CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN MISCHO

presentadas el 22 de enero de 1987 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

El asunto que opone, ante el tribunal de première instance de Bruselas, a la Société pour l'exportation des sucres (en lo sucesivo «la sociedad» o «el adjudicatario») y a la Office belge de l'économie et de l'agriculture (OBEA), se refiere a la calidad de un lote de azúcar ofrecido por la Comunidad, a título de ayuda alimentaria, al OOPS (Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los refugiados de Palestina en el cercano oriente).

Como consecuencia de un procedimiento de adjudicación abierto por la OBEA, la sociedad había sido encargada de entregar a la organización beneficiaria una cantidad de 755 toneladas de azúcar de calidad 2 (o calidad tipo).

Ahora bien, se comprobó, previo control, que el azúcar suministrado correspondía a la calidad 3 porque la coloración de la solución superaba en 0,7 puntos el margen de 6 puntos, límite máximo para la calidad 2, correspondiendo todos los demás criterios a la calidad 2.

Sin embargo, la sociedad sólo fue informada de dicha deficiencia después de que el azúcar llegara al puerto de Ashdod (Israel) y el OOPS se hiciera cargo de ella.

La adjudicación en cuestión se había efectuado sobre la base del Reglamento nº 434/82 de la Comisión, de 25 de febrero de 1982,[1] relativo a una adjudicación permanente para la movilización de azúcar blanco comunitario como suministro al OOPS a título de ayuda alimentaria, modificado parcialmente por el Reglamento nº 939/82 de la Comisión, de 21 de abril de 1982.[2]

Las sanciones previstas por dicho Reglamento en el caso de que no se cumpla alguna de las condiciones de adjudicación están expuestas con gran claridad al principio del informe para la vista. Me remito a dicho informe igualmente en lo que se refiere a los pormenores de los hechos, las alegaciones de las partes y el texto de las tres cuestiones planteadas por el tribunal de première instance de Bruselas.

Seguiré igualmente el esquema del informe para la vista examinando conjuntamente las dos primeras cuestiones.

En cuanto a las dos primeras cuestiones

La primera cuestión se refiere al momento en que debe producirse el control de calidad previsto en el apartado 5 del artículo 9 del Reglamento y al plazo máximo para impugnar la calidad del azúcar.

Según el apartado 5 del artículo 9, el control de calidad se efectúa «en el embarque» *(traducción no oficial).*

Para permitirlo, el proveedor tiene la obligación de comunicar *en el más breve plazo* al organismo competente del Estado miembro de exportación un aviso por el que designa el navío e indica la fecha de carga (letra *a* del apartado 1 del artículo 15).

Por último, el apartado 3 del artículo 15 prevé que «si el azúcar corresponde a una calidad inferior a la calidad tipo, se recha-

* Traducido del francés.

1 — DO L 55 de 26.2.1982, p. 34.

2 — DO L 111 de 24.4.1982, p. 13.

zará por cuenta y riesgo del adjudicatario» *(traducción no oficial).*

Se puede deducir razonablemente de la conjunción de dichas disposiciones que el control debe efectuarse en principio:

— cuando la mercancía que haya que entregar esté lista para el embarque;

— en un momento en que el resultado de los análisis aún pueda ser conocido antes de que zarpe el barco, de manera que la mercancía pueda rechazarse antes de su salida.

El Reglamento no prevé el caso en que, como en el de autos, los resultados de los análisis sólo se conocen después de la salida del navío o incluso después de la distribución de la mercancía.

Es posible sin embargo determinar, mediante interpretación, la solución aplicable en dicha hipótesis, partiendo de los elementos siguientes.

En virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1 del Reglamento, «el azúcar [objeto del suministro] debe corresponder a la calidad tipo tal como se define en el artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 793/72» *(traducción no oficial).*

Se presume que el adjudicatario hizo su oferta sobre esta base, y que se le asignó el contrato con esta condición expresa.

El adjudicatario tiene pues como primer deber *asegurarse él mismo* de que el azúcar que se dispone a suministrar corresponde efectivamente a estos requisitos.

El control de calidad en el embarque no puede tener como efecto liberarle de esa responsabilidad. Tal como indican el Gobierno belga y la OBEA, el control previsto en el Reglamento no se estableció en interés del adjudicatario sino en el del donante, la Comunidad, y el destinatario, el OOPS.

En una sentencia de 5 de diciembre de 1985,[3] en el punto 21, el Tribunal de Justicia confirmó dicho principio en los términos siguientes:

«Los controles ejercidos [por los Estados miembros] no tienen ni como fin ni como efecto liberar, en modo alguno, al adjudicatario de sus responsabilidades derivadas de la adjudicación» *(traducción provisional).*

En segundo lugar, no puede corresponder al beneficiario de la ayuda alimentaria verificar ni certificar el respeto de la condición relativa a la categoría a la que debe pertenecer el azúcar objeto del suministro.

Como hemos visto, el Reglamento prescribe expresamente que dicho control debe hacerse en el embarque. Es lógico, en efecto, que sea el organismo encargado por la Comunidad de aplicar la ayuda alimentaria el que verifique la conformidad del producto con los criterios prescritos.

Por otra parte, no es seguro que todos los países del tercer mundo o los organismos beneficiarios dispongan de laboratorios equipados para hacer los análisis necesarios.

El documento que debe presentar el beneficiario de la ayuda, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 10 no puede referirse, en consecuencia, a dicho elemento. Tiene por objeto únicamente certificar que el azúcar *fue entregado* en las «condiciones requeridas» *(traducción no oficial)* tal como se definen en el artículo 9, sobre todo, en las cantidades previstas, en la fecha convenida, y en sacos conformes con la descripción.

Es lógico, por otra parte, que el beneficiario de la ayuda verifique también si la mercancía no ha sufrido daño alguno en el camino. Este es el sentido en el que hay que enten-

3 — Direktoratet for Markedsordningerne/Corman e hijos, asunto 124/83, Rec. 1985, p. 3777, apartado 21.

der, en mi opinión, la mención «in good and sound condition» que figura en el documento expedido por el OOPS. Este documento no tiene pues por objeto certificar que el azúcar suministrado corresponda a la calidad 2.

Esta verificación limitada, efectuada por cuenta del donante, no surte el efecto de crear vínculos jurídicos entre el adjudicatario y el tercer beneficiario de la ayuda. Este último no puede ser comparado de ninguna manera a un comprador que hubiera procedido a una «aceptación» o «recepción» de la mercancía.

En tercer lugar, lo cierto es que la calidad de la mercancía, sobre todo en el marco de una operación de ayuda alimentaria, es un elemento absolutamente esencial del contrato de adjudicación. No es concebible por tanto que dicha calidad no pueda ya impugnarse debido a que el resultado de los análisis sólo esté disponible después de la salida del barco o incluso después de la distribución de la ayuda.

Tal como la Comisión señala, me parece que con toda la razón, sería demasiado fácil que el adjudicatario pudiera, por negligencia o deliberadamente, incumplir su obligación de informar al organismo competente a su debido tiempo con respecto a la fecha de salida del barco, y escapar así a cualquier impugnación respecto a la calidad de la mercancía suministrada, basándose en una supuesta «recepción» de la mercancía por el donante.

Por las razones anteriormente indicadas, la impugnación de la calidad de la mercancía debe ser igualmente posible en la hipótesis en que, debido a una negligencia o a una falta del mismo organismo competente, no se aporten los resultados de los análisis hasta después de la salida del barco.

Incluso en esta fase debe, pues, el organismo competente seguir teniendo la posibilidad de rechazar la mercancía, lo que se traducirá sobre todo en la negativa a pagar el precio convenido.

Al igual que la Comisión, opino sin embargo que una negligencia semejante por parte del organismo competente puede dar lugar eventualmente a daños y perjuicios conforme al Derecho del país en el que se haya hecho la adjudicación.

Me parece que éste es el caso cuando la impugnación de la calidad sólo se produce después de que la ayuda alimentaria se haya distribuido a los beneficiarios finales, en el caso de autos los refugiados de Palestina.

En dicha hipótesis ya no es posible, en efecto, «rechazar la mercancía» en el sentido de volverla a poner a disposición del adjudicatario para que él mismo pueda, por ejemplo, intentar venderla en el país en que fue desembarcada.

Me parece que en el caso de autos tal indemnización tuvo lugar amistosamente, ya que la OBEA aceptó pagar el azúcar de acuerdo con su valor real.

Propongo, en consecuencia, responder como sigue a las dos primeras cuestiones:

«Los artículos 1, 9, 10 y el apartado 3 del artículo 15 del Reglamento (CEE) nº 434/82 de la Comisión, de 25 de febrero de 1982, modificado por el Reglamento (CEE) nº 939/82 de la Comisión, de 21 de abril de 1982, deben interpretarse en el sentido de que el control de calidad del azúcar que se entregue a título de ayuda alimentaria debe efectuarse de tal manera que sus resultados puedan ser conocidos antes de la salida del producto del territorio del Estado miembro de exportación.

Cuando el azúcar entregado corresponda a una calidad inferior a la calidad tipo, el organismo competente estará obligado, en virtud del apartado 3 del artículo 15, a negarse a efectuar los pagos provisionales y definitivos del precio convenido, previstos en el apartado 1 del artículo 10, incluso si no hubiera tenido conocimiento de dicho elemento hasta después de la distribución del producto y se reunieran las demás condiciones requeridas para el pago, sobre todo el documento del beneficiario previsto en el párrafo 3 del apartado 1 del artículo 10.»

En cuanto a la tercera cuestión

¿Debe procederse a la incautación de la fianza, incluso si de hecho se ha distribuido el azúcar a los destinatarios y ha podido consumirse sin daño para ellos? En caso afirmativo ¿no es contraria la pérdida total de la fianza al principio de proporcionalidad cuando el azúcar entregado sólo infringe un criterio de calidad entre varios?

Esto es lo que nos pregunta el órgano jurisdiccional belga en su tercera cuestión.

Quiero hacer al respecto, en primer lugar, dos observaciones generales.

La Comunidad ha conocido casos en los que los productos suministrados a título de ayuda alimentaria resultaron ser de una calidad deficiente. La Comisión sacó sus consecuencias haciendo más rigurosos los textos relativos a la verificación de la calidad de los productos suministrables.

En el caso de autos, la deficiencia presentada en el azúcar entregado no podía desde luego impedir que fuera utilizado con seguridad total por los consumidores.

Sería necesario sin embargo procurar no abrir una brecha en el sistema y no dar la impresión, a los licitadores futuros, de que van a poder, sin demasiados riesgos, permitirse no tomar en serio los criterios de calidad dispuestos por la Comisión.

En el marco de actuaciones de ayuda alimentaria anteriores, la Comisión sólo había prescrito la calidad 3. Si exige en lo sucesivo la calidad superior, es sin duda porque opina que tiene buenas razones para hacerlo.

En segundo lugar, la definición de calidad del producto se dirige también a mantener la igualdad entre todos los licitadores. Si los organismos competentes de los Estados miembros se pusieran a aceptar pagar las mercancías no conformes con las prescripciones a los precios correspondientes a su calidad real sin que se produjera ninguna sanción por razón de la ejecución incorrecta del contrato, los mecanismos de adjudicación quedarían falseados.

Una actitud semejante podría incitar a los proveedores a licitar desde el principio a un precio inferior al que corresponda normalmente a la calidad tipo exigida, porque de buenas a primeras tendrían la intención de entregar sólo una calidad menor. Se asegurarían así una ventaja competitiva indebida en relación con los licitadores que tuvieran la intención de respetar la condición prescrita.

Por otra parte, los siguientes argumentos legales abogan a favor de que no se devuelva la fianza en el caso de autos.

1. Según el apartado 3 del artículo 15 del Reglamento en cuestión, una mercancía de calidad inferior a la calidad tipo debe ser rechazada por cuenta y riesgo del adjudicatario.

La Comisión ha querido pues descartar totalmente la posibilidad de que pueda ser entregada una mercancía no conforme a las prescripciones.

Resulta sin duda del apartado 5 del artículo 9 (control en el embarque) y de la economía del Reglamento que el rechazo de la mercancía deba producirse normalmente antes de abandonar el territorio del Estado miembro. De esta manera podrá ser sustituida eventualmente en el último minuto por mercancía conforme a las normas.

Pero si ello no es posible, habrá un rechazo puro y simple de la mercancía; la fianza debe retenerse porque el contrato no ha sido ejecutado correctamente.

Asimismo, si a consecuencia de la necesidad de sustituir la mercancía, o por otra razón, ésta no puede ser entregada en el plazo previsto, se aplica el apartado 2 del artículo 15. El mismo prevé que en caso de retraso en la entrega el precio retenido se disminuya en 0,12 ecus por 100 kilogramos y por día «sin perjuicio del apartado 3 del artículo 7» *(traducción no oficial)*. Esta última remisión significa que, en lo que se refiere a las cantidades que lleguen con retraso, se retendrá la fianza en su totalidad, incluso cuando el retraso sea mínimo.

Si toda la mercancía llega con retraso, se pierde la fianza en su totalidad, incluso si el azúcar es consumido luego por los beneficiarios.

El Reglamento se basa pues manifiestamente en el principio de que una infracción de las condiciones del contrato que afecten al conjunto de la mercancía implica la pérdida de la totalidad de la fianza.

Desde luego, si el rechazo de la mercancía no ha podido producirse antes de la salida del barco porque los resultados de los análisis no estaban disponibles, y la mercancía no conforme con la calidad prescrita ha llegado a destino y ha sido consumida, la equidad o, si llega el caso, los principios de la responsabilidad extracontractual, exigen que sea pagada según su valor real. Pero, debido al hecho de que ha habido ejecución incorrecta del contrato de adjudicación, debe procederse a la incautación de la fianza.

Opino con otras palabras que, mediante el pago del producto según su valor real, se ha tenido suficientemente en cuenta el hecho de que el mismo ha sido consumido.

2. Según el apartado 5 del artículo 7, «la liberación de la fianza tiene lugar en el momento del pago definitivo» *(traducción no oficial)*.

Cuando, como en el caso de autos, la mercancía no se paga con arreglo al precio fijado en el momento de la adjudicación, sino con arreglo a un acuerdo amistoso, no hay «pago definitivo» en el sentido de dicha disposición, y la fianza no puede pues ser devuelta.

3. Resulta, por último, del apartado 3 del artículo 7 (tal como ha sido modificado por el Reglamento nº 939/82, anteriormente mencionado) que «se procederá a la incautación de la fianza por la cantidad de azúcar que el adjudicatario no haya entregado en el puerto de descarga [...] en las condiciones requeridas» *(traducción no oficial)*.

Ya he indicado que en el párrafo 3 del apartado 1 del artículo 10 la expresión «en las

condiciones requeridas» contempla, en mi opinión, unas condiciones distintas de la calidad intrínseca de la mercancía, puesto que debe verificarse en principio el cumplimiento de esta última condición y rectificarse cualquier posible deficiencia, desde antes de la salida del barco.

En el apartado 3 del artículo 7, no se utiliza, sin embargo, esta expresión en relación con el documento que debe expedir el OOPS, sino en un contexto más general. Me parece, en consecuencia, que puede alegarse dicha expresión para demostrar que la fianza no necesita ser liberada cuando es el conjunto de la cantidad entregada el que no corresponde a las condiciones requeridas.

Ahora bien, así ocurre en el presente asunto.

Sin embargo, el tribunal de première instance de Bruselas se pregunta si, en el caso de autos, la pérdida de la totalidad de la fianza es compatible con el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que el incumplimiento de lo dispuesto sólo se refiere a uno de los criterios fijados.

Señalemos en primer lugar que los criterios *a* a *d* inclusive, fijados en lo que se refiere a la calidad tipo (o calidad 2) mediante el Reglamento nº 793/72 del Consejo, de 17 de abril de 1972, por el que se determina la calidad tipo del azúcar blanco (DO L 94 de 21.4.1972, p. 1; EE 03/05, p. 176) son idénticos a los criterios *a* a *d* inclusive, definidos en lo que se refiere al azúcar de la categoría 3, mediante el artículo 11 del Reglamento nº 1280/71 de la Comisión, de 18 de junio de 1971, por el que se establecen las modalidades de aplicación en lo que se refiere a la compra de azúcar por los organismos de intervención (DO L 133 de 19.6.1971, p. 34).

La diferencia entre las dos categorías de azúcar se establece pues sobre la base de los cuatro criterios adicionales que figuran en la letra *e* del artículo 1 del Reglamento nº 793/72. En el caso de autos es, pues, *uno de cuatro criterios* el que *no se cumple*.

¿Sería posible considerar que la deficiencia en cuestión que, en opinión de los peritos, sólo podrá tener consecuencias en el caso en que el azúcar debiera servir para la fabricación de gaseosa, pueda ignorarse en el caso de autos? No soy de esta opinión.

El legislador comunitario decidió sabiamente que el azúcar sólo tendría la calidad 2 o calidad tipo cuando cumpliera un conjunto de criterios. Me parece en consecuencia difícil para el Tribunal de Justicia efectuar una distinción entre éstos, y concederles una mayor o menor importancia según las circunstancias.

Reconocer hoy que el resultado del análisis efectuado según el «método Icumsa» puede ser ignorado en las circunstancias del caso de autos, podría conducir mañana a declarar no esencial cualquier otro criterio cuando se trate, por ejemplo, de una venta mediante adjudicación de azúcar destinada a la industria química.

De seguir por este camino, se pondrían en entredicho todos los principios de clasificación del azúcar.

Veamos ahora qué lecciones podemos sacar, para nuestro asunto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio de proporcionalidad.

En la sentencia de 23 de febrero de 1983, Fomançais contra FORMA,[4] el Tribunal de

4 — Asunto 66/82, Rec. 1983, p. 395, apartado 8. Véase también sentencia de 20 de febrero de 1979, asunto 122/78, Rec. 1979, p. 677 apartado 16, y sentencia de 22 de enero de 1986, asunto 266/84, Denkavit France, Rec. 1986, p. 149, apartado 17.

Justicia declaró que, «a fin de establecer si una disposición de Derecho comunitario es conforme con el principio de proporcionalidad, se debe verificar, en primer lugar, *si los medios* que aplica para realizar el objetivo a que se dirige *se corresponden con la importancia de éste* y, en segundo lugar, si *son necesarios* para alcanzarlo» *(traducción provisional).*

En el caso de autos, el objetivo contemplado es *importante*: se trata de conseguir que el adjudicatario entregue efectivamente azúcar de la calidad prescrita.

Recordemos que el primer considerando del Reglamento precisa expresamente «que es conveniente que el azúcar blanco corresponda a la calidad tipo tal como se define en el Reglamento (CEE) nº 793/72 del Consejo, de 17 de abril de 1972, por el que se determina la calidad tipo del azúcar blanco» *(traducción no oficial).*

Nos encontramos indiscutiblemente ante una de esas «obligaciones principales» cuya infracción, según una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia,[5] puede ser sancionada mediante la pérdida total de la confianza.

El medio utilizado, una fianza equivalente al 7 % del valor del contrato, *se corresponde*, en mi opinión, con este objetivo.

La utilización de este medio puede considerarse asimismo *necesaria* para alcanzar el objetivo, teniendo en cuenta que el simple rechazo de la mercancía (con restitución de la misma o pago según su valor real) no puede tener un *efecto disuasivo* suficiente, puesto que no implica una verdadera pérdida financiera. Ahora bien, es importante que las adjudicaciones se desarrollen en condiciones correctas. Únicamente la amenaza de pérdida de la fianza puede contribuir a ello eficazmente.

¿Quedaría garantizado este efecto disuasivo en cuanto al futuro si sólo se retuviera, por ejemplo, la mitad de la fianza, es decir, el equivalente del 3,5 % del valor del contrato? Cabe dudar de ello.

Un último elemento, y no de los menores, a tener en cuenta, es la extrema severidad que el Tribunal de Justicia ha demostrado en la mayoría de sus decisiones cuando se trataba de la infracción de una obligación principal.

La sentencia que presenta mayores semejanzas con el presente asunto es la que se dictó el 2 de diciembre de 1982 en el asunto 272/81 (RU-MI/FORMA, Rec. 1982, p. 4167).

Se trataba de la validez de un Reglamento relativo a la concesión mediante adjudicación de una ayuda especial a la leche desnatada en polvo destinada a la alimentación de animales distintos de los terneros jóvenes.

Dicho Reglamento fijaba varias reglas para la desnaturalización del producto, de las que ni una sola se había aplicado convenientemente. Al comprobar el juez nacional que la desnaturalización sólo se apartaba muy ligeramente de la regla habitualmente admitida, se había preguntado si dicho Reglamento no violaba el principio de proporcionalidad en cuanto que permitía aplicar la misma sanción a la ausencia total de desnaturalización y a la desnaturalización realizada, pero no totalmente conforme.

5 — Véanse las sentencias de 20 de febrero de 1979, Buitoni, 122/78, Rec. 1979, p. 677; de 21 de junio de 1979, Atalanta, 240/78, Rec. 1979, p. 2137; de 2 de diciembre de 1982, RU-MI, 272/81, Rec. 1982, p. 4167; de 23 de febrero de 1983, Fromançais, 66/82, Rec. 1983, p. 395; de 17 de mayo de 1984, Denkavit, 15/83, Rec. 1984, p. 2171.

El Tribunal de Justicia respondió que «la Comisión tenía derecho a establecer disposiciones que implicaran la pérdida de la ayuda y de la fianza por el incumplimiento de la obligación principal de la adjudicación, *y no estaba obligada a modular dicha medida según la gravedad del incumplimiento* por parte del licitador. Semejante medida no puede considerarse desproporcionada con el fin buscado» *(traducción provisional).*

En otra sentencia prejudicial que lleva la misma fecha (Sociedad lechera de Gacé contra FORMA, asunto 273/81, Rec. 1982, p. 4193), el Tribunal de Justicia mostró el mismo rigor.

En los dos casos se trataba de asuntos en los que el producto había recibido efectivamente el destino previsto y en los que no se ponía en entredicho la buena fe de los operadores económicos.

Por todas estas razones, pues, me parece que se impone asimismo una interpretación estricta en el caso de autos y propongo a este Tribunal que responda de la manera siguiente a la tercera cuestión:

«Los apartados 3 del artículo 15, y 3 y 5 del artículo 7 del Reglamento anteriormente mencionado deben interpretarse en el sentido de que debe procederse a la incautación de la fianza por las cantidades de azúcar entregadas en destino y que no correspondan a la calidad tipo.

El examen del apartado 3 del artículo 7 del mismo Reglamento no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a su validez.»