AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 24 de julio de 2003 *

En el asunto C-233/03 P(R),

Linea GIG Srl in liquidazione, con domicilio social en Sesto Fiorentino (Italia), representada por los Sres. L. D'Amario y B. Calzia, avvocati, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte recurrente,

que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto contra el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 27 de marzo de 2003, Linea GIG/Comisión (T-398/02 R, II-1139), por el que se solicita que se anule ese auto,

* Lengua de procedimiento: italiano.

y en el que la otra parte en el procedimiento es:

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por las Sras. L. Pignataro-Nolin y O. Beynet, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada en primera instancia,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

oído el Abogado General, Sr. J. Mischo,

dicta el siguiente

Auto

1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 27 de mayo de 2003, Linea GIG Srl in liquidazione interpuso, al amparo de los artículos 225 CE y 57, párrafo segundo, del Estatuto del Tribunal de Justicia, un recurso de casación contra el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 27 de marzo de 2003, Linea GIG/Comisión (T-398/02 R, p. II-1139; en lo sucesivo, «auto recurrido»), mediante el que fue desestimada su demanda de medidas provisionales, formulada con arreglo al artículo 104, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, dirigida a

obtener la suspensión de la ejecución de la Decisión de la Comisión de 30 de octubre de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution y COMP/36.321 Omega — Nintendo) (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), en la medida en que le impone una multa de 1,5 millones de euros.

2 Además de la anulación del auto recurrido, Linea GIG Srl in liquidazione solicita la estimación de las pretensiones que formuló en primera instancia y la condena en costas de la Comisión.

3 Mediante escrito presentado en la Secretaría el 16 de junio de 2003, la Comisión formuló sus observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia.

Los hechos y el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia

4 Los hechos que dan origen al litigio y el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, según se exponen en los apartados 1 a 14 del auto recurrido, pueden resumirse del siguiente modo.

5 Linea GIG SpA (en lo sucesivo, «Linea GIG») fue el distribuidor exclusivo de los productos Nintendo en Italia desde el 1 de octubre de 1992 hasta, al menos, el 31 de diciembre de 1997. A causa de la difícil situación económica a la que había llegado, su junta general extraordinaria decidió el 8 de enero de 1999 iniciar la liquidación de la sociedad.

6 A instancia de Linea GIG, el Tribunale civile e penale di Firenze (Italia) aprobó, mediante resolución de 17 de noviembre de 1999, el convenio con los acreedores («concordato preventivo») presentado por esa sociedad. Conforme a esa resolución, esta última estaba obligada a liquidar todos sus bienes para pagar a los acreedores privilegiados íntegramente y a los escriturarios al menos el 40 % de sus créditos.

7 El 30 de octubre de 2002, la Comisión adoptó la Decisión impugnada, mediante la cual declaró que Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH y otras siete sociedades que habían distribuido los productos de esta última, entre las que figuraba Linea GIG, habían infringido el artículo 81 CE, apartado 1. En particular, impuso a Linea GIG una multa de 1,5 millones de euros.

8 La Decisión impugnada fue notificada a Linea GIG mediante escrito de la Comisión de fecha 7 de noviembre de 2002. Éste precisaba que, en caso de que fuera interpuesto recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, no se adoptaría ninguna medida de recaudación de la multa mientras ese recurso no hubiera sido resuelto, siempre que el crédito devengara intereses a partir de la fecha de expiración del plazo para su pago y que se constituyera una garantía bancaria aceptable.

9 El 24 de septiembre de 2002, Linea GIG fue transformada en sociedad de responsabilidad limitada. Desde esa fecha su denominación social es «Linea GIG Srl in liquidazione» (en lo sucesivo, «Linea»).

10 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 30 de diciembre de 2002, Linea interpuso, al amparo del artículo 230 CE, párrafo cuarto, un recurso dirigido a la anulación total o parcial de la Decisión impugnada o, con carácter subsidiario, a la anulación o la reducción de la cuantía de la multa que le fue impuesta por esa Decisión.

11 Mediante escrito separado presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 30 de enero de 2003, Linea formuló demanda de suspensión de la ejecución de esa Decisión en la medida en que le impone una multa.

El auto recurrido

12 En el auto recurrido el juez de medidas provisionales observó, ante todo, en su apartado 54, que, en su escrito de notificación de la Decisión impugnada, de 7 de noviembre de 2002, «la Comisión precisó que, en caso de recurso, no practicaría ninguna actuación para el cobro de la multa siempre y cuando la demandante constituyera una garantía bancaria aceptable. En estas circunstancias, la demanda de suspensión de la ejecución sólo puede tener como objeto eficaz lograr una dispensa de la obligación de constituir una garantía bancaria, como requisito para que no se proceda al cobro inmediato del importe de la multa impuesta por la Decisión. Tal solicitud sólo puede acogerse si concurren circunstancias excepcionales [autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 1982, AEG/Comisión, 107/82 R, Rec. p. 1549, apartado 6; [de 14 de diciembre de 1999,] DSR-Senator Lines/Comisión, [C-364/99 P(R), Rec. p. I-8733], apartado 48, y de 23 de marzo de 2001, FEG/Comisión, C-7/01 P(R), Rec. p. I-2559, apartado 44). En efecto, la posibilidad de exigir la constitución de una garantía pecuniaria está expresamente prevista para los procedimientos sobre medidas provisionales por los Reglamentos de Procedimiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, y corresponde a una línea de actuación general y razonable de la Comisión».

13 El juez de medidas provisionales recordó, en el apartado 55 del auto recurrido, que la existencia de esas circunstancias excepcionales «puede considerarse, en principio, demostrada cuando la parte que solicita la dispensa de constituir la garantía bancaria exigida aporta la prueba de la imposibilidad objetiva de constituir dicha garantía [...] o bien la de que su constitución podría poner en peligro su existencia [...]».

14 En este aspecto, señaló, en el apartado 59 del auto recurrido, que «en el supuesto de que el recurso de anulación fuera desestimado, dicha entidad se integraría en el concurso con los demás acreedores sociales de la demandante, y correspondería además al juez nacional determinar la naturaleza y el rango del crédito de que se trata, nacido después de la iniciación del procedimiento de convenio con los acreedores. El riesgo en que así se incurre de no obtener nunca el pago por parte de la demandante se pone de manifiesto con tal evidencia que debe reconocerse que ninguna entidad de crédito aceptaría constituir la garantía bancaria exigida». Por tanto, consideró, en el apartado 60 del mismo auto, «que Linea ha probado de modo suficiente en Derecho que la situación social y económica en que se encuentra actualmente hace objetivamente imposible la obtención de la garantía bancaria de una entidad de crédito».

15 No obstante, el juez de medidas provisionales apreció, en el apartado 61 del auto recurrido, que «la ponderación de los intereses en juego se opone a la estimación de la presente demanda de medidas provisionales», basándose en las siguientes consideraciones:

«62. En efecto, teniendo en cuenta las particulares circunstancias del presente asunto, la suspensión de la ejecución [de la Decisión impugnada], en la medida en que impone a la demandante el pago de una multa, tendría como consecuencia impedir a la Comisión el ejercicio de cualquier acción ante el órgano jurisdiccional nacional con el objeto de percibir la multa y de salvaguardar, además de su interés, los intereses financieros de la Comunidad (auto de 28 de junio de 2000, Cho Yang Shipping/Comisión, [T-191/98 R II, Rec. p. II-2551], apartado 53), y ello, en realidad, con la única finalidad de proteger a los demás acreedores de Linea. Ahora bien, como la Comisión ha destacado con razón, no puede excluirse con certeza el riesgo de que los activos de la demandante ya no sean suficientes para permitir el pago total o parcial de la multa en la fecha de la eventual desestimación del recurso de anulación. Además, como la demandante reconoció en la comparecencia, no está garantizado en absoluto que la cantidad de 1,65 millones de euros que ha reservado sea destinada exclusivamente al pago de la deuda que Linea debería satisfacer a la Comisión en caso de desestimación del recurso en el litigio principal. Es necesario, pues, mantener el carácter ejecutivo [de la Decisión impugnada] para no obstaculizar las actuaciones que la Comisión estime eficaces para percibir el importe de la multa impuesta por [esa Decisión].

63. Por lo que se refiere al supuesto interés de Linea y de sus acreedores sociales en evitar que se produzca el cobro de la multa, ha de precisarse que sólo puede ser valorado en función de la calificación y del rango del crédito de la Comisión, cuya apreciación incumbe exclusivamente al juez nacional, en su caso previo planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE».

16 En consecuencia, el juez de medidas provisionales apreció que la ponderación de intereses se inclinaba en favor de la desestimación de la demanda de medidas provisionales de la que estaba conociendo.

El recurso de casación

17 La recurrente alega dos motivos en apoyo de su recurso de casación.

18 Mediante su primer motivo, reprocha al juez de medidas provisionales haber aplicado erróneamente el principio de ponderación de intereses. La imposibilidad objetiva de obtener la garantía bancaria exigida por la Comisión excluía la ponderación de intereses. En efecto, puesto que había sido probada la existencia de circunstancias excepcionales que justificaban la dispensa de constituir la garantía bancaria exigida por la Comisión, no existía posibilidad alguna de practicar la ponderación de intereses. Era imposible contrastar el riesgo de que la Comisión no lograra cobrar la multa con la imposibilidad material de que la demandante constituyera la garantía exigida. Dado que, como el juez de medidas provisionales observó en el apartado 54 del auto recurrido, la demanda de suspensión de la ejecución sólo podía tener como objeto eficaz lograr una dispensa de la obligación de constituir una garantía bancaria, una vez que se había probado la imposibilidad objetiva de constituir esa garantía era absurdo llevar a cabo la ponderación de intereses.

19 Mediante su segundo motivo, formulado con carácter subsidiario, la recurrente censura al juez de medidas provisionales haber cometido un error en la aplicación de la ponderación de intereses y, más en particular, haber estimado que la reserva de la suma de 1,65 millones de euros ordenada por el juez delegado en el procedimiento de convenio con los acreedores, en concepto de garantía del crédito de la Comisión, no era adecuada para proteger plenamente el interés de ésta en lograr el cobro de su crédito si el recurso de anulación formulado por Linea llegara a ser desestimado por el Tribunal de Primera Instancia. En efecto, o bien el crédito de la Comisión puede ser considerado un crédito privilegiado, y en ese supuesto la suma objeto de reserva estaría exclusivamente destinada a garantizar ese crédito, o bien éste ha de ser calificado de crédito escriturario y, por tanto, la reserva de esa suma sólo protegería los derechos de la Comisión con el límite de la prorrata del porcentaje mencionado en el convenio con los acreedores, respetando la igualdad de trato entre acreedores. Incluso reconociendo que la Comisión aún pueda obtener la satisfacción de su crédito en la actualidad, sólo la obtendría a prorrata, si ése fuera de naturaleza escrituraria. La reserva de esa cantidad garantiza pues que, cuando el Tribunal de Primera Instancia resuelva sobre el fondo, la Comisión se hallará en una posición exactamente igual que la presente.

20 En lo tocante al primer motivo, la Comisión estima que del apartado 48 del auto DSR-Senator Lines/Comisión, antes citado, resulta que la apreciación de las circunstancias excepcionales que permiten no proceder al cobro de una multa a pesar de la falta de constitución de una garantía bancaria sólo es pertinente al apreciar la urgencia, de tal modo que la existencia de esas circunstancias no implica automáticamente el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la decisión impugnada. Por tanto, una vez que el juez de medidas provisionales apreció, en el plano de la urgencia, que era objetivamente imposible que Linea constituyera una garantía bancaria, llevó a cabo válidamente la ponderación de intereses para decidir si debía o no suspender la ejecución de la Decisión impugnada. El juez sopesó el interés de la recurrente en evitar que se procediera al cobro inmediato de la multa y el interés financiero de la Comunidad en ese cobro. En contra de lo alegado por la recurrente, el juez de medidas provisionales no aplicó erróneamente el criterio de la ponderación de intereses al procurar

contrastar el riesgo de impago de la multa con la «imposibilidad objetiva» de que Linea constituyera la garantía bancaria, ya que la valoración de los intereses opuestos fue realizada una vez reconocida la existencia de esa imposibilidad.

21 En lo que atañe al segundo motivo, la Comisión considera que es inadmisible, pues reitera un motivo ya alegado ante el juez de medidas provisionales y trata de obtener solamente el reexamen de la demanda formulada en primera instancia, e incluso poner en discusión la apreciación de los hechos ya practicada por el juez de primera instancia. Sobre el fondo, la Comisión recuerda que la recurrente reconoce que la cantidad de 1,65 millones de euros objeto de reserva no está destinada exclusivamente a la Comisión, sino que habría que imputar a esa cantidad el importe necesario para satisfacer el crédito de aquélla en la misma proporción que los créditos de los demás acreedores escriturarios. El Tribunal de Primera Instancia realizó una correcta apreciación de los hechos que no puede ser discutida en el marco de un recurso de casación. En cuanto al argumento de que ese crédito puede ser calificado de privilegiado, lo que significa que la reserva protege plenamente los derechos de la Comisión, ésta objeta que la calificación de un crédito corresponde exclusivamente al juez nacional. La Comisión manifiesta además sus dudas acerca de esa calificación según el Derecho italiano.

22 Además, la Comisión considera que la desestimación de la demanda de medidas provisionales por el juez de primera instancia no se apoya únicamente en esa consideración relativa a la naturaleza del crédito de que se trata. En efecto, el apartado 62 del auto recurrido reconoce también que la suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada tendría como consecuencia impedir a la Comisión, antes de la decisión sobre el fondo del asunto, el ejercicio de cualquier acción ante el órgano jurisdiccional nacional con objeto de percibir la multa y de salvaguardar los intereses financieros de la Comunidad, cargando a ésta con el riesgo de que los activos de la demandante ya no sean suficientes para permitir el pago total o parcial de la multa en la fecha de la eventual desestimación del recurso de anulación. Esta apreciación de hecho, suficiente por sí sola para justificar el fallo del auto recurrido, no es refutada por la recurrente. El segundo motivo es, pues, inoperante.

Apreciación

23 Puesto que las observaciones escritas de las partes contienen toda la información necesaria para pronunciarse sobre el presente recurso de casación, no ha lugar a oír las explicaciones orales de las partes.

Sobre el primer motivo

24 Mediante el primer motivo de su recurso de casación, la recurrente reprocha al juez de medidas provisionales haber cometido un error de Derecho al llevar a cabo la ponderación de los intereses en conflicto.

25 La recurrente pretende así ampararse en la jurisprudencia relativa al supuesto singular de una dispensa de la obligación de constituir una garantía bancaria como condición para no proceder al cobro inmediato de una multa, jurisprudencia según la cual la dispensa de esa obligación sólo puede ser concedida si concurren circunstancias excepcionales (véase, en especial, el auto DSR-Senator Lines/Comisión, antes citado, apartado 48). Considera que la existencia de circunstancias excepcionales excluye la ponderación de intereses.

26 En este aspecto, debe recordarse que, en virtud de reiterada jurisprudencia, la suspensión de la ejecución y las demás medidas provisionales pueden ser ordenadas por el juez que conoce de las medidas provisionales si se demuestra que su concesión está justificada a primera vista de hecho y de Derecho *(fumus boni iuris)* y que son urgentes, en el sentido de que para evitar que los intereses de la parte demandante sufran un perjuicio grave e irreparable es necesario que tales medidas sean acordadas y que surtan efecto desde antes de que se resuelva sobre el procedimiento principal. El juez que conoce de las medidas provisionales debe

proceder, asimismo, en su caso, a la ponderación de los intereses en juego (véase, en particular, el auto de 25 de julio de 2000, Países Bajos/Parlamento y Comisión, C-377/98 R, Rec. p. I-6299, apartado 41).

27 En el marco del examen de conjunto que en un procedimiento debe realizar el juez de medidas provisionales, éste dispone de una amplia facultad de apreciación y puede determinar libremente, a la vista de las particularidades del asunto, de qué manera debe verificarse la existencia de los diferentes requisitos para su concesión y el orden que debe seguirse en ese examen, puesto que ninguna norma de Derecho comunitario le impone un esquema de análisis preestablecido para apreciar si es necesario pronunciarse con carácter provisional [auto de 19 de julio de 1995, Comisión/Atlantic Container Line y otros, C-149/95 P(R), apartado 23].

28 Por tanto, el hecho de que el juez de medidas provisionales haya realizado en el auto recurrido la ponderación de intereses no puede ser considerado, en sí, como un error de Derecho.

29 Además, la jurisprudencia mencionada en el apartado 25 del presente auto, relativa a las solicitudes de dispensa de la obligación de constituir una garantía bancaria como requisito para no proceder al cobro inmediato de una multa, no puede ser interpretada en el sentido de que la existencia de circunstancias excepcionales conforme a esa jurisprudencia lleve necesariamente a conceder la suspensión y excluya la facultad del juez de medidas provisionales de llevar a cabo, en su caso, la ponderación de los intereses en conflicto.

30 En efecto, la determinación de la existencia de circunstancias excepcionales tiene lugar en la fase de examen de la urgencia (véase en ese sentido el auto DSR-Senator Lines/Comisión, antes citado, apartado 48). El hecho de que el juez de medidas provisionales haya apreciado que la concesión de la suspensión sea

necesaria para evitar un perjuicio grave e irreparable de los intereses de la demandante no excluye el examen de los efectos que una eventual medida de suspensión podría tener para los intereses de cualquier otra parte en el procedimiento. Por tanto, en atención a las particularidades de cada asunto, dicho juez debe estar facultado para determinar si es apropiado sopesar los intereses en conflicto.

31 La ponderación de los intereses podía revelarse especialmente oportuna en este asunto ya que la recurrente se halla en estado de liquidación judicial. En efecto, la concesión de la suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada en esa situación habría podido producir consecuencias perjudiciales para los intereses de la Comunidad y afectarlos de modo irreversible.

32 En esas circunstancias, el juez de medidas provisionales no incurrió en error de Derecho al llevar a cabo, en el auto recurrido, la ponderación de los intereses en conflicto.

33 En consecuencia, se debe desestimar el primer motivo.

Sobre el segundo motivo

34 En lo que atañe al segundo motivo alegado por la recurrente, basado en la ponderación errónea de los intereses en conflicto y en la inexistencia de riesgos para la Comisión, procede recordar que, en virtud de los artículos 225 CE y 58 del Estatuto del Tribunal de Justicia, el recurso de casación está limitado a las cuestiones de Derecho y excluye la apreciación de los hechos.

35 Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia es el único competente, por una parte, para comprobar los hechos, salvo en caso de que una inexactitud material de sus observaciones resulte de los documentos obrantes en autos que se le hayan sometido y, por otra parte, para apreciar dichos hechos. Por consiguiente, salvo en el supuesto de desnaturalización de los datos que le fueron sometidos, la apreciación de los hechos no constituye una cuestión de Derecho, sujeta como tal, al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación (véase, en particular, la sentencia de 11 de febrero de 1999, Antillean Rice Mills y otros/ Comisión, C-390/95 P, Rec. p. I-769, apartado 29).

36 Las reglas y la jurisprudencia mencionadas en los apartados 34 y 35 del presente auto se aplican también a los recursos de casación interpuestos con arreglo al artículo 57, párrafo segundo, del Estatuto del Tribunal de Justicia (auto Comisión/Atlantic Container Line y otros, antes citado, apartado 18).

37 Pues bien, al poner en tela de juicio la ponderación de los intereses en conflicto realizada por el juez de medidas provisionales, la recurrente rebate la apreciación de los hechos que este último llevó a cabo. Esa apreciación no puede ser examinada en el marco del presente recurso de casación, exceptuado el supuesto de una desnaturalización de los hechos.

38 En el presente asunto, en los apartados 62 y 63 del auto recurrido el juez de medidas provisionales estimó que la reserva de 1,65 millones de euros ordenada por el juez delegado en el procedimiento de convenio con los acreedores, en concepto de garantía del crédito de la Comisión, sólo habría sido adecuada para proteger plenamente los intereses de ésta si su crédito fuera calificado de privilegiado. Ahora bien, esa calificación corresponde exclusivamente al juez nacional, en su caso, previo planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE. Es cierto que la recurrente ha rebatido esa apreciación, pero no ha demostrado que constituya una desnaturalización de los hechos.

39 Por último, la recurrente no ha probado en absoluto de qué modo el juez de medidas provisionales habría desnaturalizado los elementos que le fueron presentados, al considerar que la concesión de las medidas provisionales solicitadas por aquélla tendría como consecuencia impedir a la Comisión el ejercicio de cualquier acción ante el órgano jurisdiccional nacional con objeto de percibir la multa y que esa inacción podría perjudicar los intereses financieros de la Comunidad, inclinando así la ponderación de intereses en favor de ésta y justificando la denegación de dichas medidas provisionales.

40 Por tanto, también se debe desestimar el segundo motivo.

41 Del conjunto de las anteriores consideraciones resulta que los dos motivos alegados por la recurrente en apoyo de su recurso de casación no pueden ser acogidos y, en consecuencia, éste ha de ser desestimado.

Costas

42 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de recurso de casación en virtud del artículo 118 del mismo Reglamento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que la Comisión solicitó la condena en costas de la recurrente y han sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

resuelve:

1) **Desestimar el recurso de casación.**

2) **Condenar a Linea GIG Srl in liquidazione al pago de las costas del presente procedimiento.**

Dictado en Luxemburgo, a 24 de julio de 2003.

El Secretario — El Presidente

R. Grass — G.C. Rodríguez Iglesias