AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 14 de diciembre de 1999 *

En el asunto C-335/99 P(R),

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, con domicilio social en Rosenheim (Alemania),

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, con domicilio social en Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, con domicilio social en Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, con domicilio social en Hohenberg (Austria),

Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, con domicilio social en Sondershausen (Alemania),

representadas por los Sres. P. Krömer y F. Nusterer, Abogados de Sankt Pölten, que designan como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^{e} A. May, 31, Grand-Rue,

partes recurrentes,

que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto contra el auto dictado por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 9 de julio de 1999, en el asunto HFB y otros/Comisión (T-9/99 R, Rec. p. II-2429), por el que se solicita que se anule dicho auto, que se estimen las pretensiones

* Lengua de procedimiento: alemán.

formuladas en primera instancia por las recurrentes y que se condene en costas a la Comisión,

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

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. E. Gippini Fournier y W. Mölls, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. C. Gómez de la Cruz, miembro del mencionado servicio, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada en primera instancia,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

oído el Abogado General, Sr. P. Léger,

dicta el siguiente

Auto

1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 10 de septiembre de 1999, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH e Isoplus Fernwärmetechnik GmbH interpusieron, con arreglo a los artículos 225 CE y 50, párrafo segundo,

del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, un recurso de casación contra el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1999, HFB y otros/ Comisión (T-9/99 R, Rec. p. II-2429; en lo sucesivo «auto impugnado»), por el que se desestimó su solicitud de medidas provisionales, que tenía por objeto una demanda de suspensión de la ejecución o de la ejecución forzosa de los artículos 3, letra d), y 4 de la Decisión 1999/60/CE de la Comisión, de 21 de octubre de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/35.691/E-4 — Cartel en el mercado de los tubos preaislados) (DO 1999, L 24, p. 1), en su versión rectificada por una Decisión de 6 de noviembre de 1998.

2 Además de la anulación del auto impugnado, las recurrentes solicitan:

— la suspensión de la ejecución y la suspensión de la ejecución forzosa de los artículos 3, letra d), y 4 de la Decisión 1990/60, en la medida en que ciertas sumas que representan una parte del importe de la multa impuesta por la Comisión no han sido todavía pagadas a esta última, hasta el 15 de diciembre de 2000 y no más tarde del pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia que ponga fin al procedimiento principal, siempre que, en las cuatro semanas siguientes al auto que se pronuncie sobre dicha cuestión, se constituya a favor de la Comisión una garantía bancaria que cubra una parte de la cuantía de la multa, a saber, 1.500.000 euros, más los intereses devengados a partir del 14 de febrero de 1999 y que, para el 15 de diciembre de 1999, se abone a esta última la suma de 350.000 euros mediante una transferencia;

— la devolución, en su caso, del asunto al Tribunal de Primera Instancia, para que éste se pronuncie de nuevo;

— la condena en costas de la Comisión.

3 Mediante escrito presentado en la Secretaría el 4 de octubre de 1999, la Comisión presentó ante el Tribunal de Justicia sus observaciones.

Antecedentes de hecho y procedimiento

4 Los hechos que dieron lugar al litigio se expusieron, en el auto impugnado, en los siguientes términos:

«1. Las demandantes son cinco sociedades, una austriaca y el resto alemanas, productoras de tubos preaislados, utilizados principalmente en los sistemas de calefacción urbana.

2. El 13 de noviembre de 1998 se notificó a las demandantes la Decisión 1999/60 [...]. En el escrito de notificación se precisaba que si las demandantes interponían un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión no adoptaría ninguna medida de recaudación mientras el asunto estuviera pendiente ante dicho órgano jurisdiccional, en la medida en que el crédito produjera intereses a partir de la fecha de expiración del plazo para el pago de la multa y en que, a más tardar en dicha fecha, se constituyera una garantía bancaria aceptable para la Comisión que cubriera la cuantía de la deuda principal y los intereses y recargos que pudieran deberse.

3. La Decisión 1999/60 fue notificada a las demandantes por su condición de miembros del "grupo Henss/Isoplus". En su artículo 1 se imputa a las demandantes, en particular, haber cometido una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE (actualmente, apartado 1 del artículo 81 CE) durante el período transcurrido desde octubre de 1991, hasta, como mínimo,

marzo o abril de 1996. Por esta razón, la letra d) del artículo 3 impone al grupo Henss/Isoplus una multa de 4.950.000 euros, de la que son responsables conjunta y solidariamente las cinco empresas demandantes y la sociedad Isoplus Fernwärmetechnik GmbH — Stille Gesellschaft. No obstante, las partes han acordado no implicar a esta última sociedad en el presente litigio.

4. De las explicaciones aportadas por las demandantes durante la audiencia se desprende que todas ellas están vinculadas al Sr. Henss. Así describen los vínculos que las relacionan con él:

— primera demandante, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG, Rosenheim (Alemania) (en lo sucesivo, "HFB KG"): el Sr. Henss posee la mayoría de las participaciones de la empresa. Es el socio comanditario mayoritario;

— segunda demandante, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Rosenheim (en lo sucesivo, "HFB Holding"): el Sr. Henss posee la mayoría de las participaciones de la empresa;

— tercera demandante, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Rosenheim (en lo sucesivo, "Isoplus — Rosenheim"): es propiedad al 100 % de HFB KG; por consiguiente, el Sr. Henss es indirectamente su propietario;

— cuarta demandante, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, Hohenberg (Austria) (en lo sucesivo, "Isoplus — Hohenberg"): el Sr. Henss es el accionista mayoritario;

— quinta demandante, Isoplus Fernwärmetechnik Gmbh, Sondershausen (Alemania) (en lo sucesivo, "Isoplus — Sondershausen"): en el momento de la adopción de la Decisión 1999/60, un tercio de esta sociedad pertenecía a la primera demandante, otro tercio a una sociedad que también es propiedad al 100 % del Sr. Henss y el último tercio a una familia tercera. El 6 de noviembre de 1998 aumentó la participación del Sr. Henss en el capital de Isoplus — Sondershausen.»

5 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 18 de enero de 1999, las recurrentes interpusieron un recurso de anulación contra la Decisión 1999/60.

6 El 5 de febrero de 1999, Isoplus — Rosenheim, Isoplus — Hohenberg e Isoplus — Sondershausen abonaron a la Comisión 770.000 euros, cada una, es decir, un total de 2.310.000 euros, como pago parcial de la multa impuesta por esta última, reduciendo la cuantía de la multa aún adeudada a 2.640.000 euros, sin incluir los intereses.

7 Mediante escrito separado, presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 10 de febrero de 1999, las recurrentes formularon, con arreglo al artículo 242 CE, una demanda de suspensión de la ejecución o de la ejecución forzosa de los artículos 3, letra d), y 4 de la Decisión 1999/60 hasta el pronunciamiento de la sentencia que pusiera fin al procedimiento principal.

8 El 30 de abril de 1999, las recurrentes limitaron su demanda de medidas provisionales, pasando a ser su alcance, como consecuencia de dicha limitación,

equivalente al de las pretensiones formuladas en el presente recurso de casación, tal y como han sido enunciadas en el apartado 2 del presente auto.

El auto impugnado

9 Mediante el auto impugnado, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia desestimó la demanda de medidas provisionales.

10 En cuanto al objeto del procedimiento, el Juez que conoció de las medidas provisionales declaró, por una parte, que la demanda de suspensión de la ejecución no podía tener más objeto útil que el de dispensar de la obligación de constituir una garantía bancaria como requisito para que no se recaudara de inmediato la cuantía aún adeudada por la multa impuesta en la Decisión 1999/60 y, por otra parte, que la demanda por la que se pedía la suspensión de la ejecución forzosa de dicha Decisión carecía de objeto.

11 Resulta, por otra parte, del apartado 27 del auto impugnado que en el caso de autos se cumple el requisito relativo al *fumus boni iuris*.

12 En cambio, por lo que respecta al requisito relativo a la urgencia, el Juez que conoció de las medidas provisionales estimó que las recurrentes no habían demostrado que la ejecución de la Decisión 1990/60 pudiera causarles perjuicios graves e irreparables.

13 Para llegar a dicha conclusión, el Juez que conoció de las medidas provisionales se apoyó sustancialmente en cuatro tipos de consideraciones.

14 En primer lugar, señaló, en el apartado 33 del auto impugnado, «que no [podía] extraerse conclusión alguna de las cifras no comprobadas que [habían] presentado las demandantes». En efecto, aunque estas últimas aportaron balances, un dictamen sumario de su estado de liquidez e información procedente de instituciones bancarias, resulta de las apreciaciones realizadas por el Juez que conoció de las medidas provisionales que:

— no se habían verificado las cuentas de 1998 (apartado 30 del auto impugnado);

— las cifras presentadas disimulaban importantes reservas o, al menos, existía una incertidumbre real a este respecto (apartado 31 del auto impugnado);

— la liquidez de la que podían disponer las recurrentes dentro de más de un año no se había tomado en consideración en el dictamen sumario (apartado 32 del auto impugnado).

15 Del apartado 35 del auto impugnado se desprende que también era incierto en qué medida el Sr. Henss, propietario principal, directa o indirectamente, de las

cinco recurrentes, era su acreedor respecto de una parte de las deudas a corto plazo, por una cuantía total de aproximadamente 5.300.000 DEM.

16 En segundo lugar, el Juez que conoció de las medidas provisionales señaló, en el apartado 34 del auto impugnado, que:

«El doctor Reimnitz también indicó que, en el Derecho alemán, el mero hecho de que, en determinadas situaciones, los socios o el gerente de una sociedad estén obligados a solicitar una declaración de quiebra no significa que tal solicitud vaya a ser estimada. La existencia de dificultades de tesorería no conduce necesariamente a la liquidación de la empresa y, por ende, a la eliminación de puestos de trabajo. Las recurrentes confirmaron que, no sólo en el Derecho alemán sino también en el Derecho austriaco, existe una alternativa a la quiebra. De este modo, cuando una empresa se encuentra en un estado de insolvencia puede, bajo el control del órgano jurisdiccional competente, firmar un convenio con sus acreedores para la liquidación de sus deudas.»

17 En tercer lugar, estimando apropiado tomar en consideración las posibilidades que podían tener los socios de ayudar a la sociedad en relación con la constitución de un aval bancario, el Juez que conoció de las medidas provisionales destacó, en el apartado 36 del auto impugnado, que las recurrentes no habían tratado de acreditar que el Sr. Henss, en calidad de propietario principal directo o indirecto de las cinco empresas, no podía prestarles dicha ayuda.

18 En último lugar, el Juez que conoció de las medidas provisionales estimó, en el apartado 37 del auto impugnado, que las recurrentes no habían acreditado que no existiera posibilidad alguna de obtener una garantía bancaria por la cuantía aún adeudada, puesto que solamente dos de ellas habían presentado declaraciones de instituciones bancarias que confirmaran su negativa a concederles tal

garantía y que estas dos recurrentes sólo se habían dirigido a tres bancos, con los que solían trabajar.

19 En vista de dichas consideraciones, el Juez que conoció de las medidas provisionales declaró, en la primera frase del apartado 38 del auto impugnado, que las demandantes no habían probado que el riesgo de quiebra o de liquidación habría sido previsible con un grado de probabilidad suficiente en el caso de que hubieran debido aportar una garantía bancaria que cubriera la cuantía impagada de la multa.

20 A tenor del apartado 38, segunda frase, del auto impugnado:

«A este respecto, debe destacarse que el mero riesgo de que las demandantes se vean obligadas a solicitar la apertura de un procedimiento por insolvencia no constituye un daño grave e irreversible [...], dado que el objetivo de tal procedimiento es, por el contrario, el de corregir la situación de las empresas afectadas.»

Las alegaciones de las partes

Las alegaciones de las recurrentes

21 En apoyo de su recurso de casación, las recurrentes alegan cuatro motivos basados en la violación del Derecho comunitario y, con carácter subsidiario, irregularidades del procedimiento que perjudicaron sus intereses. Esencialmente,

reprochan al Juez que conoció de las medidas provisionales una interpretación equivocada del concepto de urgencia en el sentido del artículo 104, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.

22 Mediante el primer motivo, se imputa al Juez que conoció de las medidas provisionales haber estimado equivocadamente, por una parte, que el mero riesgo de que las recurrentes se vieran obligadas a solicitar el inicio de un procedimiento por insolvencia no constituía un daño grave e irreversible y, por otra parte, que el objetivo de tal procedimiento fuera el de corregir la situación de las empresas afectadas.

23 Tras recordar que existe un daño grave e irreparable cuando la reparación se produce demasiado tarde, por ejemplo, en el supuesto de una quiebra declarada antes del pronunciamiento de la sentencia en el procedimiento principal, las recurrentes alegan que el riesgo de apertura de un procedimiento de quiebra respecto del patrimonio de la parte que solicita la medida provisional constituye un perjuicio irreparable de este tipo.

24 Las recurrentes sostienen igualmente que, tanto en Alemania, como en Austria, los procedimientos por insolvencia tienen como primer objetivo resarcir colectivamente a los acreedores de un deudor, liquidando íntegramente el patrimonio de este último y repartiendo el resultado entre los primeros. A su juicio, solamente cuando concurren ciertas circunstancias, vinculadas, en particular, a que los acreedores estén de acuerdo en renunciar a una gran parte de sus créditos, puede adoptarse una solución diferente, que permita la supervivencia de la empresa en el marco de un convenio.

25 Además, a su juicio, el inicio de un procedimiento por insolvencia tiene, por sí solo, graves consecuencias para el patrimonio y la gestión de la empresa y conlleva, asimismo, importantes inconvenientes de naturaleza económica. Las

recurrentes mencionan, a este respecto, un menoscabo de la reputación de la empresa, la pérdida de la posibilidad de participar en licitaciones, los controles ejercidos por terceros, etc.

26 Según las recurrentes, el Juez que conoció de las medidas provisionales adoptó una interpretación equivocada del concepto de perjuicio irreparable en el sentido del Derecho comunitario y realizó diversas apreciaciones en contradicción con los datos que constan en autos.

27 Por lo que respecta al pago de una multa que no ha sido todavía fijada de forma definitiva, habida cuenta del recurso en anulación interpuesto contra la Decisión de la Comisión, no tendría una justificación jurídica exigir a la empresa interesada que inicie un procedimiento por insolvencia y a sus acreedores que renuncien a una parte importante de sus créditos, a fin de garantizar la recuperación de dicha empresa.

28 Mediante su segundo motivo, las recurrentes reprochan al Juez que conoció de las medidas provisionales haberse basado de forma equivocada, a fin de valorar su capacidad financiera, en la del Sr. Henss, en su calidad de socio y persona física, a pesar de que la responsabilidad de este último por las deudas sociales de las empresas afectadas se limita a sus aportaciones. Señalan que una persona física como la mencionada, socio de una empresa, no es, en efecto, una empresa en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado o 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En contra de lo que ocurre con las sociedades pertenecientes a un grupo, no existe ningún fundamento jurídico que permita obligar a los socios de este tipo a abonar cantidades suplementarias a fin de constituir una garantía bancaria.

29 El planteamiento del Juez que conoció de las medidas provisionales discrimina además, a su juicio, a las empresas cuyos socios pueden identificarse frente a aquellas en las que, como consecuencia del continuo cambio de los titulares de su

capital, no son conocidos, como es el caso, por ejemplo, de las sociedades anónimas que cotizan en bolsa y que han emitido títulos al portador.

30 Mediante el tercer motivo, las recurrentes alegan que, en el marco de una demanda de medidas provisionales, debe ser previsible con un grado suficiente de probabilidad que vaya a producirse un daño grave e irreparable, pero no es necesario que se demuestre con una certeza absoluta. Por consiguiente, la parte que solicita una medida provisional no necesita probar la urgencia, sino que debe simplemente presentar alegaciones convincentes, de forma que la concesión de la medida solicitada esté justificada «a primera vista». Así, la carga de la prueba está sometida, a su juicio, a condiciones sensiblemente menos estrictas que las que se exigen cuando la demandante debe demostrar completamente sus alegaciones.

31 Ahora bien, según las recurrentes, resulta del auto impugnado que, en contra de dichos principios, el Juez que conoció de las medidas provisionales les exigió un nivel de prueba de la urgencia excesivo, lo que constituye una violación del Derecho comunitario o una irregularidad del procedimiento que perjudicó sus intereses. Así alegan que ocurrió, en particular, en el apartado 36 del auto impugnado, en relación con la consideración de la situación financiera del Sr. Henss; en el apartado 37, respecto de la prueba de la imposibilidad de obtener una garantía bancaria, y en el apartado 38, a propósito de la prueba del riesgo de quiebra o de liquidación de las recurrentes. Estas últimas solicitan, por tanto, al Tribunal de Justicia, con carácter excepcional, que reexamine las pruebas presentadas y proceda a una nueva valoración de los elementos fácticos que deben considerarse justificados «a primera vista».

32 Mediante el cuarto motivo, las recurrentes alegan que el Juez que conoció de las medidas provisionales se basó en apreciaciones en contradicción con el contenido de los autos. En efecto, en su opinión, resulta del apartado 31 del auto impugnado que el mencionado Juez puso en duda las cifras que se le habían facilitado, por que tres de las demandantes habían podido desembolsar una suma importante el 5 de febrero de 1999, a pesar de que sus balances acreditaban más bien que, el 31 de diciembre de 1998, no disponían de liquidez suficiente para abonar el importe de la multa aún pendiente. Ahora bien, en el dictamen sumario,

que se adjuntó como anexo a la demanda de medidas provisionales, se explicaba correctamente cómo, a pesar del déficit de tesorería constatado a 31 de diciembre de 1998, había sido posible proceder a ciertos desembolsos en febrero de 1999, a costa de otras deudas a corto plazo. Según las recurrentes, dicho error constituye una violación del Derecho comunitario o una irregularidad procesal que perjudicó sus intereses.

Las alegaciones de la Comisión

33 Con carácter preliminar, la Comisión expone su interpretación del auto impugnado. Considera, en primer lugar, que la conclusión principal del Juez que conoció de las medidas provisionales es la recogida en la primera frase del apartado 38, según la cual las demandantes no demostraron con un grado de probabilidad suficiente el riesgo de quiebra o de liquidación en el supuesto de que tuvieran que constituir una garantía bancaria que cubriera el importe aún adeudado de la multa que se les había impuesto. Estima, a continuación, que la mencionada apreciación del Juez de medidas provisionales, relativa a la falta de prueba, debe considerarse también válida en relación con el riesgo de que las recurrentes deban presentar una solicitud de apertura de un procedimiento de quiebra. En opinión de la Comisión, en efecto, la motivación del auto no permite en modo alguno pensar que el Juez de medidas provisionales consideró suficientemente probado este último riesgo.

34 Finalmente, la conclusión recogida en la segunda frase del apartado 38 del auto impugnado, según la cual el riesgo de que se solicite la apertura de un procedimiento de quiebra no constituye un daño grave e irreversible, constituye, en su opinión, una motivación suplementaria o subsidiaria.

35 La Comisión deduce de ello que debe desestimarse el recurso de casación, ya que los motivos alegados en contra de la principal conclusión del auto impugnado, es decir, los motivos segundo, tercero y cuarto, no permiten rebatir dicha

conclusión. En consecuencia, opina que el primer motivo sólo debe examinarse con carácter subsidiario.

36 Por lo que respecta al mencionado primer motivo, la Comisión sostiene que las propias recurrentes admitieron que, incluso después de la declaración de quiebra, es posible evitar una liquidación de la empresa. Ésta es, a su juicio, la interpretación que procede realizar de la segunda frase del apartado 38 del auto impugnado.

37 En cuanto a los daños que las recurrentes alegan que sufrirían, aun en el supuesto de que el procedimiento por insolvencia concluyese con un convenio o acuerdo, la Comisión señala que no se alegaron en primera instancia. Además, dichos daños no son en modo alguno irreversibles, a su juicio, puesto que las recurrentes no demostraron tener una naturaleza permanente y estructural, por lo que no pueden beneficiarse de una indemnización económica.

38 En relación con el daño que, supuestamente, sufrirían los socios, como consecuencia de la necesidad de poner fondos a disposición de la empresa para evitar su liquidación, la Comisión indica que se trata de un procedimiento normal y, por lo demás, puramente económico. En cualquier caso, según la Comisión, las recurrentes no pueden invocar el perjuicio que pueda sufrir un tercero, para demostrar la urgencia de su solicitud (auto de 4 de mayo de 1964, Ley/Comisión, 12/64 R, Rec. 1965, pp. 175, 176).

39 Por lo que respecta al segundo motivo, la Comisión alega que, acertadamente, el Juez que conoció de las medidas provisionales tuvo en cuenta la posibilidad de

que los socios, en el caso de autos el Sr. Henss, ayudasen a las sociedades a la hora de constituir una garantía bancaria.

40 A este respecto, la Comisión se refiere al auto de 7 de marzo de 1995, Transacciones Marítimas y otros/Comisión (C-12/95 P, Rec. p. I-467), apartado 12, en el que no se distingue, a la hora de apreciar la capacidad de una empresa para constituir una garantía bancaria, entre sus accionistas, por una parte, y el grupo de empresas al que pertenece, por otra parte.

41 Tras recordar que la dispensa de la obligación de constituir una garantía bancaria sólo puede concederse si concurren circunstancias excepcionales, la Comisión sostiene que, hasta que la multa sea anulada o reducida, los socios deben estar dispuestos a soportar todos los inconvenientes que los afecten como consecuencia del lastre que la mencionada multa representa para la sociedad, especialmente, si desean que esta última prosiga sus actividades, a pesar de la carga que pesa sobre ella. Lo anterior parece todavía más justificado en la medida en la que dichos socios podrían haberse beneficiado del comportamiento contrario a las normas de competencia que dio lugar a la multa. En consecuencia, no tiene, a su juicio, importancia determinar si los socios son personas físicas o jurídicas o si ejercen o no una actividad empresarial por cuenta propia.

42 La Comisión discute la tesis conforme a la cual este planteamiento entrañaría una discriminación entre empresas según su estructura, puesto que, aun cuando los accionistas sean muy numerosos o cambien a menudo, la dirección podrá convocar una junta general para votar un aumento de capital adecuado. Además, en el caso de autos, el Juez que conoció de las medidas provisionales no tuvo en cuenta, en su opinión, a los socios de las demandantes en general, sino al Sr. Henss, en su calidad de principal propietario, que controla a todas las recurrentes y puede, por tanto, adoptar en solitario las decisiones pertinentes.

43 A propósito del tercer motivo del recurso de casación, relativo a la carga de la prueba de la urgencia que corresponde a la persona que solicita la concesión de

medidas provisionales, la Comisión niega las afirmaciones de las recurrentes en el sentido de que una situación de urgencia no deba probarse, sino simplemente justificarse «a primera vista».

44 La Comisión destaca, para empezar, que, conforme al tenor del artículo 104, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, una demanda de medidas provisionales debe especificar «las circunstancias que den lugar a la urgencia». La disposición mencionada sólo contempla una mera justificación «a primera vista» para los «antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho» que justifiquen la concesión de la medida provisional solicitada.

45 Además, dicha Institución señala que resulta de una jurisprudencia reiterada que la demandante debe demostrar la existencia de una situación de urgencia, a fin de permitir al Juez que conoce de las medidas provisionales decidir «con pleno conocimiento de causa» (auto de 3 de abril de 1992, Parlamento/Frederiksen, C-35/92 P-R, Rec. p. I-2399, apartado 21). Dicha solución, que coincide con las reglas generales sobre el reparto de la carga de la prueba, está aún más justificada, si cabe, en el caso de autos, ya que la dispensa de la exigencia de una garantía bancaria sólo puede concederse en circunstancias excepcionales.

46 Finalmente, la Comisión admite que no se exige, para probar la urgencia de una demanda, la certeza absoluta de que se vaya a producir el perjuicio alegado. Por lo tanto, si basta con demostrar el carácter inminente de un perjuicio, la carga de la prueba que recae sobre las recurrentes tampoco variará, en el sentido de que estas últimas deberán probar íntegramente los hechos que supuestamente constituyen el fundamento de dichas previsiones.

47 La Comisión concluye, a la vista de lo anterior, que las alegaciones formuladas en el marco del tercer motivo, relativas a los motivos recogidos en el auto al

examinar sucesivamente los hechos, versan en realidad sobre la apreciación de estos últimos y no son admisibles en un recurso de casación.

48 En cuanto al cuarto motivo, según el cual el auto impugnado se basa en apreciaciones contrarias al contenido de los documentos entregados al Tribunal de Primera Instancia, la Comisión señala que, en el dictamen sumario mencionado en el apartado 30 del auto impugnado, los pagos de febrero de 1999 se mencionaban como simples proyectos. Por otra parte, señala que no se proporcionó ninguna indicación sobre el origen de los fondos utilizados, ni sobre los efectos reales de dichos pagos sobre las cifras indicadas en el dictamen sumario, que mostraban cuál era la situación el 31 de diciembre de 1998. En consecuencia, las alegaciones de las recurrentes suponen, a su juicio, poner en duda la apreciación de los hechos efectuada por el Juez de Primera Instancia.

49 Dado que las alegaciones escritas de las partes contienen toda la información necesaria para pronunciarse sobre el recurso de casación, no se ha considerado necesario oír sus observaciones.

Apreciación

50 Procede recordar, con carácter preliminar, que, con arreglo a los artículos 225 CE y 51 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, el recurso de casación se limita a las cuestiones de Derecho y debe fundarse en motivos derivados de la incompetencia del Tribunal de Primera Instancia, de irregularidades del procedimiento ante el mismo que lesionen los intereses de la parte recurrente o de la violación del Derecho comunitario por parte del mencionado Tribunal.

51 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 apreciaciones resulte de documentos obrantes en autos que se le hayan sometido y, por otra parte, para apreciar dichos hechos.

52 Además, el Tribunal de Justicia no es, en principio, competente para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia ha admitido en apoyo de su comprobación o apreciación de los hechos. En efecto, puesto que se han respetado los principios generales del Derecho y las normas procesales en materia de carga y de presentación de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar la importancia que ha de atribuirse a los elementos que le han sido sometidos [auto de 25 de junio de 1998, Antillas Neerlandesas/Consejo, C-159/98 P(R), Rec. p. I-4147, apartado 68].

53 En el caso de autos, procede indicar, con carácter preliminar, que los cuatro motivos alegados por las recurrentes en apoyo de su recurso de casación están estrechamente vinculados. En efecto, dichos motivos están relacionados con los distintos elementos que el Juez que conoció de las medidas provisionales tomó en consideración de forma global en el auto impugnado, para llegar a la conclusión de que las demandantes no habían demostrado suficientemente la urgencia de su solicitud.

54 En consecuencia, sólo es posible estimarlos o desestimarlos de forma conjunta.

55 Además, es importante señalar, a fin de apreciar el valor de los mencionados motivos, cuyo objetivo es poner en cuestión la apreciación de la urgencia realizada en el auto impugnado, que el Juez que conoció de las medidas provisionales realizó dicho examen en el marco, muy particular, de una solicitud de dispensa de la obligación de constituir una garantía bancaria como condición para que no se procediera de forma inmediata al cobro de una multa impuesta por la Comisión. Como se señala acertadamente en el apartado 17 del auto impugnado, sólo puede acogerse una demanda de dicha naturaleza si concurren circunstancias excepcionales (autos de 6 de mayo de 1982, AEG/Comisión, 107/82 R, Rec. p. 1549, apartado 6; de 7 de mayo de 1982, Hasselblad/Comisión, 86/82 R, Rec. p. 1555, apartado 3; de 15 de marzo de 1983, Ferriere di Roè Volciano/Comisión, 234/82 R, Rec. p. 725, apartados 5 y 6, y de 24 de septiembre de 1986, Montedipe/Comisión, 213/86 R, Rec. p. 2623, apartado 22). La posibilidad de exigir la constitución de una garantía está

expresamente prevista en los procedimientos de medidas provisionales por los Reglamentos de Procedimiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia y se corresponde con una línea de actuación general y razonable de la Comisión (véase el auto de 11 de noviembre de 1982, Klöckner-Werke/Comisión, 263/82 R, Rec. p. 3995, apartado 5).

56 Por lo que respecta al primer motivo, mediante el cual las recurrentes reprochan al Juez que conoció de las medidas provisionales no haber considerado como un daño grave e irreparable el riesgo de tener que solicitar el inicio de un procedimiento de quiebra en el que incurren, procede subrayar que una situación en la que una empresa se ve obligada a solicitar el inicio de un procedimiento por insolvencia puede constituir un perjuicio grave e irreparable, en atención a los riesgos que dicho procedimiento entraña para la existencia misma de la empresa afectada, así como a las importantes consecuencias que se derivan de un procedimiento de esta naturaleza y que entorpecen su funcionamiento normal.

57 Dicha apreciación debe realizarse, sin embargo, en cada caso, a la vista de las circunstancias de hecho y de Derecho que caracterizan cada asunto.

58 A este respecto, resulta del auto impugnado que el Juez que conoció de las medidas provisionales, si bien no excluyó completamente que la constitución de la garantía bancaria pudiese obligar a la demandante a solicitar el inicio de un procedimiento por insolvencia, relativizó, sin embargo, la importancia de dicho elemento. En efecto, señaló que las dificultades que alegaban las demandantes se referían esencialmente a un déficit de tesorería y que, como se indica en el apartado 34 del auto impugnado, las dificultades de esta naturaleza no conducen necesariamente a la liquidación de la empresa, como confirma el examen de los derechos nacionales aplicables.

59 La mencionada apreciación de los hechos, realizada por el Juez que conoció de las medidas provisionales, no puede ser impugnada directamente en el marco de un recurso de casación.

60 Mediante su segundo motivo, las recurrentes imputan al Juez que conoció de las medidas provisionales haber tenido en cuenta la capacidad que podía tener el Sr. Henss para ayudarlas a constituir una garantía bancaria.

61 A este respecto, resulta de una jurisprudencia reiterada que, a fin de determinar si una empresa puede constituir una garantía bancaria, procede tener en cuenta el grupo de empresas al que pertenece (auto Hasselblad/Comisión, antes citado, apartado 4) y, en particular, los recursos de que dispone, en su conjunto, dicho grupo (auto Transacciones Marítimas y otros/Comisión, antes citado, apartado 12).

62 Este enfoque se basa en la idea de que los intereses objetivos de la empresa afectada no presentan un interés autónomo respecto de los de las personas, físicas o jurídicas, que la controlan y de que el carácter grave e irreparable del daño alegado debe, por tanto, apreciarse en relación con el grupo que dichas personas integran. Esta confusión de intereses justifica, en particular, que no se valore el interés de la empresa afectada en sobrevivir independientemente del interés de quienes la controlan en su supervivencia.

63 Los mismos motivos justifican que, en una situación comparable, el perjuicio de una asociación de empresas se valore tomando en consideración la situación

financiera de sus miembros, cuando los intereses objetivos de la asociación no presenten un carácter autónomo en relación con los de las empresas que la integran [véase el auto de 14 de octubre de 1996, SCK y FNK/Comisión, C-268/96 P(R), Rec. p. I-4971, apartados 35 a 38].

64 El hecho de que, como en el caso de autos, la persona que, en calidad de propietario principal de las empresas, ejerce el control sobre la mismas sea una persona física, que no constituye por sí sola una empresa, carece, por tanto, de pertinencia.

65 Las recurrentes tampoco pueden sostener que el razonamiento utilizado por el Juez que conoció de las medidas provisionales discrimine a las empresas en función de que sus accionistas sean o no conocidos. En efecto, la apreciación del carácter grave e irreparable del daño alegado debe efectuarse considerando las particularidades de cada caso y no de forma general, sobre la base de categorías abstractas. Ahora bien, una empresa, cuyo control por otras personas se ha demostrado, se encuentra en una situación particular que debe, por tanto, tomar en consideración el Juez que conoce de las medidas provisionales.

66 El tercer motivo de casación es el relativo a la carga de la prueba de que se cumple el requisito relativo a la urgencia, que recae sobre las recurrentes.

67 Como la Comisión señaló acertadamente, si bien cierto que, a fin de demostrar que existe un daño grave e irreparable, no es necesario exigir que se pruebe con una certeza absoluta que se producirá el perjuicio y basta con que este último sea previsible con un grado suficiente de probabilidad, no es menos cierto que las demandantes siguen estando obligadas a probar los hechos que supuestamente sirven de base a la creencia de que se producirá el mencionado daño grave e irreparable.

68 Dicho requisito se halla aún más justificado en un caso como el de autos, habida cuenta del principio enunciado en el apartado 55 del presente auto.

69 Por lo que respecta al cuarto y último motivo, basta señalar que las informaciones a las que se refieren las recurrentes son meras precisiones, que, ciertamente, completan los hechos descritos en el apartado 31 del auto impugnado, pero de las que no resulta que las comprobaciones realizadas por el Juez que conoció de las medidas provisionales adolezcan de una inexactitud material.

70 En estas circunstancias, por los motivos recogidos en los apartados 50 a 52 del presente auto, la apreciación de las pruebas realizada por el Juez que conoció de las medidas provisionales no puede volver a examinarse en el marco de la casación.

71 Resulta del conjunto de las consideraciones anteriores que no procede estimar los motivos invocados por las recurrentes en apoyo de su recurso de casación y, en consecuencia, debe desestimarse este último.

Costas

72 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de casación en virtud del artículo 118, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por

haber solicitado la Comisión que se condene en costas a las recurrentes y haber sido desestimados los motivos formulados por éstas, procede condenarlas al pago de las costas del presente recurso.

En virtud de todo lo expuesto,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

resuelve:

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

2) **Condenar en costas a HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH e Isoplus Fernwärmetechnik GmbH.**

Dictado en Luxemburgo, a 14 de diciembre de 1999.

El Secretario

R. Grass

El Presidente

G.C. Rodríguez Iglesias