CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PAOLO MENGOZZI presentadas el 11 de enero de 2007 [1]

1. Mediante sentencia de 21 de abril de 2005 [2] (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), el Tribunal de Primera Instancia desestimó el recurso interpuesto por Holcim (Deutschland) AG contra la Comisión, dirigido a obtener el reembolso de los gastos de garantía bancaria soportados para poder aplazar el pago de multas impuestas, mediante decisión posteriormente anulada por el propio Tribunal de Primera Instancia, por violación del artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE).

2. Mediante el presente recurso de casación, la recurrente solicita al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida y condene a la Comisión al reembolso de dichos gastos, con los intereses de demora.

Hechos

3. Mediante Decisión de la Comisión de 30 de noviembre de 1994 (en lo sucesivo, «Decisión del cemento»), [3] las sociedades Alsen Breitenburg Zement und Kalkwerke GmbH (en lo sucesivo, «ABZK») y Nordcement AG fueron condenadas a pagar, respectivamente, sendas multas por un importe de 3,841 millones de euros y de 1,85 millones de euros por haber vulnerado el artículo 85 del Tratado CE.

4. ABZK y Nordcement impugnaron la citada Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia y, sirviéndose de la posibilidad ofrecida por la Comisión, decidieron constituir y ofrecer a esta institución un aval

1 — Lengua original: italiano.

2 — Holcim (Deutschland)/Comisión (T-28/03, Rec. p. II-1357).

3 — Decisión 94/815/CE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (Asuntos IV/33.126 y 33.322 — Cemento) (DO L 343, p. 1).

bancario, evitando así tener que pagar inmediatamente las multas.

5. Mediante sentencia de 15 de marzo de 2000 (en lo sucesivo, «sentencia del cemento»), [4] el Tribunal de Primera Instancia, en particular, anuló la Decisión del cemento en lo relativo a Alsen AG, sociedad en la cual se habían fusionado entretanto ABZK y Nordcement, y posteriormente denominada Holcim (Deutschland) AG (en lo sucesivo, «recurrente»).

6. La recurrente solicitó pues a la Comisión el reembolso de los gastos derivados de la constitución de los mencionados avales bancarios, cuyo importe global ascendía a 139.002,21 euros. La Comisión se negó a realizar tal reembolso.

Procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida

7. Mediante recurso presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 31 de enero de 2003, la recurrente solicitó que se condenase a la Comisión al pago del importe mencionado en el punto anterior, más los intereses de demora calculados al tipo del 5,75 % anual a partir del 15 de abril de 2000, así como al pago de las costas.

8. Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia desestimó el recurso y condenó en costas a la recurrente.

9. Con carácter preliminar, el Tribunal de Primera Instancia declaró la inadmisibilidad del recurso en la medida en que se basaba en el artículo 233 CEE [5] y declaró la inadmisibilidad de la pretensión, formulada por la recurrente con carácter subsidiario, de que se considerase que, en la medida en que se basa en el artículo 233 CE, el recurso era un recurso de anulación o por omisión. [6]

10. El Tribunal de Primera Instancia declaró además que el recurso contenía una pretensión de resarcimiento con arreglo a los artículos 235 CE y 288 CE, párrafo segundo. [7] Ahora bien, según el Tribunal de Primera Instancia, procedía declarar la inadmisibilidad de dicha pretensión por razón de prescripción a efectos del artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia, en la parte en que tenía por objeto los gastos de garantía

4 — Cimenteries CBR y otros/Comisión, denominada «Cemento» (asuntos acumulados T-25/95, T-26/95, de T-30/95 a T-32/95, de T-34/95 a T-39/95, de T-42/95 a T-46/95, T-48/95, de T-50/95 a T-65/95, de T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491).

5 — Sentencia recurrida, apartados 27 a 40 y punto 1 del fallo.

6 — *Ibidem*, apartados 41 a 46 y punto 2 del fallo.

7 — *Ibidem*, apartados 41 y 46.

bancaria soportados por la demandante cinco años antes de la fecha de interposición del recurso. [8]

11. A tal respecto, el Tribunal de Primera Instancia ha recordado que, según la jurisprudencia, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual de la Comunidad no puede empezar a correr antes de que se cumplan todos los requisitos a los que está supeditada la obligación de resarcimiento. En el caso de autos, según el Tribunal de Primera Instancia, el daño alegado se manifestó desde la constitución de los avales bancarios (o sea, el 3 de mayo de 1995, respecto al constituido por ABZK, y el 18 de abril de 1995, respecto al de Nordcement) y a partir de tal momento se hallaba en posición de invocar la responsabilidad extracontractual de la Comisión, aduciendo la existencia de un daño futuro pero cierto y determinable, en la medida en que era previsible con suficiente certeza. El Tribunal de Primera Instancia observó asimismo que el perjuicio alegado tuvo carácter continuado, porque los gastos inherentes a los citados avales se calcularon en proporción al número de días durante los cuales estos últimos estuvieron en vigor. Así, el Tribunal de Primera Instancia señaló que la prescripción se aplicaba, en función de la fecha del acto interruptivo de la prescripción, al período anterior en más de cinco años a esa fecha, sin afectar a los derechos nacidos en períodos posteriores, y que quedaba interrumpida únicamente mediante la interposición del recurso. [9]

12. En cambio, sobre el fondo del asunto, el Tribunal de Primera Instancia estimó, en cuanto atañe a las pretensiones de resarcimiento todavía no prescritas, que el recurso era infundado al no concurrir dos requisitos para el nacimiento de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

13. Por un lado, el Tribunal de Primera Instancia descartó que la violación del Derecho comunitario declarada en la sentencia del cemento en cuanto atañe a ABZK y Nordcement estuviera suficientemente caracterizada en el sentido de la jurisprudencia comunitaria. A tal respecto, el Tribunal de Primera Instancia señaló que en el caso de autos la facultad discrecional de la Comisión era ciertamente «reducida», pero que el asunto objeto de la Decisión del cemento y de la sentencia del cemento era particularmente complejo y que la Comisión se hallaba obligada a regular una situación compleja, por razón de las dificultades de aplicación de las disposiciones del Tratado CE en materia de prácticas colusorias, especialmente importantes a causa del gran número de elementos fácticos del asunto de que se trataba. [10]

14. Por otro lado, el Tribunal de Primera Instancia excluyó que la relación de causalidad entre el comportamiento atribuido a la demandada y el perjuicio alegado pudiera ser calificado como suficientemente directo en el sentido de la jurisprudencia comunitaria. Según el Tribunal de Primera Instancia, [11] los gastos de constitución del aval bancario soportados por la recurrente se derivaban

8 — *Ibidem*, apartado 74 y punto 3 del fallo.
9 — *Ibidem*, apartados 59, 60, 63, 68 a 70 y 74.
10 — *Ibidem*, apartados 100, 102, 114 y 115.
11 — *Ibidem*, apartados 123 y 124.

directamente de la libre elección de esta última de no cumplir la obligación de pagar las multas en el plazo establecido en la Decisión del cemento y de establecer una excepción, mediante la constitución de un aval bancario, a las normas del Tratado CE que, por un lado, confieren valor de título ejecutivo a las decisiones de la Comisión que entrañan obligaciones pecuniarias a cargo de personas distintas de los Estados [12] y, por otro lado, excluyen el efecto suspensivo de los recursos interpuestos ante el juez comunitario. [13]

Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

15. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 13 de julio de 2005, la recurrente interpuso recurso de casación contra la sentencia antes citada.

16. La demandante solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida.

— Condene a la Comisión a abonarle la cantidad de 139.002,21 euros, más los intereses de demora al tipo del 5,75 % anual, a partir del 15 de abril de 2000, o, con carácter subsidiario, devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que éste adopte una nueva resolución.

— Condene en costas a la Comisión.

17. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso de casación.

— Condene en costas a la recurrente.

12 — Artículo 192, párrafo primero, del Tratado CE (actualmente artículo 256 CE, párrafo primero).

13 — Artículo 185, primera frase, del Tratado CE (actualmente artículo 242 CE, primera frase).

Análisis jurídico

Sobre el primer motivo de casación, relativo a la prescripción parcial del derecho al resarcimiento

Alegaciones de las partes

18. La recurrente sostiene que el Tribunal de Primera Instancia interpretó erróneamente las normas de prescripción establecidas en el artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia. Recuerda que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra la Comunidad no puede comenzar a transcurrir antes de que concurran todas las condiciones a que está sujeta la obligación de resarcimiento. [14] Dado que, en opinión de la recurrente, la anulación de la Decisión del cemento era, en el caso de autos, una condición para el nacimiento a cargo de la Comisión de la obligación de reembolsarle los gastos del aval bancario, el plazo de prescripción del derecho al resarcimiento no comenzó a transcurrir hasta que se dictó la sentencia del cemento. La recurrente subraya que un recurso de indemnización por los perjuicios derivados de una decisión ilegal que impone multas no puede llegar a buen fin sin la interposición previa y con éxito de un recurso de anulación contra tal decisión.

19. Según la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia se basó erróneamente en la autonomía del recurso de indemnización frente al recurso de anulación para desestimar la tesis de la recurrente relativa al *dies a quo* del plazo de prescripción. La recurrente señala a tal respecto que, en el presente asunto, no cabe hablar de una autonomía completa entre ambos tipos de recurso, en la medida en que la producción del daño estaba directamente vinculada a la interposición del recurso de anulación. De hecho, la constitución de los avales bancarios se hizo necesaria justamente para interponer el citado recurso contra la Decisión del cemento.

20. Además, el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta que, en el momento de la constitución de los avales bancarios, el daño no se había concretado todavía. De hecho, en la época pertinente, a diferencia de cuanto sostiene el Tribunal de Primera Instancia, en opinión de la recurrente el daño ni estaba determinado ni era determinable, ya que su magnitud dependía de la duración del procedimiento de anulación sustanciado ante el juez comunitario.

14 — Sentencia de 27 de enero de 1982, Birra Wührer y otros/Consejo y Comisión (asuntos acumulados 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 y 5/81, Rec. p. 85), apartado 10.

21. Asimismo, la recurrente sostiene que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al estimar que el daño tenía un carácter continuado. Al contrario, se produjo un daño único, consistente en la constitución, mediante un único contrato, del aval bancario y en las comisiones consiguientemente facturadas por los bancos. El hecho de que la entidad de tal daño dependa de la duración del procedimiento de anulación no convierte tal daño en un daño surgido de manera repetida y gradual. En opinión de la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia incurrió por lo demás en una contradicción al considerar, en el apartado 63 de la sentencia recurrida, que en el presente asunto se daba un daño futuro y al concluir, en cambio, en el apartado 69 de la misma sentencia, que tal daño se produjo de forma gradual.

22. Con carácter subsidiario, la recurrente censura al Tribunal de Primera Instancia no haber reconocido al menos que la prescripción del derecho a indemnización de los gastos del aval bancario ya se había interrumpido antes de la interposición del recurso de indemnización, con la interposición del recurso de anulación dirigido contra la Decisión del cemento.

Apreciación

23. La Comisión subraya que el argumento principal de la recurrente acaba en última instancia por situar en la sentencia del cemento el hecho que da lugar a la invocada responsabilidad extracontractual, lo cual sería absurdo. En realidad, tal hecho lo constituyen la Decisión del cemento o la constitución de los avales bancarios. Además, pone de manifiesto que, en el momento de la constitución de los avales bancarios, el daño estaba determinado o cuando menos era determinable, al poder calcularse los importes de las comisiones adeudadas por la recurrente a los bancos sobre la base de dos tipos fijados en los contratos de garantía; el Tribunal de Primera Instancia incurrió, pues, en un error de Derecho al considerar que el daño aducido estaba suficientemente concretado en aquel mismo momento. El argumento de la recurrente relativo al carácter no continuado del daño alegado no hace más que confirmar, en opinión de la Comisión, que el daño en sí se produjo en el momento de la constitución de los avales bancarios y no en la fecha en que se dictó la sentencia del cemento. Por último, las alegaciones formuladas por la recurrente con carácter subordinado son igualmente infundadas, en la medida en que del tenor del artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia se desprende claramente que el plazo de prescripción se interrumpe con la interposición de un recurso de indemnización y no de un recurso de anulación.

24. A tenor del artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia, «las acciones contra las Comunidades en materia de responsabilidad extracontractual prescribirán a los cinco años de producido el hecho que las motivó».

25. Como ha observado el Tribunal de Justicia, la función de la prescripción consiste en conciliar la protección de los derechos de la persona perjudicada con el principio de seguridad jurídica. [15] Según reiterada jurisprudencia, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual contra la Comunidad no puede empezar a correr antes de que concurran todos los requisitos a los que se encuentra supeditada la obligación de indemnización y, en particular, antes de que se concrete el perjuicio que debe repararse. [16]

26. La recurrente sostiene que, en el presente asunto, uno de los requisitos para el nacimiento de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad es la anulación de la Decisión del cemento.

27. Esta tesis me parece infundada.

28. Ha de recordarse que el nacimiento de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y la efectividad del derecho a la reparación del perjuicio sufrido dependen del concurso de un conjunto de requisitos relativos a la existencia de un acto ilícito de las instituciones comunitarias, de un daño real y de una relación de causalidad entre ellos. [17]

29. Ahora bien, en primer lugar, de la jurisprudencia comunitaria no se desprende en modo alguno que los requisitos relativos a la ilicitud del comportamiento de la institución de que se trate se cumplen únicamente en el momento en que dicha ilicitud es declarada por vía judicial. La declaración judicial de tal ilicitud es obviamente un presupuesto necesario para la declaración judicial de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, pero no condiciona en absoluto el nacimiento de tal responsabilidad ni el transcurso del plazo de prescripción de la acción de indemnización.

30. De seguirse un razonamiento distinto, se acabaría por poner en manos del propio acreedor la posibilidad de hacer que corra o no el plazo de prescripción. En efecto, este último no correría hasta que el acreedor ejercitara una acción (de anulación y/o de responsabilidad) *y* obtuviera la declaración de ilicitud del comportamiento de la institución.

31. Me parece evidente que el régimen de la prescripción obliga al recurrente a valorar él

15 — Auto de 18 de julio de 2002, Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Comisión (C-136/01 P, Rec. p. I-6565), apartado 28.

16 — Sentencia Birra Wührer y otros/Consejo y Comisión, antes citada, apartado 10, y auto Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Comisión, antes citado, apartado 30.

17 — Sentencias Birra Wührer y otros/Consejo y Comisión, antes citada, apartado 9, y de 14 de octubre de 1999, Atlanta/Comunidad Europea (C-104/97 P, Rec. p. I-6983), apartado 65; auto Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Comisión, antes citado, apartado 29.

mismo, con la eventual ayuda de asesores legales, la ilicitud del comportamiento de la institución. Esto es lo que el Tribunal de Primera Instancia apreció correctamente en el apartado 65 de la sentencia recurrida, al señalar que ya a partir de la adopción de la Decisión del cemento la recurrente tenía la posibilidad de alegar una violación del Derecho comunitario. Por otro lado, el propio Tribunal de Primera Instancia ya había declarado anteriormente, en las sentencias Hartmann/Consejo y Comisión [18] y Bühring/Consejo y Comisión, [19] que el inicio del cómputo del plazo de prescripción exige el conocimiento, por parte de la víctima, del hecho generador del daño y no de su ilegalidad.

32. En segundo lugar, a diferencia de cuanto sostiene la recurrente, la anulación previa de la Decisión del cemento no era necesaria siquiera para que pudiera considerarse concretado, en el presente asunto, el daño que debe indemnizarse.

33. A tal respecto, el Tribunal de Primera Instancia observó en la sentencia recurrida que en el momento de la constitución de los avales bancarios el daño aducido por la recurrente era futuro, pero ya cierto y determinable, en la medida en que era previsible con suficiente certeza. Por este motivo, el Tribunal de Primera Instancia declaró que la recurrente se hallaba en posición de invocar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad desde aquel mismo momento y que desde entonces empezó a correr, en el caso de autos, el plazo de prescripción. [20]

34. Al seguir este razonamiento, el Tribunal de Primera Instancia parece considerar que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual de la Comunidad comienza necesariamente a correr a partir del momento en que resulta imposible ejercitar la citada acción. En este sentido, se había expresado claramente por otro lado el Abogado General Capotorti, [21] el cual señaló al respecto que «todo período de prescripción de una acción judicial comienza a correr a partir de la fecha en que la acción puede ser ejercitada» y que «en los límites en que se considera que la acción prevista en los artículos 215 y 178 del Tratado CE [actualmente artículos 288 CE y 235 CE] puede interponerse también en relación con daños futuros, el momento a partir del cual puede ejercerse la facultad de entablar acciones judiciales constituye el plazo *a quo* de la prescripción».

35. Sin embargo, no me convence este planteamiento, pues no me parece que se corresponda con cuanto cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En mi opinión, como en la de la recurrente, este planteamiento confunde indebidamente la cuestión del transcurso del plazo de prescripción con la de la admisibilidad del recurso de indemnización.

18 — Sentencia de 16 de abril de 1997 (T-20/94, Rec. p. II-595), apartado 112.

19 — Sentencia de 4 de febrero de 1998 (T-246/93, Rec. p. II-171), apartado 68.

20 — Véase la sentencia recurrida, apartados 60 a 63 y 68.

21 — Conclusiones presentadas el 13 de octubre 1981 en los asuntos en que recayeron las sentencias Birra Wührer y otros/Consejo y Comisión, antes citada, y de 27 de enero de 1982, De Franceschi/Consejo y Comisión (51/81, Rec. p. 117) (Rec. 1982, p. 108), punto 4.

36. Por un lado, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 288 CE no impide acudir al juez comunitario para que éste declare la responsabilidad de la Comunidad por perjuicios inminentes y previsibles con la certeza suficiente, aunque el perjuicio no pueda ser aún valorado con exactitud. En efecto, según el Tribunal de Justicia, puede ser necesario, para evitar daños mayores, acudir al juez comunitario apenas se conozca la causa del perjuicio. [22]

37. Por otro lado, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra la Comunidad no puede comenzar a correr antes de que se haya concretado el daño que deba resarcirse, es decir, antes de que se hayan producido los efectos perjudiciales del acto ilícito de la Comunidad. [23]

38. De lo anterior se deduce, en mi opinión, que es sin duda posible interponer un recurso de indemnización con arreglo al artículo 235 CE aunque el daño no se haya concretado todavía (si, no obstante, es inminente y previsible con una cierta seguridad), pero, en cualquier caso, el plazo de prescripción no comenzará a correr antes de la concreción del daño en sí.

39. En esencia, la jurisprudencia citada en el punto 36 *supra* está dirigida a permitir la interposición de una acción de responsabilidad que, de otro modo, se consideraría prematura, como instrumento de tutela anticipada idóneo para limitar la magnitud de las consecuencias dañosas del acto ilícito de la Comunidad. Sin embargo, la posibilidad de tal tutela anticipada no incide en modo alguno en el *dies a quo* del plazo de prescripción, lo cual también responde, por otro lado, al interés de la Comunidad. En efecto, tal posibilidad puede conducir a una limitación del importe de la indemnización a que estaría obligada la Comunidad en el caso de que se cumplieran los requisitos de su responsabilidad extracontractual.

40. Así, si bien es cierto que el plazo de prescripción no puede comenzar a correr hasta que sea posible ejercitar la acción de indemnización, no es necesariamente cierto que dicho plazo comience a correr justo en el momento en que sea ejercitable dicha acción.

41. Ahora bien, en el presente asunto, la separación temporal entre el momento en que el daño se hizo *previsible con una cierta seguridad* y el momento en que dicho daño *se concretó* es mínima. El primer momento

22 — Sentencias de 2 de junio de 1976, Kampffmeyer y otros/Comisión y Consejo (asuntos acumulados 56/74 a 60/74, Rec. p. 711), apartado 6, y de 14 de enero 1987, Zuckerfabrik Bedburg/Consejo y Comisión (281/84, Rec. p. 49), apartado 14.

23 — Sentencias Birra Wührer y otros/Consejo y Comisión, apartados 10 y 11, y De Franceschi/Consejo y Comisión, apartados 10 y 11, antes citadas.

coincide con la constitución de los avales bancarios, como ha observado acertadamente el Tribunal de Primera Instancia. El segundo momento, que es sin embargo aquél a partir del cual corre el plazo de prescripción, puede fijarse en el día posterior, en la medida en que, como declaró el Tribunal de Primera Instancia, [24] los gastos de garantía bancaria se acumulaban conforme transcurrían los días.

42. En cualquier caso, la recurrente no alega que el plazo de prescripción haya comenzado a correr el día siguiente a la constitución de los avales bancarios. En cambio, reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber considerado que el daño se materializó únicamente con la anulación de la Decisión del cemento. Ahora bien, tal reproche carece manifiestamente de fundamento, dado que los gastos de garantía bancaria, que constituyen el daño alegado, comenzaron a producirse, como se acaba de señalar, al día siguiente a la constitución de los avales bancarios, mucho tiempo antes, por tanto, de la sentencia del cemento.

43. Ciertamente, dicha sentencia eliminó la obligación de la recurrente de pagar las multas impuestas a ABZK y Nordcement mediante la Decisión del cemento y, por tanto, fijó un plazo para la presentación de los gastos de garantía bancaria soportados por la recurrente. De este modo, el importe definitivo de tales gastos, y por tanto del daño alegado, se hizo cuantificable en su conjunto.

24 — Sentencia recurrida, apartado 61.

44. Sin embargo, no ha de considerarse por ello que el plazo de prescripción no comenzara a correr antes de aquel momento. La jurisprudencia relativa al transcurso del plazo de prescripción exige que el daño se haya concretado, no que éste se haya agotado en sus efectos. Por otra parte, de la jurisprudencia no se desprende en modo alguno que el recurso de indemnización establecido en el artículo 235 CE pueda interponerse únicamente con la condición de que el daño alegado sea cuantificable con precisión *en su integridad* en el momento de interposición del mismo.

45. Considero, por tanto, que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al estimar que el plazo de prescripción comenzó a correr en el presente asunto a partir del día (el de constitución de los avales bancarios) en el que, una vez que el perjuicio se hizo previsible con una certeza suficiente, podía ejercitarse la acción de responsabilidad, y no a partir del día en que se concretó efectivamente el daño. Ahora bien, en mi opinión, la imputación de la recurrente ahora examinada ha de desestimarse en cualquier caso, previa sustitución de los motivos, ya que, a diferencia de cuanto ésta alega, tal concreción no tuvo lugar con la sentencia del cemento, sino con la producción de los primeros gastos de garantía bancaria el día siguiente a la constitución de los citados avales.

46. En cuanto atañe a las demás imputaciones de la recurrente relativas a la producción instantánea y no gradual del daño y a la

interrupción de la prescripción como consecuencia de la interposición del recurso de anulación contra la Decisión del cemento, es evidente en mi opinión que no procede estimarlas.

Sobre el segundo motivo de casación, relativo al requisito de la ilegalidad de la actuación de la Comunidad

Alegaciones de las partes

47. La alegación relativa a la producción instantánea del daño no puede aprovechar en modo alguno a la recurrente, puesto que, aun estando fundada, la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual abarcaría el daño alegado en su integridad y no, como se señala en la sentencia recurrida, sólo una parte del mismo.

48. La alegación, formulada con carácter subsidiario, relativa a la interrupción de la prescripción choca con el claro tenor del artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia, que enumera de forma taxativa los actos que interrumpen la prescripción prevista en el mismo. Por otro lado, la interposición de un recurso de anulación carece, por su propia naturaleza, de idoneidad para producir efectos de interrupción de la prescripción de la acción de indemnización, en la medida en que no expresa por sí misma la voluntad de ejercer el derecho de resarcimiento de los daños ocasionados por el acto contra el cual se dirige tal recurso.

49. Así pues, en mi opinión procede desestimar el primer motivo de casación.

50. Con carácter principal, la recurrente sostiene que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al considerar que la responsabilidad extracontractual de la Comunidad exige, también en el presente asunto, la existencia de una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario. En su opinión, este requisito viene exigido por la jurisprudencia únicamente respecto a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad derivada de actos legislativos y no respecto a la derivada de decisiones que imponen multas por violación del Derecho de la competencia, decisiones éstas cuya ilegalidad bastaría para dar lugar a dicha responsabilidad.

51. Con carácter subsidiario, la recurrente alega que en el presente asunto la Comisión ha cometido una violación suficientemente caracterizada y que el Tribunal de Primera Instancia llegó erróneamente a la conclusión contraria.

52. A tal respecto, la recurrente censura al Tribunal de Primera Instancia, en primer

lugar, no haberse limitado, a la hora de valorar si la violación del Derecho comunitario cometida por la Comisión estaba suficientemente caracterizada, a tomar nota del hecho de que la Decisión del cemento no entrañaba margen de apreciación alguno a favor de la institución. Al tener en cuenta, como criterio suplementario de valoración, la complejidad de los hechos y la dificultad de apreciación de la normativa comunitaria sobre prácticas colusorias, el Tribunal de Primera Instancia se apartó indebidamente de la jurisprudencia que convierte el margen de apreciación de que dispone la institución afectada en el criterio decisivo al objeto de comprobar la existencia de una violación suficientemente caracterizada.

53. En segundo lugar, la recurrente sostiene que, en cualquier caso, los hechos imputados a ABZK y Nordcement en la Decisión del cemento y su valoración jurídica no eran lo suficientemente complejos como para poder justificar la exclusión de la invocada responsabilidad de la Comunidad. En efecto, a la Comisión le incumbía únicamente verificar si la participación de dichas sociedades en el intercambio de información relativa a los mercados de exportación efectuado en el seno del European Cement Export Commitee (en lo sucesivo, «ECEC») podía constituir una vulneración de la normativa comunitaria sobre prácticas colusorias. El Tribunal de Primera Instancia dio erróneamente importancia, frente a la recurrente, para llegar a la conclusión del carácter complejo de los hechos y de las cuestiones jurídicas objeto de la Decisión del cemento, a circunstancias extrañas a las empresas ABZK y Nordcement y a las dificultades inherentes a la decisión de la Comisión de tratar en el marco de un único procedimiento y de una única decisión los hechos y la posición de dichas empresas y de terceras empresas.

54. La Comisión es de la opinión de que el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en un error de Derecho al descartar que la adopción frente a ABZK y Nordcement de la Decisión del cemento constituye una violación suficientemente caracterizada y al estimar, por esa misma razón, que no existió una responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

55. Niega la pertinencia de la distinción efectuada por la recurrente entre actos normativos y decisiones individuales, la cual, sobre la base de la jurisprudencia más reciente, no resulta determinante para fijar los límites de la facultad de apreciación de que disponía la institución afectada. Asimismo, sostiene que el Tribunal de Primera Instancia acertó al tener también en cuenta la complejidad de los hechos que la Comisión tenía que valorar. Por último, la alegación de la recurrente conforme a la cual negaba la complejidad de tales hechos no es admisible en el marco de un recurso de casación y es, por tanto, infundada, dado que procede tener en cuenta, como hizo el Tribunal de Primera Instancia, no solamente la situación de las empresas ABZK y Nordcement, sino también la situación del sector cementero en su conjunto en la época de los hechos, que la propia sentencia del cemento calificó como bastante compleja.

Análisis

56. En la sentencia recurrida, tras recordar que la responsabilidad extracontractual de la Comunidad está supeditada a la concurrencia de un conjunto de requisitos, entre los cuales se halla la ilegalidad de la actuación imputada a la institución, [25] el Tribunal de Primera Instancia subrayó acertadamente, en referencia a tal requisito, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige que se demuestre la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica cuyo objeto consista en conferir derechos a los particulares. [26]

57. A diferencia de cuanto sostiene la recurrente, que se basa al respecto en una jurisprudencia ya bastante antigua, [27] el requisito de la existencia de una violación suficientemente caracterizada no vale solamente para los casos en que la actuación ilícita imputada a la institución de que se trate consista en la adopción de un acto normativo. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada por el Tribunal de Primera Instancia, al igual que la posterior a ésta, [28] no limita en absoluto en este sentido la operatividad de tal requisito, el cual tiene, en cambio, carácter general. [29]

58. Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en un error de Derecho al afirmar que la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por los daños supuestamente sufridos por la recurrente a causa de la adopción de la Decisión del cemento exigía que se demostrara la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica cuyo objeto consiste en conferir derechos a los particulares.

59. Pasando ahora a examinar la alegación formulada por la recurrente con carácter subsidiario, he de subrayar antes de nada que la recurrente reprocha injustamente al Tribunal de Primera Instancia no haber llegado a la conclusión, una vez admitido que el margen discrecional de la Comisión era «reducido» en el caso de autos, que existía tal violación por el mismo motivo.

25 — Sentencia recurrida, apartado 86.

26 — *Ibidem*, apartado 87. El Tribunal de Primera Instancia menciona a tal respecto las sentencias de 4 de julio de 2000, Bergaderm y Goupil/Comisión (C-352/98 P, Rec. p. I-5291), apartados 40 y 42 a 44; de 10 de diciembre de 2002, Comisión/Camar y Tico (C-312/00 P, Rec. p. I-11355), apartados 52 a 55, y de 10 de julio de 2003, Comisión/Fresh Marine (C-472/00 P, Rec. p. I-7541), apartados 24 a 26.

27 — Sentencia de 2 de diciembre de 1971, Zuckerfabrik Schöppenstedt/Consejo (5/71, Rec. p. 975), apartado 11, que subordinaba la responsabilidad extracontractual de la Comisión por los daños causados por un acto normativo que entrañaba decisiones de política económica a la existencia de una violación grave de una norma superior dirigida a tutelar a los particulares.

28 — Sentencias de 23 de marzo de 2004, Defensor del Pueblo/Lamberts (C-234/02 P, Rec. p. I-2803), apartado 49, y de 12 de julio de 2005, Comisión/CEVA y Pfizer (C-198/03 P, Rec. p. I-6357), apartado 63.

29 — Por otro lado, la recurrente comete un error al subrayar que todas las sentencias del Tribunal de Justicia que invoca el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 87 de la sentencia recurrida versan sobre una responsabilidad derivada de actos normativos. En efecto, la sentencia Comisión/Camar y Tico, antes citada, trata de una responsabilidad extracontractual derivada de una decisión de la Comisión mediante la que se desestimó una solicitud de medidas transitorias en el sentido del artículo 30 del Reglamento (CEE) nº 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano (DO L 47, p. 1).

60. Es cierto, como observa la recurrente, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario está suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte de la institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación y que el criterio determinante para determinar si se está en presencia de una violación de tal clase lo constituye el margen de apreciación de que disponga la institución de que se trate. [30]

61. Sin embargo, de la misma jurisprudencia se desprende también que el régimen establecido por el Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 288 CE, párrafo segundo, tiene en cuenta, entre otros aspectos, la complejidad de las situaciones que deben ser reguladas, las dificultades de aplicación o de interpretación de los textos y, más particularmente, el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido. [31]

62. Así pues, el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en error de Derecho alguno al dar también importancia, al objeto de valorar si en el caso de autos existía una violación suficientemente caracterizada, la complejidad de las situaciones sobre las que la Comisión debía pronunciarse y la dificultad de aplicación de las disposiciones pertinentes del Tratado CE.

63. A continuación, en cuanto atañe a la crítica dirigida contra la apreciación formulada por el Tribunal de Primera Instancia sobre la complejidad tanto de las situaciones sobre las cuales la Comisión debía pronunciarse como de su calificación jurídica, estimo que procede declarar su admisibilidad únicamente en la parte en que se imputa al Tribunal de Primera Instancia haber atribuido relevancia, en el marco de dicha apreciación, a hechos extraños a las sociedades ABZK y Nordcement.

64. En efecto, en mi opinión, ni la valoración de la complejidad de los hechos ni la valoración de la complejidad de su calificación jurídica constituyen cuestiones de Derecho, sino que son analizadas como una valoración de los hechos, la cual, como es sabido, no está sujeta al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación contra una sentencia del Tribunal de Primera Instancia, salvo en el caso de desnaturalización de los elementos de prueba sometidos a este último, [32] si bien en el presente asunto no se ha alegado tal desnaturalización.

65. Por el contrario, constituye una cuestión de Derecho que puede ser examinada en el marco antes citado la dirigida a determinar si, en el ámbito de las citadas valoraciones, realizadas para comprobar si la violación del Derecho comunitario cometida en perjuicio de una empresa está suficientemente caracterizada, es admisible o no tener en cuenta

30 — Sentencias Bergaderm y Goupil/Comisión, antes citada, apartados 43 y 46; Comisión/Camar y Tico, antes citada, apartados 54 y 55; Comisión/Fresh Marine, antes citada, apartados 26 y 27, y Comisión/CEVA y Pfizer, antes citada, apartados 64 y 66.

31 — Sentencias Bergaderm y Goupil/Comisión, antes citada, apartado 40; Comisión/Camar y Tico, antes citada, apartado 52; Comisión/Fresh Marine, antes citada, apartados 24, y Comisión/CEVA y Pfizer, antes citada, apartado 62.

32 — Entre muchas, las sentencias de 11 de febrero de 1999, Antillean Rice Mills y otros/Comisión (C-390/95 P, Rec. p. I-769), apartado 29, y de 8 de mayo de 2003, T. Port/Comisión (C-122/01 P, Rec. p. I-4261), apartado 27.

también los hechos y la posición de otras empresas.

66. En cuanto a esta cuestión, ha de observarse con carácter preliminar que, al tratarse en el presente asunto de la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE en relación con presuntos acuerdos y prácticas colusorias, es decir, de infracciones que presuponen por definición la participación de dos o más empresas, resulta de todo punto manifiesto que la Comisión no podía verificar la existencia de una violación de tal disposición por una sola empresa limitándose a comprobar y valorar hechos relativos exclusivamente a dicha empresa. A diferencia de cuanto sostiene la recurrente, por tanto, la Comisión no habría podido adoptar una decisión distinta que afectase únicamente a ABZK y/o Nordcement. [33]

67. La imputación de la recurrente se dirige esencialmente contra el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia valoró la extensión de la sentencia del cemento como prueba de la complejidad de la situación relativa a ABZK o Nordcement, mientras que, en cambio, según la recurrente, tal longitud es simplemente la consecuencia de la decisión, primero, de la Comisión y, después, del Tribunal de Primera Instancia de tratar más *asuntos conexos* en el ámbito de una sola resolución. [34]

68. Sin embargo, no se desprende en modo alguno de la sentencia recurrida que el Tribunal de Primera Instancia dedujera la complejidad de los hechos y de su valoración jurídica de la extensión de la sentencia del cemento.

69. Ciertamente, en la primera parte de su razonamiento, [35] el Tribunal de Primera Instancia parece pronunciarse no sobre la complejidad de las cuestiones específicas que la Comisión ha imputado a ABZK y a Nordcement así como a las demás empresas consideradas responsables de las dos infracciones imputadas a dichas sociedades, sino sobre la complejidad de todo el asunto objeto de la Decisión del cemento (en lo sucesivo, «asunto del cemento»).

70. Procede recordar a este respecto que mediante la Decisión del cemento la Comisión comprobó la existencia de un amplio número de infracciones del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE. [36] No obstante, sólo dos de estas infracciones fueron comprobadas con respecto a ABZK y a Nordcement: la mencionada en el artículo 1 de la Decisión del cemento, a saber, «un acuerdo cuyo objeto era el respeto de los mercados nacionales y la regulación de las transferencias de cemento de un país a otro», y la recogida en el artículo 5 de la misma Decisión, a saber, el intercambio de información en el seno del ECEC «sobre la situación de la oferta y la demanda en los terceros países importadores, los precios practicables a la exportación, la situación de las impor-

33 — Véase el escrito de recurso, punto 52, *in fine*.
34 — *Ibidem*.
35 — Véase la sentencia recurrida, apartados 103 a 106.
36 — Véase la Decisión del cemento, artículos 1 a 7.

taciones en los países miembros y la situación de la oferta y la demanda de los mercados internos y [destinado] a evitar incursiones de los competidores en los respectivos mercados nacionales de la Comunidad».

71. Dado que, en la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia estaba llamado a valorar la complejidad de las situaciones que han de regularse con objeto de comprobar no si la duración del procedimiento administrativo fue razonable, [37] sino si la violación del Derecho comunitario cometida por la Comisión en perjuicio de las sociedades ABZK y Nordcement estaba suficientemente caracterizada, soy de la opinión de que, *a falta de ulteriores precisiones* que sin embargo no figuran en la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia no debió hacer referencia al asunto del cemento en cuanto tal, sino únicamente a las infracciones imputadas a las citadas sociedades.

72. No obstante, ha de observarse, por un lado, que, al referirse al asunto del cemento en cuanto tal, el Tribunal de Primera Instancia puso esencialmente de manifiesto que dicho asunto implicaba a un gran número de empresas y, en particular, a la práctica totalidad de la industria europea del cemento. [38] Ahora bien, de la mera lectura de la parte dispositiva de la Decisión del cemento se desprende que cada una de las demás empresas declaradas en dicha Decisión responsables de infracciones del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE participó, conjuntamente con ABZK y Nordcement, en la infracción declarada en el artículo 1 de la misma Decisión. De ello se infiere que el número de empresas implicadas en esta supuesta infracción coincide exactamente con el de las empresas implicadas en el asunto del cemento y que las dificultades inherentes al gran número de empresas implicadas, a las que hizo referencia el Tribunal de Primera Instancia, se daban también cuando menos respecto a una de las dos infracciones imputadas a dichas sociedades.

73. Por otro lado, en la parte siguiente de su razonamiento, el Tribunal de Primera Instancia señaló que la complejidad de las situaciones que había de regular se desprendía en particular:

— del hecho de que las empresas objeto de la investigación de la Comisión eran miembros de la Cembureau (asociación europea del cemento) directa o *sólo directamente* (al estar representadas por sus respectivas asociaciones) y que este último era precisamente el caso de ABZK y Nordcement; [39]

37 — En los apartados 104 y 105 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia puso de relieve algunas constataciones sobre la complejidad del asunto objeto de la Decisión del cemento que se formularon en la sentencia del cemento en el marco, no obstante, de la comprobación del carácter razonable de la duración del procedimiento administrativo.

38 — Véase la sentencia recurrida, apartados 103, 105 y sobre todo 114.

39 — *Ibidem*, apartado 107.

— del hecho de que, en cuanto atañe a la parte de la Decisión del cemento que trata específicamente de estas dos últimas empresas, la Comisión debía examinar un conjunto de pruebas documentales cuya interpretación no era sencilla [40] y analizar un número ingente de documentos; [41]

— del hecho, en particular, de que, si bien el Tribunal de Primera Instancia había anulado la Decisión del cemento en lo relativo a dichas sociedades, había declarado que la Comisión disponía de un cierto número de indicios que podían acreditar su tesis, que el Tribunal de Primera Instancia consideró posteriormente no suficientemente demostrada, según la cual la cooperación en el seno del ECEC tenía por objeto y efecto reforzar la regla del respeto de los mercados nacionales. [42]

74. La recurrente no menciona ni niega en modo alguno estas últimas observaciones del Tribunal de Primera Instancia, las cuales, como se desprende claramente del apartado 114 de la sentencia recurrida, eran, conjuntamente con el elevado número de empresas implicadas, aquéllas sobre las que en definitiva se basó para llegar a la conclusión de que la Comisión debía regular unas situaciones complejas.

75. En circunstancias similares, aun suponiendo que el Tribunal de Primera Instancia incurriera en un error al referirse, en la primera parte de su razonamiento relativo a la complejidad de las situaciones que debían regularse, al asunto del cemento en su conjunto y no a las infracciones concretas imputadas a ABZK y a Nordcement, tal error no tuvo, en mi opinión, ninguna incidencia en la conclusión a la que llegó el Tribunal de Primera Instancia, que he mencionado en el punto anterior.

76. A continuación, en cuanto a las dificultades de aplicación de los textos normativos pertinentes, ningún elemento de la sentencia recurrida permite afirmar que el Tribunal de Primera Instancia no las valorase en relación con las infracciones específicamente imputadas a ABZK y a Nordcement. Por contra, del apartado 115 de la sentencia recurrida se desprende expresamente que las dificultades de aplicación de las disposiciones del Tratado CE en materia de prácticas colusorias, inherentes a las propias disposiciones, «eran especialmente importantes a causa del gran número de elementos fácticos del [problema] de que se trata, *incluido en lo que respecta a la parte de la Decisión relativa a [ABZK y Nordcement]*». [43]

40 — *Ibidem*, apartado 108.

41 — *Ibidem*, apartado 114.

42 — *Ibidem*, apartado 113.

43 — El subrayado es mío.

77. En mi opinión, tampoco procede acoger el reproche aquí examinado.

78. Ha de observarse, por último, –reafirmando la legalidad de una toma en consideración global del margen de apreciación de que disponía la Comisión, de la complejidad de los hechos y de la dificultad de aplicación de las normas–, que el escrito de recurso no contiene ninguna imputación específica relativa a la ponderación de tales elementos efectuada por el Tribunal de Primera Instancia que haya inducido a este último a llegar a la conclusión de que la violación del Derecho comunitario cometida por la Comisión no estaba suficientemente caracterizada. Así pues, el Tribunal de Justicia no ha de pronunciarse al respecto.

79. A la luz de las consideraciones expuestas, considero que procede desestimar también el segundo motivo de casación.

Sobre el tercer motivo de casación, relativo a la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento ilícito y el perjuicio que se alega

80. Si el Tribunal de Justicia desestima, tal como propongo, el segundo motivo de casación, no habría necesidad de examinar tampoco el tercer motivo de casación, relativo a la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento ilícito y el perjuicio alegado.

81. En efecto, según reiterada jurisprudencia, dado que los tres requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, a saber, la ilegalidad del comportamiento imputado a las instituciones comunitarias, el mantenimiento del daño y la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento de la institución y el perjuicio alegado, son acumulativos, el hecho de que no concurra uno de ellos basta para desestimar el recurso de indemnización. [44]

82. Dado que la recurrente no ha demostrado la existencia de errores de Derecho que puedan invalidar la declaración efectuada por el Tribunal de Primera Instancia sobre la falta en el presente asunto de una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario y puesto que dicha declaración justifica por sí sola la desestimación del recurso de indemnización interpuesto por la recurrente, el examen del tercer motivo de

44 — Véanse, entre muchas, las sentencias de 15 de enero de 1987, GAEC de la Ségaude/Consejo y Comisión (253/84, Rec. p. 123), apartados 9 y 21; de 9 de septiembre de 1999, Lucaccioni/Comisión (C-257/98 P, Rec. p. I-5251), apartado 14, y Atlanta/Comunidad Europea, antes citada, apartado 65.

casación resulta superfluo en la medida en que, *en las circunstancias mencionadas,* su eventual pertinencia no permitiría menoscabar el fallo de la sentencia recurrida. [45]

83. Por ello, a continuación procederé a analizar también el tercer motivo de casación y únicamente para el supuesto de que el Tribunal de Justicia acogiera el segundo motivo de casación o decidiera examinar el tercer motivo de casación antes del segundo.

Alegaciones de las partes

84. La recurrente considera que el Tribunal de Primera Instancia aplicó erróneamente, en el caso de autos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual la Comunidad sólo puede ser responsable del perjuicio que se derive de forma suficientemente directa del comportamiento ilícito de la institución de que se trate. [46]

85. En segundo lugar, la recurrente sostiene que el perjuicio alegado se deriva de un modo suficientemente directo de la Decisión del cemento puesto que, si la Comisión no hubiera adoptado esa Decisión respecto a ella, la recurrente no se habría encontrado en la necesidad de interponer el recurso de anulación y de constituir los avales bancarios.

86. En segundo lugar, pone de manifiesto que la decisión de constituir dichos avales, en lugar de proceder al pago inmediato de la multa impuesta, no puede quebrar la relación de causalidad, puesto que la parte dispositiva de la Decisión del cemento y la falta de efecto suspensivo del recurso de anulación obligaban a las empresas mencionadas a satisfacer la necesidad de la Comisión de que se garantizase el pago de la multa. Desde este punto de vista, no se permite dispensar un trato distinto, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, a las dos formas de garantía que podían ofrecerse a la Comisión, a saber, la constitución de avales bancarios o el pago inmediato de la multa.

87. En tercer lugar, la recurrente subraya que la constitución de los avales bancarios respondía a la «obligación de reducir el daño» que le incumbía en cuanto víctima del acto ilícito y que tuvo el efecto de atenuar el daño que la Comisión habría debido resarcir de otro modo. En efecto, observa que, si hubiera debido contraer un préstamo para obtener de los bancos los fondos con que

45 — En otras palabras, el tercer motivo de casación está dirigido contra un elemento formulado *ad abundantiam* en los fundamentos de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y, por tanto, debe ser desestimado por carecer de pertinencia ya que la parte dispositiva de la sentencia de la Decisión se sostiene sobre otro elemento de los fundamentos *que resiste las críticas de la recurrente.*

46 — Sentencia de 4 de octubre de 1979, Dumortier y otros/Consejo (asuntos acumulados 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 y 45/79, Rec. p. 3091), apartado 21.

hacer frente a la multa, los intereses pasivos que habría debido abonar, y que la Comisión habría debido reembolsarle en concepto de indemnización, habrían sido superiores, aun reducidos en los intereses activos que el importe de la multa habría generado en beneficio de la Comisión, a las comisiones adeudadas por los avales bancarios. Así pues, el Tribunal de Primera Instancia consideró indebidamente que el perjuicio alegado no era resarcible en la medida en que, de otro modo, la Comisión habría resultado penalizada con la obligación de devolver importes que nunca tuvo a su disposición. La recurrente subraya que la finalidad de la obligación de indemnizar el daño establecido en el artículo 288 CE, párrafo segundo, consiste precisamente en hacer que las instituciones respondan por los daños que causan a terceros adoptando decisiones ilegales.

88. En cambio, la Comisión observa que falta toda relación directa de causalidad entre su actuación y el perjuicio alegado, el cual se debe exclusivamente a la libre decisión de la recurrente de constituir avales bancarios en vez de pagar, con carácter provisional, la multa. Además, señala que los gastos de garantía bancaria se habrían producido igualmente si el Tribunal de Primera Instancia no hubiera acogido el recurso de la recurrente contra la Decisión del cemento.

Análisis

89. En materia de responsabilidad extracontractual conforme al artículo 288 CE, párrafo segundo, los órganos jurisdiccionales comunitarios han declarado de forma reiterada que la Comunidad sólo puede ser considerada responsable de los daños que se deriven de forma suficientemente directa del comportamiento ilegal de la institución de que se trate [47] o, en otras palabras, que dicha responsabilidad presupone la existencia de una relación de causalidad directa [48] (o inmediata) [49] entre el acto ilícito y el daño. [50]

90. La recurrente no formula ninguna crítica sobre esta jurisprudencia, a la que remite la

47 — Sentencia del Tribunal de Justicia Dumortier y otros/Consejo, antes citada, apartado 21; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 1996, International Procurement Services/Comisión (T-175/94, Rec. p. II-729), apartado 55; de 25 de junio de 1997, Perillo/Comisión (T-7/96, Rec. p. II-1061), apartado 41, y de 29 de octubre de 1998, TEAM/Comisión (T-13/96, Rec. p. II-4073), apartado 68.

48 — Sentencias de 30 de enero de 1992, Finsider y otros/Comisión (asuntos acumulados C-363/88 y C-364/88, Rec. p. I-359), apartados 28 y 50 (relativa, no obstante, a la responsabilidad extracontractual de la CECA), y Bergaderm y Goupil/Comisión, antes citada, apartados 41 y 42, y el auto de 12 de abril de 2005, DLD Trading/Consejo (C-80/04 P, no publicado en la Recopilación), apartado 45; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, Blackspur y otros/Consejo y Comisión (T-168/94, Rec. p. II-2627), apartado 40, y de 13 de septiembre de 2006, CAS Succhi di Frutta/Comisión (T-226/01, Rec. p. II-2763), apartado 37.

49 — Sentencia Finsider y otros/Comisión, antes citada, apartado 25.

50 — Por otro lado, la existencia de una relación causal directa es exigida por la jurisprudencia comunitaria al objeto de afirmar la responsabilidad extracontractual del Estado miembro por los daños ocasionados por una violación del Derecho comunitario imputable a dicho Estado. Véanse las sentencias de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartados 51 y 65; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Rec. p. I-2553), apartados 25 y 32, y de 15 de junio de 1999, Rechberger y otros (C-140/97, Rec. p. I-3499), apartado 72.

sentencia recurrida y que la propia recurrente invoca expresamente. En cambio, ésta censura al Tribunal de Primera Instancia haberla aplicado erróneamente en el presente asunto.

91. No obstante, bien mirado, en la medida en que, con la primera parte del presente motivo (véase el punto 85 *supra*), la recurrente sostiene que en el presente asunto subsiste la relación de causalidad exigida, toda vez que, si la Comisión no hubiese adoptado la Decisión del cemento frente a ABZK y Nordcement, éstas no se habrían encontrado en la necesidad de constituir los avales bancarios, me parece que la recurrente aduce en realidad una concepción de la relación de causalidad distinta de la que cabe inferir de la jurisprudencia comunitaria. Esta alegación –que es admisible en la medida en que suscita una cuestión de Derecho– parece, en efecto, expresar una concepción en virtud de la cual es *suficiente*, para que dicha relación exista, que la actuación ilícita haya constituido una condición necesaria *(conditio sine qua non)* para la producción del daño, en el sentido de que éste no se habría producido a falta de tal actuación.

92. Ahora bien, es de todo punto evidente que una concepción tan amplia de la relación de causalidad, que tiene un cierto reflejo en el Derecho de la responsabilidad extracontractual de un limitado número de Estados miembros, no es acogida por la jurisprudencia comunitaria relativa al artículo 288 CE, párrafo segundo. En efecto, esta última, como se ha señalado en el punto 89 *supra*, limita la responsabilidad de la Comunidad a los daños que deriven de forma directa, si no *suficientemente* directa, de la actuación ilegal de la institución de que se trate, excluyendo en particular que dicha responsabilidad cubra los daños que no son más que una lejana consecuencia de tal actuación. [51]

93. Por tanto, a mi juicio, procede desestimar la primera parte del presente motivo de casación.

94. Sin embargo, en el marco del mismo motivo, la recurrente formula también otras alegaciones (véanse los puntos 86 y 87 *supra*) que no presuponen necesariamente una concepción de la relación de causalidad basada únicamente en la idea de la *conditio sine qua non* y no parecen lógicamente incongruentes con una concepción más restrictiva de la relación de causalidad. Dichas alegaciones están dirigidas a demostrar que la decisión de la recurrente de constituir los avales bancarios no interrumpió la relación (directa) de causalidad entre la

51 — Véase la sentencia Dumortier y otros/Consejo, antes citada, apartado 21.

Decisión del cemento y los perjuicios vinculados a la constitución de dichos avales.

95. Ha de recordarse que el Tribunal de Primera Instancia descartó en el caso de autos la existencia de tal relación esencialmente sobre la base de la afirmación según la cual la solución de constituir un aval bancario en lugar de pagar inmediatamente la multa se dejaba «a la libre apreciación de las empresas» y «no [tenía] un carácter obligatorio derivado de la Decisión del cemento». [52]

96. Tal afirmación parece expresar una concepción en virtud de la cual, cuando un hecho propio de quien alega el perjuicio, producido con posterioridad al comportamiento ilícito de la institución, concurre como concausa de la producción del perjuicio alegado, interrumpe la relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio cuando el mismo hecho no es consecuencia *necesaria* del comportamiento de la institución, sino el fruto de una decisión libre, en el sentido de no obligada, de quien ha sufrido el perjuicio. Tal decisión se intercalaría entre el comportamiento de la institución y el perjuicio, de modo que el segundo sería una consecuencia sólo indirecta o lejana del primero.

97. Ahora bien, mediante las partes segunda y tercera del presente motivo, la recurrente alega, antes de nada, que en el presente asunto la decisión de constituir los avales bancarios no fue en modo alguno libre, tal como sostiene el Tribunal de Primera Instancia, sino obligada. A tal respecto, pone de manifiesto que la constitución de los avales bancarios correspondía, por un lado, a la obligación de satisfacer la exigencia de la Comisión de que se asegurase el pago de la multa y, por otro, a una supuesta «obligación de reducción del daño» incumbía a la víctima del acto ilícito.

98. A este respecto, en primer lugar ha de comprobarse si tales alegaciones pueden ser examinadas en el marco del recurso de casación o bien si, en cambio, procede declarar su inadmisibilidad en la medida en que están dirigidas a poner en cuestión la comprobación o la valoración de los hechos contenida en la sentencia recurrida.

99. He de observar que, mediante las mismas alegaciones, la recurrente no parece negar la exactitud del planteamiento interpretativo seguido por el Tribunal de Primera Instancia –que me parece bastante restrictivo– en virtud del cual un perjuicio deriva de una forma suficientemente directa de la actuación de la institución únicamente cuando es su consecuencia necesaria. La recurrente, que no formula una concepción distinta de la relación de causalidad, parece únicamente rebatir la calificación dada por el Tribunal de Primera Instancia a la decisión de constituir el aval bancario como decisión

52 — Sentencia recurrida, apartados 123 y 124.

libre y no obligada a la empresa condenada a pagar la multa.

100. ¿Procede considerar que tal calificación es el fruto de una *valoración de los hechos* realizada por el Tribunal de Primera Instancia, sustraída como tal al control del Tribunal de Justicia, o más bien una *calificación jurídica de los hechos,* que puede ser rebatida ante el Tribunal de Justicia?

101. Tiendo a pensar que, si bien reviste un carácter accesorio a la comprobación de la existencia del caso concreto de la relación de causalidad, se trata de una calificación jurídica de los hechos, lo cual implica la admisibilidad de las citadas alegaciones de la demandante. No obstante, a mi juicio, tales alegaciones no pueden ser acogidas en cuanto al fondo.

102. En efecto, por un lado, la constitución de un aval bancario no puede considerarse, en mi opinión, objeto de una obligación alternativa que incumbe a la empresa sancionada. Como señaló acertadamente el Tribunal de Primera Instancia, la empresa condenada al pago de una multa mediante decisión de la Comisión está jurídicamente obligada a proceder al pago de la multa en el término establecido en la decisión, salvo suspensión de los efectos de esta última ordenada por el Tribunal de Primera Instancia. En cambio, la constitución de un aval bancario no es más que una posibilidad ofrecida por la Comisión a la empresa sancionada de aplazar con carácter temporal, es decir, durante el procedimiento de control jurisdiccional de la decisión que impone la multa, la ejecución de tal obligación.

103. Así pues, el pago de la multa y la constitución de un aval bancario no pueden ser situados, a los presentes fines, en el mismo plano del contexto –es necesario especificarlo– de un planteamiento interpretativo como el que he descrito en el punto 96 *supra,* que las alegaciones de la recurrente ahora examinadas ponen en cuestión y cuya exactitud, por tanto, no procede analizar en este marco.

104. Por otro lado, si bien es cierto que, conforme a un principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha actuado con una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola, [53] en mi opinión es excesivo considerar que una empresa ilegalmente condenada a pagar una multa tenga además la obligación de constituir un aval bancario cuando se aprecie *ex ante* que dicho aval

53 — Sentencias de 19 de mayo de 1992, Mulder y otros/Consejo y Comisión (asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, Rec. p. I-3061), apartado 33; Brasserie du pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 85, y de 16 de marzo de 2000, Parlamento/Bieber (C-284/98 P, Rec. p. I-1527), apartado 57.

puede generar gastos inferiores al perjuicio que eventualmente deba indemnizar la Comisión.

105. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que desestime las alegaciones formuladas por la recurrente para demostrar que, a diferencia de cuanto afirmó el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida, la decisión de constituir los avales bancarios en el caso de autos era una decisión obligada y *en cuanto tal* inadecuada para interrumpir la relación de causalidad entre la Decisión del cemento y el perjuicio alegado.

106. En la tercera parte del presente motivo (véase el punto 87 *supra)* se recoge no obstante otro reproche, basado no en la supuesta «obligación de reducción del perjuicio» que incumbe a la víctima del acto ilícito, sino en la atenuación de las consecuencias perjudiciales de la Decisión del cemento por efecto de la constitución de los avales bancarios. [54]

107. Ha de tenerse presente que esta imputación está dirigida a refutar el argumento mediante el cual el Tribunal de Primera Instancia, en la parte de la sentencia recurrida relativa a la existencia de la relación de causalidad, descartó que la recurrente pudiera invocar útilmente el principio de prohibición del enriquecimiento sin causa para obtener el reembolso de los gastos del aval bancario. Dicho argumento se expone en el apartado 130 de la sentencia recurrida en los siguientes términos:

«[...] debe señalarse que [...] el hecho de que la Comisión no asuma los gastos relativos a la constitución de un aval bancario no redunda en ningún enriquecimiento sin causa de la Comunidad, ya que los gastos de constitución de ese aval bancario no se han pagado a la Comunidad, sino a un tercero. Por lo tanto, la observancia del principio general que prohíbe el enriquecimiento sin causa en modo alguno justifica tal restitución. Antes al contrario, si la Comisión debiera hacerse cargo de los gastos inherentes a la constitución de un aval bancario, ello permitiría colocar a la empresa afectada en la situación en que se encontraba antes de la adopción de la decisión controvertida, pero, en cambio, la Comisión resultaría penalizada, ya que debería restituir a dicha empresa unas cantidades de las que no habría disfrutado». [55]

54 — Véase el escrito de recurso, punto 63, *in fine.*

55 — En el punto 20 del escrito de la demanda interpuesta ante el Tribunal de Primera Instancia, la recurrente se refería expresamente al principio de prohibición del enriquecimiento sin causa y a la aplicación que había hecho del mismo el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 10 de octubre de 2001, Corus UK/Comisión (T-171/99, Rec. p. II-2967) para sostener la obligación de la Comisión de pagar los intereses de demora sobre el importe de la multa ilegalmente impuesta y percibida.

108. Ha de subrayarse que la prohibición del enriquecimiento sin causa, que constituye un principio general del Derecho comunitario y que se aplica también frente a la Comunidad, [56] carece de pertinencia en el presente procedimiento como fundamento autónomo de la pretensión de la recurrente de que se condene a la Comisión al reembolso de los gastos de garantía bancaria. Tal pretensión, como se señala en la sentencia recurrida y se desprende claramente del escrito de recurso, es una pretensión de indemnización basada en la responsabilidad extracontractual de la Comunidad prevista en el artículo 288 CE, párrafo segundo. En cambio, el principio general de prohibición del enriquecimiento sin causa resulta pertinente en el presente asunto en cuanto parámetro de interpretación del requisito relativo a la relación de causalidad relevante a los fines del nacimiento de dicha responsabilidad. En efecto, es en el ámbito del examen de este requisito en donde, como he señalado *supra*, el Tribunal de Primera Instancia desarrolló las consideraciones reproducidas en el punto anterior, que la recurrente rebate ante el Tribunal de Justicia en el marco del tercer motivo de casación, igualmente relativo a la concurrencia de tal requisito.

109. En esencia, el reproche de la recurrente ahora examinado, que se dirige contra el análisis mediante el cual el Tribunal de Primera Instancia descartó que aquélla pudiera invocar útilmente el principio general de prohibición del enriquecimiento sin causa, debe, a mi juicio, entenderse en el sentido de que persigue que se reconozca que, con independencia de la cuestión de su carácter libre u obligatorio, la decisión de constituir los avales bancarios, *al haber atenuado la magnitud del daño* derivado del acto ilícito cometido por la Comisión, no puede, so pena de infringir dicho principio general, ser considerada idónea para interrumpir la relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño.

110. Esta imputación, que plantea también una cuestión de Derecho y por tanto admisible en el marco del procedimiento de casación, ha de tomarse, en mi opinión, seriamente en cuenta.

111. La recurrente afirma, en particular, que, al constituir los avales bancarios en lugar de pagar la multa, ABZK y Nordcement pudieron evitar contraer un préstamo con los bancos para recabar los fondos necesarios para tal pago. Si, en cambio, hubieran contraído el préstamo, la Comisión habría podido reembolsar a la recurrente, en concepto de indemnización de daños con arreglo al artículo 288 CE, párrafo segundo, los intereses pasivos que se habrían devengado sobre tal préstamo, previa deducción de los activos que la institución hubiera conseguido obtener de los importes recibidos en concepto de multa. Tal diferencia era, en opinión de la recurrente, superior a los gastos de garantía bancaria efectivamente producidos.

56 — Sentencia de 10 de julio de 1990, Grecia/Comisión (C-259/87, Rec. p. I-2845, publicación sumaria), apartado 26. Véanse también las sentencias del Tribunal de Primera Instancia Corus UK/Comisión, antes citada, apartado 55, y de 23 de noviembre de 2004, Cantina sociale di Dolianova y otros/Comisión (T-166/98, Rec. p. II-3991), apartado 160.

112. Estimo, al igual que la recurrente, que el Tribunal de Primera Instancia descartó indebidamente todo enriquecimiento sin causa de la Comunidad dando relevancia al hecho de que dichos gastos fueron pagados no ya a la Comunidad, sino a terceros (los bancos), y subrayando que el reembolso de dichos gastos por parte de la Comisión penalizaría indebidamente a esta última puesto que debería devolver importes de los que no disfrutó.

113. Al seguir este razonamiento, el Tribunal de Primera Instancia perdió de vista el hecho de que puede darse un «enriquecimiento» no sólo cuando la persona interesada se beneficia de un incremento de sus ingresos, sino también cuando se beneficia de una disminución de sus responsabilidades (deuda). El Tribunal de Primera Instancia se centró erróneamente en el hecho de que la Comisión no había recibido pago alguno, cuando, en mi opinión, habría debido poner el énfasis en la situación deudora (daño indemnizable) en que habría incurrido la Comunidad en el caso de que la multa legalmente impuesta hubiera sido pagada.

114. A mi juicio, si se demostrase, por un lado, que la situación de los mercados financieros y la de las empresas sancionadas era efectivamente tal que la constitución de los avales bancarios evitó la producción de un daño (no cubierto por el simple pago, al que estaba obligada la Comisión, de los intereses de demora sobre el importe de la multa) [57] superior al importe de los gastos de garantía bancaria soportados y, por otro, que de tal daño la Comunidad habría debido responder en virtud de su responsabilidad por acto ilícito en virtud del artículo 288 CE, párrafo segundo, la recurrente tendría derecho, en virtud de dicha disposición, a que la Comunidad le reembolse tales gastos.

115. Si, en efecto, un comportamiento negligente de la víctima del acto ilícito que haya contribuido a causar el daño sufrido por ésta puede interrumpir, en determinadas condiciones, la relación de causalidad entre el acto ilícito y el perjuicio, ha de afirmarse que no se observará otra cosa respecto a un comportamiento de la misma persona que responda en cambio a criterios de diligencia y que, al modificar la secuencia causal desencadenada por el acto ilícito, haya tenido como efecto la producción, en lugar del daño indemnizable que de otro modo se habría

57 — Tal pago, conjuntamente con la restitución del importe principal de la multa indebidamente pagado, se impone a la Comisión, a efectos del artículo 233 CE, en ejecución de una sentencia que anula o reduce una multa impuesta por violación de las normas del Tratado en materia de competencia. Véanse, en este sentido, la sentencia de 8 de julio de 2004, Corus UK/Comisión (T-48/00, Rec. p. II-2325), apartado 223, y el auto de 4 de mayo de 2005, Holcim (France)/Comisión (T-86/03, Rec. p. II-1539), apartado 30.

derivado del acto ilícito, de un daño distinto y menor. [58]

116. Formulando la cuestión en otros términos, puede decirse que, en el caso de un comportamiento diligente de la víctima del acto ilícito que haya evitado el daño o que haya limitado su magnitud, el análisis de la responsabilidad (por acto ilícito) de la Comunidad por los gastos u otras pérdidas sufridas por la propia víctima al darse tal comportamiento pasa por la comprobación de la existencia de una relación directa de causalidad no entre el acto ilícito y dichos gastos o pérdidas, sino entre el acto ilícito y el perjuicio resarcible evitado.

117. Por otro lado, me parece oportuno añadir que un derecho al reembolso de los gastos o pérdidas sufridas por la víctima del acto ilícito en el intento diligente de evitar el daño existiría –al menos en los límites del importe del daño resarcible evitado– incluso en el caso en que resultasen iguales o superiores a dicho importe.

118. A mi juicio, la crítica formulada por la recurrente sobre la argumentación del Tribunal de Primera Instancia reproducida en el punto 107 *supra* es, pues, fundada.

119. Si, en contra de lo que propongo, el Tribunal de Justicia acogiera el segundo motivo de casación, el tercer motivo de casación debería, en mi opinión, acogerse igualmente con los límites que acaban de exponerse.

Sobre el fondo del recurso de indemnización

120. Con arreglo al artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justi-

58 — Me parece significativo a este respecto señalar que en dos de entre los más destacados intentos actuales de codificar, por parte de los estudiosos de la materia, los principios del Derecho europeo de la responsabilidad civil (intentos éstos realizados a partir del examen comparativo de los sistemas nacionales y dirigidos a estimular la reflexión y a preparar el terreno para una futura eventual armonización o unificación de los mismos) –el del European Group on Tort Law (Grupo europeo sobre la responsabilidad civil; en lo sucesivo, «EGTL») de Viena (véase http://www.egtl.org) y el del Study Group on a European Civil Code (Grupo de estudio del código civil europeo; en lo sucesivo, «SGECC») de Osnabrück (véase http://www.sgecc.net)– figura un artículo que prevé la resarcibilidad de los gastos razonablemente soportados para prevenir el perjuicio que se teme o limitar su gravedad. Véase el artículo 2:104 de los «Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil» elaborados por el EGTL (versión de mayo de 2005) y el artículo 6:302 de los principios de Derecho europeo sobre responsabilidad civil elaborados por el SGECC (versión de noviembre de 2006).

cia, «cuando se estime el recurso de casación y el Tribunal de Justicia anule la resolución del Tribunal de Primera Instancia, podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que éste resuelva».

121. Habida cuenta de la conclusión a la que he llegado en el marco del examen del segundo motivo de casación, que bastaría para fundar la desestimación de las pretensiones de la recurrente, me limitaré, con respecto a la eventual aplicación de dicha disposición por el Tribunal de Justicia en el caso que acoja los motivos de casación segundo y tercero, a una sola y simple observación.

122. La recurrente, que solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter definitivo sobre el fondo del asunto condenando a la Comisión al reembolso de los gastos de garantía bancaria más los intereses de demora, no ha presentado, ni en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia ni en el sustanciado ante el Tribunal de Justicia, prueba alguna de que el pago de la multa en lugar de la constitución de los avales bancarios hayan causado un daño resarcible que no queda cubierto por el pago, por la Comisión, de los intereses de demora sobre el importe de la multa. En particular, se abstuvo de facilitar información pormenorizada y pruebas tanto sobre la necesidad de ABZK y Nordcement de contratar préstamos para pagar la multa impuesta como sobre el nivel de los tipos de interés pasivos que se aplicaron a dichos préstamos.

123. Tal observación, que en mi opinión no autoriza una sustitución de los motivos de la sentencia recurrida que exima a esta última de la anulación sobre la base del tercer motivo de casación, [59] justifica a mi juicio que el Tribunal de Justicia, si procede a dicha anulación, se pronuncie con carácter definitivo sobre el litigio desestimando el recurso de indemnización de la recurrente.

Costas

124. A tenor del artículo 122, párrafo primero, del Reglamento de procedimiento, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea infundado. A tenor del artículo 69, apartado 2, del citado Reglamento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

59 — En efecto, ha de recordarse que, según la jurisprudencia comunitaria, los errores de Derecho cometidos por el Tribunal de Primera Instancia no invalidan la sentencia recurrida si la parte dispositiva de esta última resulta fundada por otros motivos de Derecho (véanse en tal sentido las sentencias de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, apartado 47; Comisión/Camar y Tico, antes citada, apartado 57, y de 30 de septiembre de 2003, Biret International/Consejo, C-93/02 P, Rec. p. I-10497, apartado 60). La observación que he desarrollado en el texto opera no obstante en el plano de la comprobación de los hechos y de la valoración de las correspondientes pruebas, y no en el de la calificación jurídica de los hechos comprobados por el Tribunal de Primera Instancia.

125. Dado que propongo al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación y que la Comisión ha solicitado la condena en costas de la recurrente, considero que las costas deben correr por cuenta de esta última.

Conclusión

126. A la luz de cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia:

— Desestimar el recurso de casación.

— Condenar en costas a la recurrente.