favor de HSW por valor de 40 millones de marcos alemanes. De este importe, las garantías que cubrían hasta un máximo de 27 millones de marcos alemanes no se llegaron a utilizar nunca. Dado que el Derecho alemán prevé que un mandato crediticio implica la responsabilidad de quien otorga dicho mandato, de conformidad con las disposiciones aplicables a las garantías (artículos 778, 765 y seguientes del BGB), el mandato crediticio de la FHH es comparable a una garantía estatal. La responsabilidad derivada del mandato es la misma que la que se deriva de una garantía. La ayuda de Estado vinculada al crédito de capital social de 20 millones de marcos alemanes está amparada, por tanto, por la autorización de la Comisión de 1984 y 1985.

En lo referente a la línea de crédito concedida por HLB desde 1984, en gran medida cubierta por el mandato crediticio de la FHH, parece conveniente examinar en primer lugar la estructura de los acuerdos financieros relativo a la creación de la nueva empresa HSW.

Cuando se incoó el procedimiento de liquidación de la antigua HSW resultó patente que nunca se recuperarían los créditos activos de HLB, por valor de 52 millones de marcos alemanes, y de la FHH, por valor de 129 millones de marcos alemanes, respecto de la antigua HSW. La explicación reside en que tanto los créditos de la FHH como los de HLB se habían considerado como sustitutivos de fondos propios y que sólo podían reembolsarse en el marco del procedimiento de liquidación una vez se hubiera dado satisfacción a todos los acreedores privilegiados y no privilegiados. El cierre de la empresa hubiera implicado costes de desalojo del terreno, costes sociales y la venta de los activos a su valor de desmantelamiento, netamente inferior al valor de una empresa en marcha.

En estas circunstancias, HLB estaba dispuesta a participar en la financiación de la nueva empresa HSW mediante la concesión de créditos para obtener, por lo menos, la recuperación parcial de su deuda activa. Finalmente consiguió el reembolso del 90 % de sus créditos pendientes, que ascendían a 52 millones de marcos alemanes. La decisión de HLB de conceder un crédito por exactamente esa misma cuantía (52 millones de marcos alemanes) por su cuenta y riesgo a fin de financiar un proyecto que llevara a este resultado, parece razonable desde un punto de vista económico.

La FHH concedió un crédito de capital social de 20 millones de marcos alemanes a través de HLB, garantizó 78 millones de marcos alemanes de la línea de crédito para la financiación de las actividades de la nueva empresa HSW y ofreció incluso ayudas de financiación por aproximadamente 23,5 millones de marcos alemanes (la cantidad restante de las ayudas debería financiarse a través del presupuesto federal), así como garantías por un máximo de 40 millones de marcos alemanes. La contribución total de la FHH, excluidas las garantías, se eleva aproximadamente a 121,5 millones de marcos alemanes.

Resulta evidente, por tanto, que HLB y la FHH pretendían únicamente poner a disposición de la empresa una cantidad correspondiente a sus créditos pendientes a fin de permitir que una nueva sociedad prosiguiera las actividades y, de este modo, encontrar una salida que permitiera evitar gastos suplementarios relacionados con el cierre.

HLB obtuvo finalmente el reembolso del 90 % de sus créditos pendientes respecto de la antigua HSW, y la FHH, el 60 %. La diferencia esencial, no obstante, radica en la estructura de las garantías que ambos acreedores habían obtenido para cubrir la línea de crédito. HLB, como acreedor formal también de la línea de crédito de 78 millones de marcos alemanes concedida por orden de la FHH, obtuvo la transmisión del capital circulante y la cesión de los créditos exigibles a terceros, a título de garantía. Dado que el mandato crediticio de la ciudad de Hamburgo a HLB obligaba a la primera a cubrir todos los gastos en que incurriera el banco en relación con la línea de crédito de 78 millones de marcos alemanes, las garantías sólo hubieran cubierto esta parte en la medida en que su valor no excediera la cuantía del crédito concedido por HLB por su cuenta y riesgo, y únicamente por dicho importe. Habida cuenta de que estas garantías, según el criterio del valor de una empresa en funcionamiento, oscilaban entre los 144 millones de marcos alemanes en 1984 y los 204 millones de marcos alemanes en 1994, es de suponer que, de aplicarse el criterio de su valor de desmantelamiento, su valor fuese siempre superior a los 52 millones de marcos alemanes. El hecho de que el precio de venta que debe abonar Ispat según la fórmula contractual se estime en la actualidad entre los 44 millones de marcos alemanes y los 74 millones de marcos alemanes contribuye a reforzar esta tesis. HLB otorgó la línea de crédito mediante garantías que permitirían siempre la satisfacción prioritaria de su deuda activa antes de que la FHH pudiera beneficiarse de las mismas.

Entre 1984 y 1992, período en que la línea de crédito de renovación automática se concedía y prorrogaba regularmente, la nueva sociedad HSW no tenía dificultades financieras tan graves como para que fuera necesaria una nueva aportación de capital por parte de sus socios para evitar la quiebra. La empresa disponía de fondos propios suficientes para cubrir la parte deficitaria de sus actividades. En consecuencia, HLB no tenía razón alguna para temer perder las garantías debido a la legislación alemana sobre créditos sustitutivos de capital, aunque el sistema contractual utilizado en la constitución de la nueva empresa HSW fuera una clara tentativa de eludir esta situación jurídica.

El cálculo inicial de HLB y la FHH sobre la posibilidad de obtener el reembolso de los créditos pendientes de la antigua HSW resultó ser correcto. HLB obtuvo el reembolso del 90 % de su deuda activa, que no estaba cubierta por el patrimonio de la antigua HSW en el marco del procedimiento de liquidación, y la sustituyó por una nueva deuda basada en una línea de crédito concedida por su cuenta y riesgo y que cubría la misma cantidad pero estaba garantizada por la nueva HSW. Sólo si la situación financiera de HSW hubiera empeorado de tal modo que hubiera resultado necesaria la aportación de nuevos fondos propios, HLB hubiera debido contar con dificultades equivalentes a las de la quiebra de la antigua empresa, ya que en tal caso hubiera sido aplicable la jurisprudencia en materia de créditos sustitutivos de capital. Cuando HLB concedió la línea de crédito, pudo apoyarse en dos elementos esenciales. En primer lugar, en ese momento aún no era ampliamente conocido que el sistema contractual elaborado para la creación de la nueva HSW constituía una posibilidad de eludir la legislación relativa a los créditos sustitutivos de fondos propios de manera que, en caso de quiebra, el riesgo de incoar un proceso hubiera recaído en el síndico. En segundo lugar, y más importante aún, la FHH había demostrado estar dispuesta a mantener la nueva empresa en funcionamiento a fin de conservar los puestos de trabajo. Era lógico que HLB supusiera que la FHH estaba dispuesta a ayudar a la empresa en caso de que se deteriorara su situación financiera.

El comportamiento de la FHH en diciembre de 1992 y en diciembre de 1993 refuerza estos argumentos. En esa época, HSW debió hacer frente a dificultades financieras y necesitó un suplemento de liquidez para seguir en funcionamiento. En diciembre de 1992, HSW, tras registrar pérdidas de 8,5 y 19,8 millones de marcos alemanes, respectivamente, en 1991 y 1992, necesitó una ampliación de su línea de crédito por valor de 20 millones de marcos alemanes. HLB y la FHH debían decidir si se prorrogaba la línea de crédito y se concedía la ampliación solicitada. HLB decidió, por su cuenta y riesgo y sin estar cubierta por el mandato crediticio de la FHH, prorrogar la línea de crédito de 52 millones de marcos alemanes, pero se negó a participar en una ampliación del crédito. La FHH decidió no sólo renovar el mandato crediticio con respecto a 78 millones de marcos alemanes sino que también ordenó a HLB que concediera a la empresa la ampliación solicitada de 20 millones de marcos alemanes. La FHH elevaba de este modo del 60 % al 65,4 % la cobertura del riesgo relacionado con la línea de crédito.

El comportamiento de HLB parece razonable teniendo en cuenta las consideraciones relativas a las condiciones en que se constituyó la nueva empresa HSW. HLB se declaró dispuesta a poner a disposición 52 millones de marcos alemanes de la línea de crédito, la misma cantidad que pensaba recuperar mediante la solución que financió (es decir, la creación de una nueva HSW). En diciembre de 1992, ocho años después del inicio del procedimiento de liquidación de la antigua HSW, ya resultaba evidente que HLB había obtenido los resultados deseados puesto que había recuperado el 90 % de su deuda activa respecto de la antigua HSW. Evidentemente, no tenía la intención de aportar fondos suplementarios a la nueva HSW, especialmente en un período muy crítico para todo el mercado del acero europeo, por lo que se negó a ampliar la línea de crédito por su cuenta y riesgo.

El argumento del Gobierno Federal, según el cual un banco privado hubira concedido la ampliación necesaria de la línea de crédito porque, en caso contrario, se hubiera perdido la totalidad del préstamo, no resulta convincente. La concesión por HLB de una parte de la línea de crédito a HSW no fue nunca comparable a un crédito de un banco privado normal para la financiación de las actividades de una empresa. El comportamiento del banco y de la FHH en diciembre de 1992 confirma la conclusión antes expuesta, según la cual HLB se basaba en la intención declarada de la FHH de mantener a HSW en funcionamiento por constituir una actividad industrial clave de la ciudad.

El argumento del Gobierno Federal, según el cual HSW no salió beneficiada del mandato crediticio suplementario, carece de fundamento. Las autoridades alemanas explicaron que la empresa necesitaba el citado importe para evitar la insolvencia. Habida cuenta de que HLB ya había conseguido todas las garantías posibles, hubiera sido imposible encontrar un banco privado normal que estuviera dispuesto a aportar los créditos adicionales. La cobertura de la línea de crédito suplementaria de 20 millones de marcos alemanes no fue una mera transferencia de riesgo entre HLB y la FHH con el objetivo de evitar dificultades financieras al banco. La ampliación del crédito fue decisiva para la supervivencia de HSW en aquel momento y, por consiguiente, ventajosa para la propia empresa.

En 1993, HSW registró de nuevo pérdidas por 24,4 millones de marcos alemanes, las más elevadas desde su creación en 1984. Los expertos encargados por la Comisión de créditos de la FHH de elaborar un examen pericial demostraron en diciembre de 1993/enero de 1994 que HSW estaba al borde de la quiebra y que la privatización de la empresa era el mejor modo posible de limitar las pérdidas de la FHH y de conservar los puestos de trabajo.

Una vez más, HLB y HFF debían pronunciarse sobre la prórroga de la línea de crédito de renovación automática y sobre su necesaria ampliación en 24 millones de marcos alemanes. HLB decidió no prorrogar la línea de crédito concedida por su cuenta y riesgo y no otorgar más financiación. En cambio, la FHH decidió hacerse cargo de la totalidad del riesgo económico relacionado con HSW y dio la orden a HLB de conceder a la empresa, a partir de enero de 1994, una línea de crédito de 174 millones de marcos alemanes, así como un swing por valor de 10 millones de marcos alemanes.

El Gobierno Federal considera que la decisión del banco se basa esencialmente en una sentencia recientemente publicada en virtud de la cual los créditos concedidos por HLB debían considerarse como créditos sustitutivos de fondos propios. Esta explicación no es convincente.

La citada sentencia ya se había publicado el 2 de octubre de 1992 en una revista especializada de amplia difusión, es decir, antes de que HLB tomara la decisión de prorrogar la línea de crédito por valor de 52 millones de marcos alemanes en diciembre de 1992. Asimismo, es

improbable que la dirección de HLB no se hubiera dado cuenta de que el sistema contractual creado en 1984 constituía únicamente una tentativa de evitar que volvieran a surgir problemas con la legislación en materia de créditos sustitutivos de capital, como las que ya había conocido HLB en el procedimiento de liquidación de la antigua empresa HSW. La experiencia adquirida tras la quiebra de la antigua HSW demuestra que toda financiación de HSW en una situación económica difícil, junto con cierta proximidad con los socios o cualquier tipo de participación indirecta, supondría -en caso de quiebra- que los créditos se asimilarían a los fondos propios. El sistema contractual que sirvió de base para la creación de la nueva HSW preveía ese tipo de participación indirecta ya que el verdadero socio de HSW, Protei, se veía privado en favor del banco de los derechos básicos ligados a su participación. El banco había adquirido, como se señala anteriormente, una influencia decisiva sobre el futuro de la empresa. La diferencia respecto de una participación como socio fiduciario es mínima, especialmente teniendo en cuenta el contexto económico de la jurisprudencia alemana sobre los créditos sustitutivos de capital.

Este sistema contractual tenía claramente como objetivo eludir las disposiciones relativas a la sustitución de capital aunque éstas prevén medidas de salvaguardia eficaces contra cualquier tipo de elusión. Cualquier síndico hubiera podido revelar sin mayores dificultades este intento de elusión. Parece razonable, por tanto, admitir que la dirección del banco sabía desde el inicio que, en caso de quiebra, las garantías se hubieran visto gravemente comprometidas, pero no esperaba tener que hacer frente a una quiebra ya que la FHH estaba dispuesta inicialmente a mantener en funcionamiento a HSW. Sin embargo, como el examen pericial de diciembre de 1993/enero de 1994 encargado por la Comisión de créditos de la FHH recomendaba insistentemente que se pusiera fin al compromiso financiero en favor de HSW, era improbable que la FHH siguiera manteniendo esta postura. En esta situación, el banco no podía esperar que la FHH evitara la quiebra en cualquier circunstancia. La dirección de HLB decidió, en consecuencia, poner fin a su compromiso y dejar la posterior financiación de la empresa en manos de la FHH.

El Gobierno Federal considera, por otra parte, que el comportamiento del Estado estaba justificado desde el punto de vista de una transferencia responsable económica y socialmente de la empresa al sector privado.

La Comisión ha analizado este aspecto teniendo especialmente en cuenta las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-303/88, antes citado, y en el C-305/89 [1]. En estas sentencias, el Tribunal de Justicia señaló en particular, que cuando una aportación de capital público no toma en consideración la rentabilidad, ni siquiera a largo plazo, dicha aportación debe considerarse una ayuda. En cuanto a los demás aspectos sobre el posible comportamiento de un inversor privado, abordado en las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos C-303/88 y C-305/89, los créditos concedidos por la FHH a través de HLB en el marco de una línea de crédito son incompatibles con el comportamientoo normal de un inversor privado. En el caso que nos ocupa, los hechos muestran claramente que la financiación obtenida a través de la FHH nunca respondió a los criterios de rentabilidad esperados por un inversor normal, ya sea a corto o a largo plazo.

Asimismo, cabe recordar la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92 [2], en que se establece que un inversor privado no aportaría capital adicional a una empresa si existiera el propósito de venderla, ya que dicha venta le privaría de cualquier posibilidad de rentabilidad futura, incluso a largo plazo, y por muy remota que ésta fuera. En diciembre de 1993, la FHH decidió seguir el consejo de los expertos en su informe y privatizar HSW. El objetivo de los préstamos era evitar la insolvencia y con ello la quiebra mientras se preparaba la privatización. No se consideraba posible llevar a cabo la privatización sin amortizar una parte muy importante de las deudas pendientes.

La perspectiva de no recuperar los créditos pendientes de HSW en caso de quiebra de la empresa no le bastó a HLB para seguir adelante con sus compromisos. El mantenimiento en actividad de la antigua HSW le había permitido al banco recuperar el 90 % de su deuda activa y la FHH había recuperado 77 millones de marcos alemanes, es decir, el 93,7 % de la línea de crédito inicial cubierta por el Estado. Con todo, las demás contribuciones financieras de la FHH para la constitución de la nueva HSW, que, como ya se ha dicho anteriormente, debía permitirle recuperar la cantidad pendiente de su crédito respecto de la antigua empresa, fueron consideradas subvenciones a fondo perdido y autorizadas como ayudas de Estado por la Comisión. Por consiguiente, la quiebra de la nueva HSW no supuso ninguna pérdida suplementaria imprevista. Habida cuente de que, en 1984, la FHH era de la misma opinión que el banco y consideraba que las contribuciones para el mantenimiento en actividad de la antigua HSW estaban económicamente justificadas ya que permitían recuperar los créditos pendientes, lo más lógico hubiera sido poner fin al compromiso financiero en favor de la empresa una vez obtenida la satisfacción de la antigua deuda.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo que precede, no se puede excluir por completo que el comportamiento de la FHH en lo que respecta a la línea de crédito de HSW entre 1984 y 1992 fuera el comportamiento normal de un inversor en una situación similar. Las expectativas razonables de obtener por lo menos el reembolso parcial de una deuda incobrable también instaron a HLB, cuya dirección actuaba con la prudencia propia de un banco comercial, a conceder una línea de crédito de una cantidad similar a la deuda que tenía la antigua HSW con el banco. La situación de la FHH y HSW tras la insolvencia de la antigua

[1] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Italia/Comisión, Rec. 1991, p. I-1603 (Alfa Romeo).

[2] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, España/Comisión, (Hytasa), Rec. 1994, p. I-4103, véase EuZW 1994, p. 694.

HSW era muy inusual. No se puede excluir que las diferencias existentes entre las garantías, a las que ya se ha aludido, fueran lo suficientemente limitadas para concluir que el comportamiento de la FHH corresponde básicamente a lo que la dirección de HLB consideraba razonable. Si sólo se toman en consideración las contribuciones respectivas a la línea de crédito, se observa que HLB y la FHH recuperaron prácticamente la cuantía total que habían aportado. HLB concedió el 60 % de la línea de crédito por orden de la FHH. El banco fue utilizado en este caso como un instrumento para la concesión del crédito; los préstamos fueron concedidos por la FHH a HSW a través de HLB. Por tanto, los créditos concedidos sobre la base de la línea de crédito deberían considerarse créditos de la FHH. La Comisión no considera, en consecuencia, necesario un desembolso adicional, como sería habitual en el caso de las garantías. Por consiguiente, la Comisión concluye que la línea de crédito por valor de 78 millones de marcos alemanes concedida por HLB entre 1984 y finales de 1993, siguiendo las instrucciones de la FHH, no constituye una ayuda de Estado.

Por otro lado, la ampliación de la línea de crédito por un importe de 20 millones de marcos alemanes en diciembre de 1992 llevó a una situación en la que la FHH arriesgó un importe superior a su deuda activa inicial respecto de HSW, de modo que las motivaciones económicas específicas aludidas para justificar la solución de mantenimiento de la empresa no permiten explicar este comportamiento. Tras las graves pérdidas registradas por HSW en 1991 y 1992, la situación financiera de la empresa se fue deteriorando paulatinamente. El sector europeo del acero está pasando por su fase más difícil desde la primera mitad de los años ochenta debido a la recesión económica general, a un grave desequilibrio entre la oferta y la demanda, a los excesos de capacidad estructural y a la caída correspondiente de los precios. Todos estos factores contribuyeron a deteriorar la situación financiera de casi todas las empresas siderúrgicas de la Comunidad. En este contexto económico, HLB lógicamente se negó a ampliar la parte de la línea de crédito que había concedido por su cuenta y riesgo.

En lo referente a la prórroga y a la ampliación de la línea de crédito en diciembre de 1993 y al hecho de que la FHH aceptara hacerse cargo de todo el riesgo relacionado con la financiación de HSW tras la negativa de HLB a prorrogar siquiera su compromiso anterior, resulta evidente que HLB consideró que las condiciones especiales en que había tenido lugar la financiación inicial de la nueva HSW ya no bastaban para justificar el riesgo económico vinculado a su mantenimiento.

La empresa se encontraba al borde de la quiebra. Se esperaban nuevas pérdidas importantes para 1994. La situación en el mercado del acero no había mejorado notablemente. El informe pericial sólo había anunciado una limitación de las pérdidas en caso de privatización. En estas circunstancias, la dirección de HLB decidió poner fin a su compromiso y aceptar también la quiebra si la FHH adoptaba la misma actitud e interrumpía también su financiación. Esta visión de conjunto muestra claramente que ningún inversor privado hubiera aportado nuevos fondos a HSW en la situación en que se encontraba a fines de 1993. El único socio de la FHH, que estaba en la misma situación, consideró que la justificación, anteriormente válida, ya no bastaba para seguir financiando a HSW. En consecuencia, el comportamiento de la FHH no puede considerarse comparable al de un inversor normal en una economía de mercado.

Por ello, la orden dada por la FHH a HLB instándole a conceder a HSW a principios de 1994 una línea de crédito de 174 millones de marcos alemanes y un swing de 10 millones de marcos alemanes, asumiendo la FHH todo el riesgo, constituye una ayuda de Estado incompatible con el Tratado CECA y el Código de ayudas a la siderurgia. El elemento de ayuda de estos créditos no consiste en un tipo preferencial sino en los propios fondos prestados.

Los préstamos deben considerarse aportaciones directas de fondos propios ya que el valor de los propios créditos es, con arreglo a la legislación sobre los créditos sustitutivos de capital, equiparable a los fondos propios aportados por el socio de una sociedad de responsabilidad limitada con dificultades económicas.

La letra c) del artículo 4 del Tratado CECA prohíbe las ayudas de Estado en favor de empresas siderúrgicas. El Código de ayudas a la siderurgia, aprobado por unanimidad por el Consejo de conformidad con el artículo 95 del Tratado, prevé la compatibilidad de algunos tipos de ayudas de Estado con el mercado común, entre las que cabe mencionar las ayudas para investigación y desarrollo (artículo 2), las ayudas a favor de la protección del medio ambiente (artículo 3) y las ayudas para el cierre (artículo 4), así como las ayudas regionales a las inversiones previstas en los regímenes generales para determinadas regiones de la Comunidad (artículo 5). Las ayudas concedidas a HSW no entran en ninguna de estas categorías. De acuerdo con el Código de ayudas a la siderurgia, las ayudas al salvamento y la reestructuración no pueden considerarse compatibles con el mercado común.

Toda ayuda concedida ilegalmente ha de ser reembolsada por la empresa beneficiaria, de conformidad con los procedimientos y las disposicioness de la legislación alemana, incluidos los intereses, que empezarán a devengarse a partir de la fecha de concesión de las ayudas y sobre la base del tipo de referencia utilizado en el examen de los regímenes de ayudas de finalidad regional.

En lo que respecta al cálculo del importe de las ayudas, el Gobierno alemán afirma que HSW también hubiera tenido la posibilidad de financiar sus actividades utilizando los junk bonds existentes en el mercado financiero americano. Este argumento carece de fundamento ya que la aportación de capital de riesgo a una empresa en dificultades en un sector industrial tradicional no puede equipararse a la financiación privada de inversiones con riesgo, que son necesarias en una economía de mercado caracterizada por la innovación a fin de desarrollar nuevas tecnologías o crear o conquistar nuevos mercados. Los instrumentos privados de financiación del riesgo están a dispo-

sición de las empresas con posibilidades de conquistar mercados de elevado rendimiento. Es bien sabido que los resultados financieross de las empresas siderúrgicas tienen un carácter cíclico, y un inversor medianamente prudente exigiría una garantía de reembolso basada en los beneficios o en el flujo de tesorería del conjunto del ciclo económico, y no pondría en manos de una empresa capital de riesgo no garantizado sin la expectativa de participar en los beneficios de un mercado con un futuro prometedor.

Asimismo, las autoridades alemanas consideran, respecto al cálculo de la ayuda, que el importe que HSW hubiera podido financiar en diciembre de 1993 a través de créditos bancarios normales debe deducirse del importe total puesto a disposición de la empresa por la FHH.

Es posible que la empresa hubiera podido cubrir una parte de su financiación a través de créditos de bancos privados si HLB y la FHH hubieran dado las garantías necesarias. No obstante, un banco privado no hubiera concedido un crédito que entrara en el ámbito de las disposiciones en materia de créditos sustitutivos de capital. El Gobierno Federal alegó que todos los préstamos otorgados en el marco de la línea de crédito quedaban cubiertos por estas disposiciones. Por consiguiente, las medidas adoptadas por la FHH, incluidas las relativas a una parte indeterminada de la línea de crédito, no eran equiparables a un posible crédito que un banco hubiera podido conceder en diciembre de 1993.

Las condiciones de venta de HSW a Ispat incluyen *de facto* la condonación de la deuda activa derivada de los préstamos concedidos en el marco de la línea de crédito. Además, Ispat deberá pagar un determinado precio por la compra de dicha deuda. Una vez adquiridas todas las participaciones de HSW por Ispat, la empresa quedará totalmente integrada económicamente en el Grupo Ispat, de modo que los pagos de Ispat para adquirir la deuda y con ello liberar a HSW de sus obligaciones, pueden imputarse económicamente a HSW. Por consiguiente, la Comisión, con vistas a una evaluación económica y a fin de no exigir la restitución de una cuantía superior a las ventajas económicas de que ha gozado indebidamente HSW, ha decidido aceptar el precio de compra que abonará finalmente Ispat sobre la base de los acuerdos contractuales celebrados con HLB como parte del reembolso de las ayudas.

V

En resumen, la Comisión concluye que los créditos concedidos a HSW sobre la base de la ampliación de la línea de crédito por valor de 20 millones de marcos alemanes en diciembre de 1992, y los préstamos concedidos sobre la base de la línea de crédito total de 174 millones de marcos alemanes y del swing por valor de 10 millones de marcos alemanes, en diciembre de 1993, representan una ayuda de Estado incompatible con el Tratado CECA y el Código de ayudas a la siderurgia. Debe exigirse la devolución de la ayuda. El reembolso tendrá lugar con arreglo a los procedimientos y disposiciones de la legislación alemana, incluidos los intereses *pro rata temporis*, que empezarán a devengarse a partir de la fecha de concesión de las ayudas y sobre la base del tipo de referencia utilizado en el examen de los regímenes de ayudas de finalidad regional. Se deducirán los intereses ya abonados en virtud del acuerdo suscrito con respecto a la línea de crédito. El precio de compra final que Ispat pagará para la cesión de los créditos pendientes de HLB se considerará como una parte del reembolso de la ayuda,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

La aportación de 20 millones de marcos alemanes al capital social de Hamburger Stahlwerke GmbH, consistente en un crédito concedido por la Freie und Hansestadt Hamburg a través de Hamburgische Landesbank Girozentrale a los socios de Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. KG y a la propia Protei, constituye una ayuda de Estado. Esta ayuda ya había sido autorizada por la Comisión en 1984/85.

Artículo 2

Los préstamos otorgados en diciembre de 1992 a Hamburger Stahlwerke GmbH, en el marco de la ampliación por valor de 20 millones de marcos alemanes de la línea de crédito concedida a la empresa por Hamburgische Landesbank Girozentrale por orden dela Freie und Hansestadt Hamburg, así como los préstamoss otorgados a la misma empresa por Hamburgische Landesbank Girozentrale por orden de la Freie und Hansestadt Hamburg, en el marco de la línea de crédito global de 174 millones de marcos alemanes concedida en diciembre de 1993, y el swing por valor de 10 millones de marcos alemanes, constituyen una ayuda de Estado incompatible con el Tratado CECA y el Código de ayudas a la siderurgia.

Artículo 3

Alemania exigirá a la empresaa beneficiaria el reembolso de las ayudas mencionadas en el artículo 2. El reembolso se efectuará con arreglo a los procedimientos y las disposiciones de la legislación alemana, incluidos los intereses *pro rata temporis*, que empezarán a devengarse a partir de la fecha de concesión de las ayudas y sobre la base del tipo de referencia utilizado en el examen de los regímenes de ayudas de finalidad regional. Se deducirán los intereses ya abonados en virtud del acuerdo suscrito con respecto a la línea de crédito. El precio de compra que Venuda Investments BV pagará por la cesión de los créditos pendientes de Hamburgischen Landesbank Girozentrale se considerará como una parte del reembolso de la deuda.

Artículo 4

Alemania informará a la Comisión, dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la presente Decisión, acerca de las medidas que hubiere adoptado en cumplimiento de la misma.

Artículo 5

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

Hecho en Bruselas, el 31 de octubre de 1995.

Por la Comisión
Karel VAN MIERT
Miembro de la Comisión