CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN MISCHO

presentadas el 23 de noviembre de 1999 *

1. En el marco de la competencia conferida por el artículo 181 del Tratado CE, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia con el objeto de que se condene a la sociedad Van Balkom Non-Ferro Scheiding BV (en lo sucesivo, «Balkom»), con la que había celebrado un contrato, a devolverle una cantidad que ésta percibió en exceso, más intereses.

2. El contrato controvertido se inserta en el marco del Reglamento (CEE) nº 3640/85 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, dirigido a promover, por medio de una ayuda financiera, proyectos de demostración y proyectos pilotos industriales en el ámbito de la energía. [1] El 4 de diciembre de 1990, la Comisión celebró dicho contrato con tres sociedades para que éstas realizaran, mediante una ayuda financiera concedida por la Comunidad, un proyecto sobre la producción de energía a partir de residuos triturados de automóviles.

3. Estas tres sociedades son:

— Balkom, con domicilio social en Oss (Países Bajos),

— Van Balkom Seeliger GmbH (en lo sucesivo, «VBS»), con domicilio social en Heidelberg (Alemania),

ambas representadas en el momento de la firma del contrato por su director, el Sr. Antoon van Balkom,

y

— Deutsche Filterbau GmbH, con domicilio social en Düsseldorf (Alemania) (en lo sucesivo, «DF»).

* Lengua original: francés.

1 — DO L 350, p. 29; EE 12/05, p. 19.

4. Según el contrato, las tres sociedades quedaban obligadas frente a la Comunidad como deudoras solidarias. La ayuda financiera de la Comunidad para la realización del proyecto se fijó en el 17 % del coste real, sin incluir IVA, con un límite máximo de 987.343 ECU.

5. El artículo 8 del contrato prevé la posibilidad de su resolución unilateral por parte de la Comisión para el caso de que las empresas cocontratantes incumplan sus obligaciones, mientras que en el párrafo primero del artículo 9 se dispone:

«Cada firmante podrá resolver el presente contrato mediante un preaviso de dos meses, en la medida en que el programa de trabajo establecido en el anexo I caduque debido, en particular, a un fracaso técnico o económico previsible o a que los costes del proyecto sobrepasen excesivamente las previsiones.»

Y en su párrafo tercero:

«Si en un control se comprobase que los importes pagados por la Comisión son demasiado elevados, el cocontratante deberá devolver inmediatamente la cantidad indebidamente pagada, más los intereses devengados a partir de la fecha de cierre o de terminación de los trabajos previstos en el contrato.»

6. Con arreglo al artículo 13 del contrato, se atribuyó competencia al Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre todos los posibles litigios entre las partes relativos a la validez, la interpretación y la aplicación del contrato, pero, conforme al artículo 14, el contrato se rige por la legislación alemana. El anexo I del contrato contiene un programa de trabajo, dividido en cinco fases: «Ingeniería», «Producción y entrega», «Instalación», «Demostración» e «Informe final y documentación», cuya finalización está prevista para el 30 de junio de 1993, fecha que las colaboradoras de la Comunidad se comprometieron a respetar conforme al artículo 2.

7. El cumplimiento del contrato tuvo diversas peripecias que condujeron a que la Comisión, el 16 de agosto de 1994, hiciera uso de la facultad de resolución unilateral del contrato, que basó en el artículo 9, antes citado, y a que, el 29 de noviembre de 1994, reclamara a Balkom la devolución de una cantidad, incluidos intereses, de 334.481 ECU. A estos efectos, la Comisión emitió una orden de cobro el 8 de febrero de 1995.

8. Estas diversas peripecias pueden resumirse de la manera siguiente:

A principios del año 1991, la Comisión pagó a VBS, como estaba previsto en el anexo II del contrato, un importe de 296.203 ECU en concepto de anticipo. El 21 de agosto de 1991, DF envió un escrito a la Comisión para comunicarle que no le era posible participar en el proyecto, puesto que, como consecuencia de las medidas

adoptadas en el interior del grupo de sociedades del que formaba parte, ya no disponía de la licencia relativa a la tecnología que debía aplicarse.

9. En este escrito, del cual se envió copia a VBS, se comunicaba que las modificaciones contractuales que resultaban necesarias a causa de esta resolución se acordarían con VBS.

10. El 26 de agosto de 1991, VBS informó a la Comisión de que DF se retiraba del contrato y le indicó que la tecnología que debía aportar DF sería proporcionada en lo sucesivo por otra sociedad del mismo grupo, la Deutsche Engineering der Voest-Alpine Industrieanlagenbau GmbH (Essen) (en lo sucesivo, «DE»), con la que VBS se había puesto en contacto, de modo que la prosecución del proyecto le parecía totalmente asegurada.

11. En ese mismo escrito, VBS afirmó que se habían iniciado negociaciones con DF y con esta otra sociedad, a fin de acordar las estipulaciones contractuales necesarias, y que se informaría plenamente a la Comisión del desarrollo de las negociaciones.

12. En ese mismo escrito, VBS indicó que no peligraba el cumplimiento de sus propios compromisos («Selbstverständlich wird sich an der Einhaltung unserer Verpflichtungen gegenüber der EG-Kommission im Rahmen des Demonstrationsvorhabens nichts ändern») y que, a la vista de las negociaciones llevadas a cabo, cabía tener la seguridad de que la nueva colaboradora asumiría todas las obligaciones de DF.

13. Sin embargo, VBS señalaba determinadas dificultades a las que se había enfrentado para obtener la licencia de obras en Heidelberg con el fin de construir las instalaciones previstas en el contrato, lo cual imposibilitaba el cumplimiento del programa de trabajo establecido, cuya modificación iba a proponer.

14. A dicho efecto, inició las diligencias necesarias para disponer de otro emplazamiento en Turingia.

15. El 7 de octubre de 1991, VBS envió a la Comisión los primeros informes, técnico y financiero, previstos en el contrato, volviendo a mencionar las dificultades que encontraba para obtener la licencia administrativa necesaria para construir las instalaciones técnicas. A la vista de este informe, la Comisión pagó a VBS un nuevo anticipo de 39.169 ECU.

16. El 29 de octubre de 1992, VBS envió a la Comisión los segundos informes, técnico y financiero, informándole, por una parte, de que, al haberse retirado la sociedad matriz de DF y de DE del sector de la gasificación a alta temperatura, había encontrado una nueva colaboradora, Veba Oel Technologie GmbH, cuya participación esperaba que fuera aceptada por la Comi-

sión, y, por otra parte, de que el proyecto tenía que sufrir determinadas modificaciones técnicas por deberse utilizar una tecnología diferente.

17. No obstante, algunas semanas más tarde, VBS dirigió un escrito a la Comisión, firmado por el Sr. Van Balkom, para comunicarle que, por diversas razones, ya no podía participar en la realización del proyecto y que, en consecuencia, se retiraba de éste renunciando a todos los derechos que en virtud del contrato pudiera tener frente a la Comisión.

18. También le anunció que transmitiría a Balkom tanto la totalidad de los documentos como los conocimientos adquiridos para la prosecución del proyecto y solicitó el acuerdo de la Comisión sobre estas medidas.

19. Mediante un nuevo escrito de 16 de febrero de 1993, VBS solicitó a la Comisión que efectuara la liquidación sobre la base del segundo informe financiero y la informó de las dificultades financieras de Balkom que imposibilitaban una eventual devolución de las cantidades percibidas en exceso.

20. El 9 de marzo de 1993, la Comisión envió un escrito al Sr. Van Balkom, en su calidad de director de Balkom, para, a raíz de una entrevista mantenida el 3 de marzo, precisar la situación en la que se hallaba el proyecto.

21. Según la Comisión, la situación era la siguiente:

— VBS y DF se retiran del proyecto por causas económicas.

— Balkom continúa con el proyecto con las siguientes condiciones:

  — presentación de una versión modificada del anexo técnico del contrato;

  — obtención de la licencia para construir las instalaciones, a más tardar, el 31 de diciembre de 1993;

  — inexistencia, hasta dicha fecha, de cualquier pago de fondos por parte de la Comisión.

Por último, la Comisión se reservó la facultad de resolver de modo unilateral el contrato con arreglo a su artículo 9, si no se cumplía el plazo señalado.

Una copia de dicho escrito se envió al responsable del proyecto de VBS.

22. El 27 de septiembre de 1993, el Sr. Van Balkom, en calidad de liquidador de VBS, escribió a la Comisión para informarla de una serie de hechos. En primer lugar, de la decisión judicial por la que se denegó a VBS la posibilidad de iniciar un procedimiento concursal debido a la insuficiencia de su activo y, en segundo lugar, de las graves dificultades de Balkom a causa de los problemas del grupo del que formaba parte.

23. En estado de insolvencia, Balkom sólo había podido salvarse gracias a un acuerdo entre sus acreedores y su banco y a la llegada de un nuevo inversor, el cual se retiró posteriormente. En estas circunstancias, Balkom no estaba en situación de continuar sola el proyecto ni de hacer frente a sus compromisos en caso de resolución del contrato que la vinculaba con la Comisión.

24. En lo que se refiere a VBS en liquidación, se estaba tratando de encontrar un posible inversor. Sin embargo, el Sr. Van Balkom no desesperaba de encontrarlo antes de la fecha del vencimiento, el 31 de diciembre de 1993.

25. El 8 de octubre de 1993, mediante escrito dirigido al Sr. Van Balkom, la Comisión confirmó el carácter imperativo de la fecha 31 de diciembre de 1993. El 20 de enero de 1994, la Comisión, en una «nota, que puede constituir una base de discusión», manifestó que la devolución que pudiera corresponderle sobre la base del artículo 9 del contrato podría calcularse a partir del importe de los gastos efectuados por los cocontratantes, correspondiente a 1.127.800 DEM, siempre que se aportaran los documentos justificativos correspondientes.

26. El 14 de abril de 1994, VBS informó a la Comisión de la existencia de un inversor que estaba muy interesado en la prosecución del proyecto. Mediante fax de 8 de junio de 1994, la Comisión concedió a VBS un nuevo plazo que expiraba el 30 de junio de 1994.

27. Mediante fax de 29 de junio de 1994, el abogado de VBS solicitó a la Comisión que no pusiera fin al contrato, habida cuenta de las negociaciones que aún se mantenían con el posible inversor.

28. El 16 de agosto de 1994, mediante escrito dirigido, a la vez, a Balkom y a VBS, la Comisión las informó de su decisión de poner fin al contrato y les pidió que presentaran los documentos necesarios para cerrar definitivamente las cuentas, a falta de lo cual Balkom debería devolver, con intereses, la totalidad de las ayudas pagadas.

29. El 17 de octubre de 1994, el Abogado de Balkom indicó a la Comisión que ya tenía en su poder los documentos que reclamaba y que le habían sido proporcio-

nados por VBS, con quien siempre se habían tratado todas las cuestiones financieras.

30. El 29 de noviembre de 1994, la Comisión envió un escrito a Balkom y a VBS, indicándoles que denegaba cualquier nuevo plazo y que, sobre la base de un importe de gastos aceptados de 943.662,74 DEM, o sea 492.489 ECU, reclamaba a los codeudores solidarios la devolución de 251.649 ECU, suma a la que había que añadir 82.832 ECU de intereses, devengados hasta el 16 de octubre de 1994, o sea, un total de 334.480 ECU.

31. El 8 de febrero de 1995, la Comisión emitió una orden de cobro por dicho importe dirigida a Balkom y a VBS.

32. A todo ello siguieron tres escritos, el primero de la Comisión, de 30 de mayo de 1995, proponiendo a Balkom un pago fraccionado de su deuda; el segundo, del abogado de Balkom, de 15 de junio de 1995, rechazando dicha propuesta, y el tercero, de la misma persona, de 28 de junio de 1995, en el que impugnaba la validez de la orden de cobro dirigida a Balkom y afirmaba el carácter irracional de cargar a ésta la totalidad de la devolución, aunque proponía, sin embargo, la búsqueda de un compromiso. Por último, la Comisión interpuso el presente recurso el 23 de abril de 1997.

33. Puede parecer muy extenso este repaso de los hechos sucedidos entre la firma del contrato y la interposición del recurso ante el Tribunal de Justicia, tal como resultan de los documentos presentados por las partes, pero creo que ello será útil para apreciar el fundamento de las alegaciones formuladas por las partes y que ahora voy a exponer.

34. Según la Comisión, si su recurso está dirigido únicamente contra Balkom, ello se debe a que, a más tardar, desde marzo de 1993, DF y VBS ya no eran partes contratantes. Por otra parte, aun suponiendo que esta retirada del contrato no fuera válida, con arreglo a la solidaridad convenida entre las tres cocontratantes de la Comunidad, cabe reclamar a Balkom la totalidad del importe cuya devolución puede exigir la Comisión con arreglo al artículo 9 del contrato.

35. Por lo que se refiere a la resolución del contrato, la Comisión aduce que, dado que desde el inicio se acordó un calendario preciso de ejecución, no se trata de un contrato concertado por tiempo indeterminado en el sentido del Derecho alemán, que sólo puede ser resuelto respecto de todas las partes, de modo que su resolución de modo unilateral seguiría siendo válida, aunque no hubiere sido notificada a DF, en el caso hipotético, *quod non,* de que todavía hubiera sido parte del contrato en la fecha de la resolución.

36. En cuanto al fundamento de la resolución, la Comisión estima que los requisitos del artículo 9, a saber, un fracaso económico previsible, concurrieron con toda

evidencia en 1994, habida cuenta de las diversas peripecias antes recordadas, en particular, del hecho de que, después de la retirada de DF y de VBS, la propia Balkom se viera confrontada a graves dificultades financieras y, manifiestamente, ya no pudiera llevar a cabo el proyecto.

37. Si bien su terminación estaba prevista para junio de 1993, el proyecto estaba bloqueado de todas maneras al no haberse obtenido una licencia para construir las instalaciones necesarias para su realización.

38. En cuanto al importe reclamado, la Comisión explica que del total de los fondos pagados a VBS, de la que Balkom es solidaria, dedujo el importe correspondiente al 17 % del coste, sin incluir IVA, de las cantidades gastadas, tal como éstas resultan del primer informe financiero que ella controló y aprobó, y recuerda que, mediante su escrito de 9 de marzo de 1993, había indicado que no pagaría nada más si no se obtenía la licencia administrativa para construir las instalaciones, a más tardar, el 31 de diciembre de 1993.

39. La Comisión añade que, por consiguiente, no se le puede censurar que no se pronunciara sobre el segundo informe financiero. Por otra parte, alega que, con arreglo al párrafo tercero del artículo 9 del contrato, en el cual se basó para resolverlo, se devengaron intereses a partir del 1 de julio de 1991, puesto que en esta fecha se terminó la primera fase del proyecto, la única efectivamente realizada.

40. Balkom adopta una postura exactamente opuesta a estos argumentos. Según ella, el contrato nunca fue válidamente resuelto. En efecto, por tratarse de un contrato que estima por tiempo indeterminado, la resolución sólo es válida si se efectúa respecto de todos los cocontratantes. Pues bien, la Comisión nunca notificó su decisión de resolver el contrato a DF, que, en contra de lo que pretende la Comisión, continuaba siendo parte del contrato el día de su decisión.

41. Balkom recuerda a este respecto que la retirada del contrato por parte de DF debe entenderse como una cesión de contrato que sólo puede efectuarse mediante un acuerdo entre todas las partes, acuerdo que, con arreglo al artículo 7 del contrato, exige la forma escrita.

42. Pues bien, aduce que la Comisión no puede presentar un escrito por el que ella misma, VBS y Balkom hayan estipulado con DF las condiciones de la retirada del contrato por parte de ésta y la transmisión de sus derechos y obligaciones a sus dos colaboradoras.

43. Pero, aun cuando la resolución se hubiese efectuado con las formalidades requeridas, no podría estar justificada porque, según Balkom, no puede considerarse que se diera una situación de un fracaso económico previsible.

44. En efecto, para captar el sentido del concepto de fracaso económico, habría que remitirse al anexo I, A, punto 4, del contrato, que se refiere a los riesgos económicos y técnicos de éste y que define el fracaso a partir de un importe de inversiones demasiado elevado en relación con las condiciones del mercado.

45. Pues bien, en la fase en la que se encontraba la ejecución del proyecto, nada permitía afirmar que el coste de las inversiones superaría al final dicho importe. Es verdad que la realización del proyecto chocó con dificultades que causaron retrasos en relación con el calendario que fijaba simples previsiones, pero ello no permite en absoluto llegar a la conclusión de la existencia de un fracaso económico previsible en el sentido del contrato.

46. Profundizando en su razonamiento, Balkom sostiene que la Comisión no podía invocar el párrafo tercero del artículo 9 para exigir la restitución del exceso percibido, ya que, al no estar terminados los trabajos, no era posible calcular el importe de un posible exceso percibido, y pretende ejercer un derecho de retención sobre una parte de las cantidades reclamadas por la Comisión, debido a que esta última aún no se ha pronunciado sobre el segundo informe financiero que le sometió VBS y que señala, para el período transcurrido entre el 1 de julio de 1991 y 30 de junio de 1992, gastos adicionales, en relación con los recogidos en el primer informe, que implican un pago complementario por parte de la Comisión.

47. Según Balkom, la negativa a efectuar cualquier nuevo pago, notificada por la Comisión en su escrito de 9 de marzo de 1993, no podía considerarse una decisión sobre el segundo informe financiero presentado por VBS.

48. Por último, en lo que se refiere a la fecha en que empiezan a correr los intereses, Balkom discute que sea el 1 de julio de 1991, porque, desde su punto de vista, no es posible considerar que la fecha de 30 de junio de 1991 señale el término de la primera fase de realización del proyecto, que, en realidad, se prolongó hasta mucho después.

Apreciación

49. ¿Cómo resolver entre estas tesis perfectamente antagonistas? Considero que, para la búsqueda metódica de la solución, hay que separar los diversos problemas. Para saber si la Comisión tiene efectivamente derecho al importe que reclama a Balkom, hay que examinar en primer lugar la validez de su decisión de poner fin al contrato. Esta validez depende, en sí misma, de dos condiciones: Si la Comisión respetó las formas prescritas para dicha resolución y si, a la vista del estado de realización del proyecto en el momento de adoptar su decisión, podía hacer uso de la facultad que le reconoce el artículo 9 del contrato. La apreciación de la observancia de las formas prescritas para la resolución del contrato dependerá de la cuestión de si, en contra de lo que, según reconoce la propia Comisión, sucedió, la decisión de la Comisión debería haberse notificado a DF,

pese al anuncio de que se retiraba de la operación.

50. Una vez resueltas estas cuestiones y suponiendo que se haya llegado a la conclusión de que la Comisión hizo un uso legítimo de la facultad de resolución del contrato que le reconoce el artículo 9, quedará por examinar si el importe de la suma que debe recuperarse fue calculado correctamente por la Comisión en lo que se refiere, a la vez, al principal y a los intereses.

Sobre la validez de la resolución del contrato

51. Comienzo por examinar si, cuando resolvió de modo unilateral el contrato mediante escrito de 16 de agosto de 1994, la Comisión respetó el contrato o el Derecho alemán, en la medida en que éste se aplica a falta de disposición en contrario en el contrato. Este escrito, nadie lo discute, fue enviado a VBS y a Balkom, pero no a DF. ¿Debería habérsele enviado?

52. Por supuesto que no, si hay que dar por acreditado que, en esa fecha, de las tres cocontratantes iniciales de la Comisión sólo quedaba una, Balkom, aun cuando se notificara la resolución del contrato también a VBS. ¿Puede considerarse que en esa fecha DF ya no tenía ningún vínculo contractual con la Comisión? Por mi parte, me inclino por responder afirmativamente, vistas las peripecias antes recordadas.

53. Es cierto que, por su carácter totalmente unilateral, el escrito de DF a la Comisión en el que anunciaba su retirada de la operación no podía, por sí mismo, hacer cesar las relaciones contractuales establecidas el 4 de diciembre de 1990 y debe entenderse como una declaración de intención, una oferta de retirada del contrato y una renuncia a disfrutar de los derechos por éste conferidos. ¿Fue aceptada esta oferta por las otras partes del contrato?

54. Me parece que, en la actualidad, Balkom puede difícilmente discutirlo. El acuerdo de la Comisión no suscita dudas, aunque pueda sorprender que la Comisión se conformara tan fácilmente con el abandono de una colaboradora que poseía una tecnología que había de utilizarse para la realización del proyecto. El acuerdo de VBS puede deducirse, a mi parecer, de su escrito a la Comisión de fecha 26 de agosto de 1991.

55. Es verdad que, en dicho escrito, VBS informó de las negociaciones para solucionar los problemas contractuales vinculados con la implicación de DE en el proyecto, lo que significa que, en esa fecha, dichos problemas no estaban solucionados, pero hay que señalar que VBS no planteó en ningún momento condiciones para la retirada del contrato por parte de DF; por el contrario, lo dio por hecho, cuando podría haber manifestado sus reservas y haber supeditado su aprobación a la condición de que se satisficieran determinadas exigencias.

56. En lo que se refiere a Balkom, es verdad que en autos no se encuentra ningún documento contemporáneo de la retirada de DF, del cual pueda deducirse con certeza que Balkom la hubiese aprobado.

57. Es cierto que podría considerarse que, si Balkom hubiese tenido objeciones contra dicha retirada, que no podía ignorar, puesto que su presidente, el Sr. Van Balkom lo era también de VBS, las habría manifestado. Pero no es de ningún modo necesario entrar en un razonamiento de este tipo, que haría prevalecer la unidad de dirección sobre la existencia de dos personas jurídicas distintas, ya que se dispone del escrito de la Comisión a Balkom de fecha 9 de marzo de 1993, que no puede ser más explícito, en el que la retirada del contrato por parte de DF, así como la de VBS, se presenta como un hecho consumado, escrito que, además, constituía la continuación de las discusiones en las que había participado el Sr. Van Balkom, en nombre de Balkom, y que no provocó ninguna reacción negativa de esta última.

58. Pues bien, cabe suponer que, en aquel momento, en el que la realización del proyecto parecía peligrar, Balkom habría reaccionado firmemente ante un escrito que mencionaba su aprobación acerca de la retirada del contrato por parte de las dos colaboradoras, si dicha aprobación no hubiese existido.

59. Por lo tanto, creo que de los diversos escritos que acabo de recordar, leídos a la luz del artículo 157 del BGB, según el cual los contratos deben interpretarse sobre la base del principio de buena fe, puede deducirse que, a más tardar, en marzo de 1993, todas las partes daban por hecha la retirada del contrato por parte de DF, y que constituiría un formalismo injustificado considerar que tal consenso debería haber revestido la forma de un documento único, firmado por todas las partes.

60. Pero, aun suponiendo, como pretende Balkom, que invoca la doctrina alemana, que, a la vista del contrato, sea discutible la forma en la que se produjo la retirada por parte de DF, no creo que, del hecho de que la Comisión no notificara a DF su decisión de resolver el contrato, pueda deducirse que dicha resolución no produjo efecto alguno frente a Balkom.

61. En efecto, para que Balkom pueda invocar el incumplimiento de una formalidad, debe demostrar además una vulneración de sus derechos e intereses. Pues bien, suponiendo que se pusiera en duda la conformidad a Derecho de su retirada del contrato, la única que podría invocar tal perjuicio sería DF, en vista de la solidaridad prevista en el contrato.

62. Sin embargo, DF expuso, más claramente no cabe, la imposibilidad en la que se hallaba para proseguir la relación contractual y, por ello, renunció a que la Comisión la tratase como parte del contrato de 1990, de modo que seguramente sería improcedente que censurase a la Comisión

el hecho de no haberle notificado la resolución del contrato.

63. Por lo tanto, a la vista del desarrollo que tuvo la relación contractual entre 1990 y 1994, considero que la resolución unilateral del contrato por parte de la Comisión fue correcta desde el punto de vista formal.

Sobre la justificación de la resolución unilateral del contrato

64. ¿Estaba justificada la resolución del contrato? Creo que aquí también tienen poca importancia las objeciones de Balkom. Balkom afirma que el concepto de fracaso económico considerado en el artículo 9 del contrato debe ser entendido en relación con un anexo del contrato relativo a los riesgos económicos y técnicos.

65. Sin embargo, la disposición controvertida, el punto 4.1 del anexo I, resulta ser esencialmente descriptiva. Indica el importe de las inversiones que supone la realización del proyecto y expone el límite de las obligaciones financieras asumidas por las tres empresas cocontratantes de la Comisión, y en ningún caso puede considerarse que define el fracaso económico previsible, en el sentido del artículo 9 del contrato.

66. Por otra parte, semejante interpretación sería incompatible con este último artículo, que ofrece a cada una de las partes la facultad de resolver el contrato «en la medida en que el programa de trabajo establecido en el anexo I caduque debido, en particular, a un fracaso técnico o económico previsible o a que los costes del proyecto sobrepasen excesivamente las previsiones». Por ello, no puede reducirse la caducidad del programa de trabajo únicamente a la existencia de costes superiores a los previstos, como pretende Balkom.

67. Seguidamente, una vez descartada esta objeción de la demandada, creo que en absoluto es necesario explicar extensamente por qué es legítimo considerar, en contra de lo alegado por Balkom, que parece prestar poca atención a la buena fe, que nos encontramos ante un fracaso económico previsible cuando un proyecto que debía finalizar en 1993, aún se encuentra, en 1994, en una etapa muy poco avanzada; cuando de las tres empresas asociadas en un principio, sólo queda una que, pese a sus esfuerzos, no ha podido encontrar nuevos colaboradores y que, según ella misma señala, no puede continuar aportando la financiación necesaria para continuar el proyecto, y cuando, además, la licencia administrativa, a la que se supeditó el paso a la segunda fase, aún no se ha obtenido, a pesar de una acción contenciosa.

68. Difícilmente se puede imaginar un fracaso más evidente. A lo sumo, una vez más, podría sorprender que la Comisión no hubiera resuelto el contrato mucho antes o no hubiera hecho uso de la facultad de retirarse —con consecuencias mucho más

rigurosas para sus cocontratantes— con arreglo al artículo 8 del contrato, o que, por lo menos, no hubiera sido consciente hasta entonces de este fracaso seguro y que, por el contrario, hubiera prorrogado unos plazos que ella misma había calificado antes de imperativos.

69. En todo caso, considero que, en el momento en que se produjo, la resolución del contrato por la Comisión estaba plenamente justificada a la vista de las estipulaciones del contrato.

Sobre el importe de la devolución solicitada

70. ¿Puede la Comisión, por ello, reclamar la devolución de una cantidad pagada en exceso que, puesto que, entre tanto, el euro ha sustituido al ECU, fija en 251.649 euros? La Comisión llega a la mencionada cantidad considerando únicamente como gastos efectuados por sus cocontratantes, que generan derecho a la ayuda financiera, aquéllos por ella admitidos cuando aprobó el primer informe financiero.

71. Tras la primera vista, me pareció que debía ser posible que las partes llegaran a un acuerdo sobre la cuestión de si debían tenerse en cuenta determinados gastos considerados en el segundo informe financiero, enviado por VBS a la Comisión en 1992, de modo que el importe reclamado por la Comisión se revisara a la baja.

72. En efecto, no se desprendía de autos que la Comisión se hubiera pronunciado claramente sobre el segundo informe financiero. En su escrito de réplica, la Comisión había explicado que ya se había pronunciado sobre este informe («den 2. Finanzbericht beschieden») al fijar a la demandada, mediante escrito de 9 de marzo de 1993, un plazo que se prolongaba hasta el 31 de diciembre de 1993 para obtener la licencia administrativa, y al informarla de que ya no efectuaría ningún pago hasta dicha fecha. Pero, una cosa es suspender los pagos y otra es afirmar que no se debe nada más.

73. Por lo demás, en una nota oficiosa de 20 de enero de 1994, la Comisión había contemplado la posibilidad de reconocer los gastos relativos a la fase «engineering» por un importe de 1.127.800 DEM, a condición de que se aportasen los correspondientes comprobantes («falls entsprechende Nachweise vorliegen»).

74. No obstante, durante la segunda vista, la Comisión precisó que ninguno de los gastos mencionados en el segundo informe financiero podía ser aprobado por las razones siguientes.

75. En primer lugar, la Comisión alega que, si este segundo informe hubiera mencionado —lo que sin embargo no era el caso— los gastos relativos a la segunda fase del programa, titulada «Producción y entrega», dichas obras sólo podrían haberse iniciado por cuenta y riesgo de la demandada, puesto que, en virtud del punto 2.2 del anexo I del contrato, esta fase únicamente podía iniciarse después del cierre del procedimiento de solicitud de la licencia relativa a la construcción de que se trata. Pues bien, resultaba expresamente del segundo informe técnico que dicho procedimiento estaba bloqueado.

76. En segundo lugar, la Comisión indicó al Tribunal de Justicia durante la segunda vista que, en contra de la obligación prevista en el artículo 4, punto 4.3.2, del contrato, no se había adjuntado ningún documento justificativo al segundo informe financiero, y que dichos documentos tampoco habían sido enviados posteriormente, aunque la Comisión, en su escrito de resolución unilateral del contrato de 16 de agosto de 1994, había indicado que deseaba obtener los justificantes correspondientes a los gastos que pudieran ser aprobados («The Commission [...] would like to receive the corresponding statements»).

77. Por último, en un escrito de 17 de octubre de 1994, que figura en el anexo 7 del recurso, el abogado de Balkom indicó a la Comisión lo siguiente:

«Mi cliente siempre ha dado por hecho que, en el pasado, Van Balkom Seeliger le había hecho llegar a usted todos los justificantes contables ("full financial statements")

[...]

Por supuesto que mi cliente está dispuesto a colaborar en todo lo que usted le pida y a proporcionarle copia de los documentos contables solicitados. Pero, por razones que se le han explicado, debe comprender que ello presentaría considerables problemas a mi cliente, puesto que él mismo nunca ha tenido en su poder dichos documentos.» [2]

78. Como, en la vista de 21 de octubre de 1999, la parte demandada no pudo demostrar que se hubieran transmitido los documentos de que se trata y se limitó a negar que se los hubiesen reclamado, puede llegarse a la conclusión de que la Comisión no podía pronunciarse válidamente acerca de los gastos efectuados con posterioridad al primer informe financiero.

79. En efecto, está claro que la Comisión, contable de los fondos públicos, no puede efectuar gastos sin disponer de justificantes que puedan ser presentados a las autoridades de control y, en particular, al Tribunal de Cuentas.

2 — Traducción libre del autor.

80. Es Balkom quien pretende tener derecho a un determinado importe, que corresponde a un porcentaje, fijado por el contrato, de los gastos efectuados en concepto de su ejecución y, por tanto, a ella le corresponde acreditar la realidad de sus gastos.

81. Es obvio que esta carga de la prueba va más allá de la mera presentación de un informe financiero e incluye la presentación de los documentos contables a partir de los cuales se ha elaborado dicho informe.

82. Puesto que los debates han demostrado que es ilusorio esperar la aportación de dichos documentos, no ha lugar a ofrecer a la demandada la última oportunidad de probar el fundamento de sus pretensiones en cuanto a las sumas que, según afirma, aún se le adeudan y que deberían deducirse del importe reclamado por la Comisión.

83. Por consiguiente, no me queda más que proponer al Tribunal de Justicia que considere, para la fijación del importe principal adeudado por Balkom, la suma de 251.649 euros, reclamada por la Comisión.

84. Esta solución hace superflua cualquier discusión sobre un posible derecho de retención del que podría prevalerse Balkom.

Sobre la fecha en que empiezan a devengarse los intereses

85. Ambas partes también disienten en lo que respecta a la fecha en que deben comenzar a correr los intereses.

86. Según la Comisión, ello se deduce del párrafo tercero del artículo 9 del contrato según el cual:

«Si en un control se comprobase que los importes pagados por la Comisión son demasiado elevados, el cocontratante deberá devolver inmediatamente la cantidad indebidamente pagada, más los intereses devengados a partir de la fecha de cierre (Abschluß) o de terminación (Beendigung) de los trabajos previstos en el contrato.» [3]

87. Según la Comisión, Balkom terminó la primera fase del proyecto, tal como se había previsto en el contrato, el 30 de junio de 1991. Por consiguiente, los intereses deben calcularse a partir de esta fecha, a saber, del 1 de julio de 1991.

88. Balkom alega que la primera fase del proyecto, la ingeniería, no estaba de ningún modo terminada el 30 de junio de 1991.

3 — Traducción libre del autor.

Asegura que no puede determinar en la actualidad en qué fecha se terminó la fase de ingeniería, pero, en todo caso, mediante escrito de 29 de octubre de 1992, VBS informó a la Comisión de que el cierre de esta fase estaba previsto para el 30 de septiembre de 1993.

89. Por mi parte, estimo que puede considerarse que la expresión «terminación de los trabajos» (Beendigung), por oposición a la de «cierre» (Abschluß), señala el momento en que cesaron efectivamente los trabajos, sin que el proyecto estuviese terminado. La Comisión tuvo razón al tratar de determinar ese momento, pero es posible que éste se sitúe en una fecha posterior al 30 de junio de 1991. Pero, como la propia Balkom reconoce que esta fecha no es en ningún caso posterior al 30 de septiembre de 1993, ésta es la fecha que propongo considerar. Es cierto que existe una solución alternativa consistente en aplicar el artículo 284 del BGB. Según esta disposición, los intereses deben calcularse a partir del momento en que se haya exigido al deudor su pago. Pues bien, la orden de cobro, emitida por la Comisión el 8 de febrero de 1995, fijaba a Balkom la fecha del 30 de abril de 1995 para cumplir su obligación de restituir. En ese caso, se devengarían intereses a partir del 1 de mayo de 1995. Sin embargo, me parece que debe descartarse esta solución, ya que la fecha en que empiezan a devengarse los intereses en caso de devolución la determina el propio contrato en su artículo 9.

90. Por último, para completar, añadiré que, al invocar con posterioridad a la primera vista la prescripción, tal como está prevista en el BGB, Balkom presentó un nuevo motivo que, como alega la Comisión, ha de ser desestimado.

Conclusión

91. Por todas estas razones, propongo al Tribunal de Justicia que decida:

«1) Condenar a Van Balkom Non-Ferro Scheiding BV a pagar a la Comisión de las Comunidades Europeas la suma de 251.649 euros, incluidos sus intereses devengados a partir del 1 de octubre de 1993, calculados según los tipos

publicados el primer día laborable de cada mes que utiliza el Fondo Europeo para la Cooperación Monetaria en sus transacciones en euros.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Condenar en costas a Van Balkom Non-Ferro Scheiding BV.»