CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 3 de octubre de 1991 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El presente asunto, planteado con arreglo al artículo 153 del Tratado Euratom, se refiere a un conflicto surgido entre la sociedad Grifoni y la Comisión, en relación con la obra realizada por la primera por encargo del Centro Común de Investigación de Ispra (en lo sucesivo, el «Centro»).

Los hechos del presente recurso son relativamente simples. Los resumo brevemente y me remito al informe para la vista en cuanto al resto.

A partir de marzo de 1980, Grifoni realizó repetidas prestaciones al Centro como contratista de obras de hojalatería y ferretería. Dichas prestaciones se realizaron con arreglo a un acuerdo- marco previamente celebrado, así como en virtud de posteriores encargos específicos.

2. Los elementos del régimen contractual entre las partes que revisten aquí especial relevancia son los siguientes:

— El contrato de 21 de mayo de 1984, al igual que el anterior, se remite (artículo 15) al pliego de condiciones generales aplicables a los contratos que celebre el Centro (febrero de 1976, doc. XIX A/50/76-I), pliego que, por lo tanto, forma parte de su contenido.

— El pago de las obras realizadas se fijaba de conformidad con la lista de precios de las obras de construcción que publica la Cámara de Comercio de Milán, a excepción de las obras no previstas, cuyo coste debía acordarse en cada ocasión (artículo 3), contabilizándose «por administración» (artículo 7).

— Los trabajos no incluidos en el encargo y que resultaron necesarios en el curso de la ejecución de la obra debían ser objeto de «previa autorización escrita de la dirección de obras, tras la presentación por parte de la empresa de un desglose detallado y definitivo. Los trabajos realizados de modo distinto no serán reconocidos ni, por consiguiente, pagados» *(traducción no oficial)* (artículo 6).

— Se aplicará el Derecho italiano (artículo 15) y, de acuerdo con la cláusula compromisoria de las condiciones generales, expresamente aceptada, la resolución de las controversias se somete al Tribunal de Justicia.

Dentro de las condiciones generales, debe recordarse el apartado 1 del artículo 3, según el cual «la celebración de los contratos tendrá lugar mediante acuerdo escrito de las

* Lengua original: italiano.

partes» *(traducción no oficial)*, y el artículo 18, que dispone la ineficacia de los acuerdos verbales, estableciendo que «cualquier modificación del contrato (con inclusión de las adiciones y supresiones) deberá preverse mediante acto adicional acordado en las mismas condiciones que el contrato; ningún acuerdo verbal vincula a las partes» *(traducción no oficial)*.

3. Sobre las bases contractuales mencionadas, la relación entre Grifoni y la Comisión se prolongó hasta mayo de 1987. Durante este período la Comisión confió a Grifoni la realización de diversos trabajos, mediante la formulación de diferentes encargos; cada uno de éstos (además de las técnicas específicas) recogía las cláusulas más importantes del acuerdo-marco; en particular, se reiteraba que el pliego de condiciones formaba parte integrante del encargo y recogía una cláusula de idéntico contenido que el citado artículo 6.

Interrumpidas las relaciones con la Comisión, Grifoni formuló reclamaciones de ulteriores pagos por entender que no se le había pagado según lo acordado. Ante la negativa de la Comisión a proceder al pago que se le pedía, Grifoni interpuso el presente recurso, mediante el que solicita el pago de cuanto se le debe, que según sus cálculos, asciende a 450 597 190 LIT.

4. En el recurso, Grifoni, después de referirse a los acuerdos que regulan sus relaciones con la Comisión, especialmente la cláusula en virtud de la cual los trabajos realizados deben contabilizarse «por administración» (y por ende según las prestaciones realmente satisfechas, aunque sean cuantitativamente distintas de las enunciadas en los encargos), se limitó a afirmar que, «incluso debido al especial sistema de pago utilizado por el Centro» (p. 2 del recurso), no se le había pagado en la forma convenida. Una afirmación de tal naturaleza deja suponer que las pretensiones de Grifoni están motivadas por una contabilización errónea de las obras ejecutadas por él, tanto más cuanto que los «saldos contables» que figuran como anexo del recurso especifican, para cada encargo y en relación con cada concepto, las cantidades de que aún se consideraba acreedor.

5. Por el contrario, en el escrito de réplica y en la vista, Grifoni ha variado sensiblemente el planteamiento de sus quejas, alegando que todo cuanto aparece en los encargos escritos sólo coincide parcialmente en el contenido real de los acuerdos verbales entre las partes y que, por lo tanto, los acuerdos escritos son en realidad simulados y, en consecuencia, una formalización tan sólo parcial y de conveniencia de los acuerdos verbales. En resumen y esencialmente, la obra efectuada por Grifoni tiene según él un valor muy superior al que aparece en los encargos escritos y, por lo tanto, de lo abonado por el Centro.

Además, y siempre en el escrito de réplica, el demandante reclamó una cantidad superior (llegando a 993 494 064 LIT) a la reclamada inicialmente en el recurso. Según Grifoni, dicho incremento lo justifica el hecho de que en el momento de la presentación del recurso no era posible especificar las cantidades debidas por algunos conceptos, a falta de las precisiones correspondientes a la Cámara de Comercio de Milán. Por el contrario, la Comisión considera que semejante modificación representa la alegación de motivos nuevos, prohibida por el apartado 2

del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento, de lo que se sigue su inadmisibilidad.

6. En la vista, el planteamiento del Sr. Grifoni sobre el fundamento jurídico de sus pretensiones, tal como aparece en el escrito de réplica, llevó a suscitar la cuestión de la competencia del Tribunal de Justicia.

Ahora bien, entiendo a este propósito que no puede negarse razonablemente la competencia del Tribunal y ello por dos razones, ambas decisivas.

En primer lugar, como se ha precisado en la vista, las partes están de acuerdo en que, cualesquiera que sean el fundamento y la oportunidad de la tesis del Sr. Grifoni, según la cual las prestaciones de este último se habrían contratado en gran parte de palabra, dichas prestaciones se colocarían en todo caso en el régimen general del acuerdo-marco, precisando además que la cláusula compromisoria no fue nunca anulada por una decisión de las partes posterior y contraria. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no tiene ningún fundamento que le permita llegar a una conclusión distinta contra lo que plantea el recurso y no ha sido contradicho por la Comisión.

En segundo lugar, la incompetencia del Tribunal de Justicia queda excluida radicalmente al menos respecto a parte de la demanda, puesto que el mismo demandante, como se verá aún mejor seguidamente, confirmó que una parte de las prestaciones a que se refiere el litigio se ajusta también exactamente a lo que aparece ordenado en las órdenes escritas. La consecuencia es que, por lo menos para esta parte de la demanda y salvadas las consideraciones que luego haré sobre otros aspectos, no cabe discutir la competencia del Tribunal de Justicia.

7. Después de lo anterior, resulta necesario comprobar, en primer lugar, el fundamento de la excepción concreta de la Comisión basada en el apartado 2 del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento y, en general, concretar el *thema decidendi*. Casi no vale la pena decir que dicha valoración debe hacerse según las normas que regulan el procedimiento que debe seguirse ante el Tribunal de Justicia, ya que la aplicabilidad del Derecho italiano se limita obviamente al Derecho material.

Sobre el particular, recuerdo ante todo que, según el artículo 19 del Estatuto del Tribunal de Justicia y del apartado 1 del artículo 38 del Reglamento de Procedimiento, el documento por el que se somete un asunto al Tribunal de Justicia debe indicar imperativamente determinados datos, entre ellos especialmente el objeto del litigio, la exposición sumaria de los motivos invocados y las pretensiones del demandante. Además, con arreglo al apartado 2 del artículo 42 del citado Reglamento de Procedimiento, se prohíbe la invocación de motivos nuevos, a menos que éstos se funden en datos de hecho o de Derecho que hayan aparecido durante la fase escrita del procedimiento.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa es claro que no pueden apreciarse los extremos de semejante hipótesis. Por otra parte, está claro en la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia que «el objeto de la demanda debe quedar determinado en el recurso y que no pueden plantearse nuevas pretensiones a lo largo del procedimiento» *(traducción provisional)*.[1] La única excepción a este

1 — Sentencia de 7 de mayo de 1986, Barcella (191/84, Rec. p. 1541). En sentido análogo véanse las sentencias de 25 de septiembre de 1979, Comisión/Francia (232/78, Rec. p. 2729); de 18 de octubre de 1979 Gema (152/78, Rec. p. 3173), y de 8 de febrero de 1983, Comisión/Reino Unido (124/81, Rec. p. 203).

planteamiento se da en las controversias acerca de la responsabilidad extracontractual, en los casos en que, ante daños inminentes y previsibles, no es posible determinar con exactitud la extensión del perjuicio. En efecto, en este supuesto, el Tribunal de Justicia estableció que una modificación del *quantum* no puede considerarse como modificación del recurso o como aportación de motivos nuevos. [2]

Por consiguiente considero que, en el presente caso, la excepción que acabo de recordar podría estimarse, a lo sumo si, efectivamente, en el momento de interponer el recurso, el Sr. Grifoni se hubiera encontrado ante la imposibilidad de calcular con exactitud las cantidades que según él se le deben todavía.

Ahora bien, dado que se trata de cantidades relativas a trabajos terminados hace tiempo, parece que debe descartarse en principio la hipótesis de la imposibilidad de determinar la cantidad exacta en el momento del recurso. Por otra parte, el propio Sr. Grifoni no justifica en modo alguno la variación del *quantum* reclamado, limitándose a afirmar que «las cuentas presentadas [...] hacen evidente la existencia de un crédito superior al que resulta de las cuentas presentadas con el recurso» (p. 20 del escrito de réplica). Del cotejo entre el extracto de cuenta general presentado con el recurso y el anexo al escrito de réplica resulta que el único concepto en relación con el cual el Sr. Grifoni no se hallaba en condiciones de precisar el precio (o, en todo caso, se reservó el derecho de hacerlo posteriormente alegando alguna justificación) es el correspondiente a la demolición de techos, concepto que se dejó en blanco dada la inexistencia del precio correspondiente en la lista de precios, por lo que debía determinarlo un perito. Por el contrario, no se hacía mención alguna a la asistencia para la colocación de canales y capas protectoras de yeso, mientras que ya se había calculado la asistencia para la colocación de techos industriales, incluyéndose en la cantidad total reclamada mediante el recurso.

Además, la comparación de los dos extractos de cuenta de que se trata hace patente que únicamente en la réplica el Sr. Grifoni tomó en consideración y por ende computó las cantidades restantes que le eran adeudadas en relación con algunos encargos, que no figuran entre los anexos del recurso, entre ellos los que según el Sr. Grifoni le daban derecho a ulteriores pagos.

Debe añadirse que, en relación con algunos encargos que ya figuran como anexos del recurso, el Sr. Grifoni aumenta en la réplica las cantidades de las que pretende ser aún acreedor.

8. Por lo tanto, considero que no procede admitir la modificación del *quantum* de la demanda. En efecto, es evidente que la cantidad total de la que el Sr. Grifoni se considera todavía acreedor podía determinarse con exactitud ya en el momento de interponer el recurso, dado que se trata de obras ejecutadas con anterioridad y por las que se le debía pagar según una lista de precios conocida. Si acaso, podría considerarse que la única excepción es el concepto «demolición de techos», para el que, efectivamente, no existía un precio preestablecido en la lista de precios. No obstante, considero que, desde el momento en que finalizó la obra hasta el de la interposición del recurso, el Sr. Grifoni tuvo tiempo suficiente y la posibilidad

2 — Sentencia de 2 de junio de 1976, Kampffmeyer (asuntos acumulados 56/74 a 60/74, Rec. p. 711).

de determinar el precio por este concepto, mediante la intervención de un perito o aclaraciones de la Cámara de Comercio.

Tampoco puede considerarse como una inesperada e imprevisible actitud procesal la radical oposición de la Comisión a las pretensiones del Sr. Grifoni, dado que este último había ya exigido, extrajudicialmente y de forma tan reiterada como ineficaz, el pago del supuesto crédito.

En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que declare la admisibilidad del recurso únicamente en los límites del *petitum* formulado en su escrito introductorio, puesto que la parte restante contiene modificaciones de la demanda injustificadas y, por lo tanto, contrarias a Derecho.

9. Al examinar el fondo de las peticiones observo que, de la exposición completa que realiza el Sr. Grifoni acerca de sus relaciones con la Comisión, aun partiendo como supuesto general de que todos los trabajos se convinieron de palabra, y también de acuerdo con un análisis de los distintos encargos por los que el Sr. Grifoni pretende que tiene derecho a ulteriores pagos, pueden separarse tres supuestos distintos:

a) Obra ejecutada de conformidad con lo encargado *por escrito* (por más que el encargo escrito haya sido posterior al acuerdo verbal), pero erróneamente contabilizado.

b) Obra ejecutada de acuerdo con encargos verbales, posteriormente formalizados pero sin conformidad alguna entre todo lo realmente acordado y ejecutado (según el acuerdo verbal) y lo que deriva del encargo escrito.

c) Obra ejecutada de acuerdo con encargos de carácter exclusivamente verbal, pero formalizados por escrito.

Es común a los tres supuestos el hecho manifestado por el Sr. Grifoni (en la réplica) de que los acuerdos relativos a las obras en concreto se celebraron siempre verbalmente, lo cual niega la Comisión, invocando la normativa aplicable a la relación contractual de que se trata.

10. Ahora bien, incluso deseando salvar los problemas procesales que en rigor pudieran plantearse, debido a que en el escrito de réplica se modifica, además del *petitum*, también la fundamentación jurídica de las pretensiones, considero que existen importantes motivos sustanciales que, en cualquier caso, exigen rechazar de plano las pretensiones correspondientes a los dos últimos supuestos.

En realidad, el supuesto de la existencia y de la eficacia de acuerdos y encargos verbales, de contenido distinto y más amplio del que deriva de los acuerdos y encargos escritos, no sólo carece de toda prueba sino que, además, se halla en contradicción con la concreta normativa de la relación que las partes han aceptado expresamente y sometido al Tribunal de Justicia.

Ante todo me refiero al artículo 50 del Reglamento Financiero,[3] que exige la forma escrita para los contratos de arrendamiento de obra que otorgue la Comunidad. Como se ha dicho, un precepto similar se encuentra en el apartado 1 del artículo 3 de las condiciones generales, que las partes aceptaron como parte integrante del acuerdo-marco. Además, el artículo 18 de las condiciones de referencia establece que cualquier modificación del contrato debe constar en una cláusula adicional, suscrita con los mismos requisitos que el contrato, y prevé la ineficacia e inoponibilidad de los acuerdos verbales.

El mismo acuerdo-marco dispone en su artículo 6 que no se reconocerá ni se pagará cualquier variación o aumento de la obra encargada si no está autorizada por escrito. Esto coincide con lo previsto en el artículo 342 de la Ley «sui lavori pubblici» vigente en Italia,[4] así como en el artículo 1659 del Código Civil, que regula las modificaciones acordadas.[5]

El pacto acordado así sobre la forma, en relación con posibles alteraciones futuras de una relación contractual ya establecida, revela, a falta de comportamientos concluyentes incompatibles con la voluntad de mantener la relación en la forma convenida con anterioridad, que se ha deseado dicha forma escrita *ad substantiam*. En cualquier caso continúa siendo aplicable la citada normativa legal.

3 — DO L 356 de 31.12.1977, p. 1; EE 01/02, p. 90.

4 — Ley nº 2248 de 20 de marzo de 1865, doc. F.

5 — Los párrafos primero y segundo del artículo 1659 establecen: «Sin autorización del comitente, el contratista no podrá introducir alteraciones en las modalidades de la obra que hayan sido convenidas. La autorización deberá probarse por escrito» *(traducción no oficial)*.

11. Debe añadirse que el Derecho italiano, cuyas normas materiales regulan el régimen de prueba, no deja un amplio margen para la prueba de la existencia de acuerdos verbales contrarios al contenido de un documento. En concreto, se excluye la prueba por testigos de pactos adicionales o contrarios anteriores al documento (artículo 2722 del Código Civil).[6] Por lo que respecta a los pactos posteriores, se permite que el Juez apruebe dicho medio de prueba en virtud de una apreciación de verosimilitud, habida cuenta de la condición de las partes y la naturaleza del contrato (artículo 2723 del Código Civil).[7] No obstante, cuando, como en el caso que nos ocupa, las partes hubieren acordado la forma escrita, se admite la prueba por testigos únicamente en caso de extravío del documento (artículo 2725 del Código Civil).[8]

12. A la luz de la normativa recordada hasta aquí y en concreto de las exclusiones en materia de prueba que establece la ley italiana, considero que deben desestimarse las peticiones del Sr. Grifoni basadas en la existencia de acuerdos y encargos verbales contrarios al contenido de los acuerdos y encargos escritos.

6 — En realidad, el artículo 2722 dispone: «No se admitirá la prueba por testigos cuando tenga por objeto pactos adicionales o contrarios al contenido de un documento, cuya estipulación se afirme que ha sido anterior o simultánea» *(traducción no oficial)*.

7 — Con arreglo al artículo 2723: «Cuando se alegue que, después de la redacción de un documento, se ha llegado a un acuerdo sobre un pacto adicional o contrario al contenido del mismo, la autoridad judicial tan sólo podrá admitir la prueba por testigos si, habida cuenta de la calidad de las partes, la naturaleza del contrato y cualquier otra circunstancia, parezca verosímil que se hayan hecho añadidos o modificaciones de palabra» *(traducción no oficial)*.

8 — El artículo 2725 dispone: «Cuando, según la ley o la voluntad de las partes, un contrato deba probarse por escrito, solamente se admitirá la prueba por testigos en el caso que se indica en el nº 3 del artículo anterior. Se aplicará la misma norma en los casos en que se exija la forma escrita bajo pena de nulidad» *(traducción no oficial)*. Según el nº 3 del aludido artículo 2724: «En cualquier caso se admitirá la prueba testifical: [...] 3) cuando, sin culpa, una parte contratante haya perdido un documento que podría servir de medio de prueba» *(traducción no oficial)*.

13. Subsiste pues la petición recogida en la letra a), basada en la afirmación de que la obra ejecutada en virtud de determinados encargos escritos no se pagó de la forma convenida.

En realidad tal pretensión no sólo no se apoya en prueba alguna ni en un principio de prueba que racionalmente pueda dar paso a eventuales medidas de instrucción, sino que es contraria a los documentos que constan en autos.

No pueden considerarse elementos de prueba los documentos que el Sr. Grifoni añadió a su recurso y que él llamó «saldos contables». De hecho, en dichos documentos, redactados por el propio Sr. Grifoni, este último se limita a especificar pormenorizadamente, por conceptos y encargos de obra, los motivos que en conjunto conducen a sus pretensiones de pago; por lo tanto, se trata simplemente de detallar la pretensión contenida en el muy breve recurso.

Por otra parte, la Comisión presentó adecuadamente como anexo a su escrito de contestación los documentos que, en relación con cada encargo, acreditan el «estado final de la obra» que ejecutó el Sr. Grifoni, con los correspondientes importes (especificados por el mismo Sr. Grifoni en papeles con su membrete) el visto bueno del Centro con la anotación «la obra se ajusta técnicamente a lo que fue encargado», y las firmas del Sr. Grifoni y del responsable del Centro.

El demandante no niega haber recibido las cantidades que se indican en estos documentos, sino que se limita a negar su efecto liberatorio y resolutorio, alegando que no se trata de facturas en regla sino de documentos provisionales.

No puede aceptarse la tesis del Sr. Grifoni porque los documentos de que se trata, independientemente de que puedan considerarse o no como facturas, tuvieron ciertamente eficacia liberatoria para el Centro, en el sentido concreto de que acreditan el pago de la cantidad reclamada y debida y con ello la extinción de la obligación del comitente, y no existe ninguna prueba que induzca a considerar que el Sr. Grifoni, del cual proceden los documentos, los haya considerado únicamente parciales o provisionales. Tanto más cuanto que en ninguno de ellos se indica que se trata de un anticipo o cosa semejante y que incluso en muchos de ellos se indica que se trata de un pago «del saldo» (encargos 136/85, 695/85, 378/85, 631/85, 709/85, 106/85, 628/85 y 637/80).

Por consiguiente, no cabe duda de que los documentos presentados por la Comisión demuestran que se efectuó el pago de todo lo que se debía o, por lo menos, de todo lo que aceptó el Sr. Grifoni sin formular reservas. *Ad abundantiam* procede recordar sobre el particular que la normativa italiana sobre contratas de obras públicas, que en principio es aplicable también al caso de autos,[9] dispone que, en el caso de que se quieran ejercitar ulteriores pretensiones, debe hacerse la reserva correspondiente en el momento de la firma de los distintos certificados de obra y del certificado final.[10] Si no se hace dicha reserva se pierde el derecho a formular pre-

9 — Sobre el particular véase la sentencia de 26 de noviembre de 1985, Comisión/CO. DE. MI. (318/81, Rec. p. 3706 y ss., especialmente p. 3713) así como las conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn (*ibidem* pp. 3693 y ss., especialmente pp. 3698 y ss).

10 — Artículo 54 del Real Decreto nº 350 de 25 de mayo de 1895.

tensiones sobre el particular. Esta norma trata de satisfacer la exigencia de seguridad en las relaciones económicas de una entidad de Derecho público y no permite a una parte de la relación demorar el ejercicio de sus pretensiones.

14. De acuerdo con las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Declare la inadmisibilidad del recurso en cuanto a las modificaciones del *petitum* posteriores a su interposición.

2) Desestime el recurso en todo lo demás.

3) Condene en costas a la parte demandante.