INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto 159/86 *

I. Hechos y fase escrita

El demandante, que es ciudadano de la República Federal de Alemania, nació en 1953 en Italia, donde reside desde 1959.

El 27 de octubre de 1975 entró al servicio del Centro Común de Investigación de Ispra, en calidad de agente temporal, donde trabaja en el Servicio de Contabilidad.

Cuando se le contrató, el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo, «el Estatuto») preveía solamente una indemnización por expatriación, cuya concesión se basaba principalmente en el criterio de cambio efectivo de residencia, y, con carácter subsidiario, en el de la nacionalidad.

Posteriormente, el artículo 21 del Reglamento (Euratom, CECA, CEE) nº 912/78 del Consejo, de 2 de mayo de 1978, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades añadió al artículo 4 del anexo VII del Estatuto el párrafo siguiente:

«2. El funcionario que, no teniendo ni habiendo tenido nunca la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentre situado su lugar de destino, no reúna las condiciones previstas en el apartado 1, tendrá derecho a una indemnización por residencia fuera del país de origen, igual a una cuarta parte de la indemnización por expatriación.»

El día de la publicación de dicho Reglamento en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DO L 119 de 3.5.1978, p. 1; EE 01/02, p. 123), el Director General de Personal y de la Administración publicó el Infor-Rapide nº 78 mediante el cual se llamó la atención de los funcionarios y de otros agentes de las Comunidades Europeas sobre el establecimiento de la mencionada indemnización.

A dicha comunicación siguió la distribución de una nueva información publicada en las informaciones administrativas «Spécial Commission du 29 mai 1978», mediante la cual, el personal interesado de la Comisión, incluso el personal dependiente del Centro Común de Investigación, fue invitado a presentar una solicitud por escrito ante los servicios administrativos locales con vistas a poder beneficiarse, en su caso, de la indemnización por residencia fuera del país de origen.

El 12 de marzo de 1985 el demandante presentó una solicitud ante el Jefe de División «Derechos Administrativos y Financieros» para que se le concediese dicha indemnización, de conformidad con el apartado 2 del artículo 4 del anexo VII del Estatuto.

Al recibir su hoja de haberes del mes de septiembre de 1985 comprobó que la indemnización solicitada le había sido concedida retroactivamente sólo a partir del mes de marzo de 1985, es decir, a partir de la fecha de la presentación de su solicitud; el 9 de diciembre de 1985, el demandante interpuso una reclamación a tenor del apartado 2 del artículo 90 del Estatuto. Alegó que la in-

* Lengua de procedimiento: italiano.

demnización por residencia fuera del país de origen debería habérsele concedido con carácter retroactivo a partir del 4 de mayo de 1978, fecha en la que entró en vigor el mencionado Reglamento nº 912/78 del Consejo.

El 1 de abril de 1986, la autoridad facultada para proceder a los nombramientos (en lo sucesivo, «AFPN») desestimó la reclamación debido a que el establecimiento de la indemnización por residencia fuera del país de origen había llegado a conocimiento del personal que se encontraba en funciones en Ispra en 1978, que, además, el demandante había recibido en aquella época un ejemplar en su lengua materna del mencionado Reglamento del Consejo y que, en ningún momento antes del 12 de marzo de 1985, había presentado una solicitud ante los servicios administrativos de los que depende, ni tampoco les hizo saber que cumplía los requisitos para la concesión de la indemnización por residencia fuera del país de origen, aunque en ese momento no se encontraba fuera del servicio por vacaciones. La AFPN subrayó que el hecho de que el demandante sólo hubiera tenido conocimiento, más tarde, de la modificación de los Estatutos era imputable a una falta de atención por su parte.

Contra esta decisión desestimatoria, el demandante interpuso el presente recurso el 1 de julio de 1985.

La fase escrita siguió su curso reglamentario. Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió abrir la fase oral sin previo recibimiento a prueba.

II. Pretensiones de las partes

El *demandante* solicita al Tribunal de Justicia que:

1) declare que se debe al demandante la indemnización por residencia fuera del lugar de origen a partir del 4 de mayo de 1978;

2) anule la medida por la que la AFPN denegó liquidar las sumas adeudadas hasta el mes de febrero de 1985;

3) condene en costas a la demandada.

La *demandada* solicita al Tribunal de Justicia que:

1) declare la inadmisibilidad del recurso;

2) en todo caso que declare el recurso infundado;

3) condene en costas de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Procedimiento.

III. Motivos y alegaciones de las partes

A. *Admisibilidad*

La *Comisión* propone contra el presente recurso una excepción de inadmisibilidad con arreglo al artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, por cuanto la reclamación presentada por el demandante fue tardía.

Alega que, en el presente asunto, los actos que causan lesión al demandante están constituidos por cada una de las decisiones desestimatorias expresadas cada mes, en cada hoja de haberes, en las que la indemnización por residencia fuera del país de origen no se ha mencionado, desde mayo de 1978 hasta febrero de 1985. En consecuencia, el demandante debería haber presentado una reclamación en virtud del apartado 2 del artículo 90 del Estatuto contra dichos actos.

Al haber presentado el 9 de diciembre de 1985 su reclamación contra dichas decisiones, la última de las cuales es de 15 de febrero de 1985, el demandante dejó caducar el plazo previsto por el apartado 2 del artículo 90 del Estatuto.

Por otra parte, la Comisión señala que la decisión de 1 de abril de 1986 adoptada por la AFPN no hace más que confirmar las decisiones anteriores expresadas en las hojas de haberes y se limita a exponer los motivos por los que mantiene dichas decisiones.

La Comisión observa que este análisis, cuya justificación se deduce de los propios términos de la decisión de 1 de abril de 1986, es conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia (véanse, a este respecto, la sentencia de 15 de junio de 1976, Wack/Comisión, 1/76, Rec. 1976, p. 1017; sentencia de 8 de mayo de 1973, Gunnella/Comisión, 33/72, Rec. 1973, p. 475; sentencia de 24 de junio de 1971, Vinck/Comisión, 53/70, Rec. 1971, p. 601).

El *demandante* estima que la hoja de haberes del mes de mayo de 1978 no puede razonablemente asimilarse a una decisión desestimatoria sólo porque no contiene la indemnización por residencia fuera del país de origen que entonces acababa de establecerse. Sostiene que, tal como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y especialmente de su sentencia de 21 de febrero de 1974 (Schots-Kortner/Consejo y Parlamento, asuntos acumulados 25 a 33/73, Rec. 1974, p. 177), una hoja de haberes sólo constituye un acto que puede hacer correr los plazos del recurso si de ella se deduce claramente una decisión de la administración. En el presente caso, se trata pura y simplemente de un silencio de la administración, o de una omisión de su parte, que no han producido ninguna supresión o reducción de las retribuciones preexistentes. En efecto, en ningún ordenamiento jurídico y menos aún en el sistema jurídico comunitario, se puede atribuir al silencio de la administración —cuando no está precedido por un acto expreso de requerimiento, de intimación, de petición o de denuncia de la mora—, el alcance y el efecto de una decisión desestimatoria.

Por otra parte, el demandante observa que la decisión desestimatoria de la AFPN de 1 de abril de 1986 no confirma, como pretende la Comisión, la decisión expresada en la hoja de haberes del mes de mayo de 1976, sino la expresada en la hoja de haberes del mes de septiembre de 1985, en la que constan que se han pagado al interesado los atrasos de la indemnización por residencia fuera del país de origen a partir del mes de marzo de 1985. Por consiguiente, su reclamación fue presentada dentro del plazo contra la decisión expresada en el boletín del mes de septiembre de 1985. En todo caso, la pretendida inadmisibilidad de la reclamación —en la que se funda la inadmisibilidad del presente recurso— nunca le fue notificada, en particular, en la decisión desestimatoria de 1 de abril de 1986. Además, el demandante impugna la argumentación de la demandada, según la cual, hubiera debido presentar una reclamación antes del 15 de agosto de 1978, porque dicha reclamación hubiera sido prácticamente inútil, habida cuenta de que, en aquella época, podía solicitar simplemente el pago de la indemnización.

El demandante sostiene que los argumentos de la Comisión confunden la admisibilidad y el fondo del litigio mezclando la cuestión de si incumbe al demandante solicitar la indemnización so pena de caducidad, o si la administración debía acordarla de oficio.

B. *Fondo*

En primer lugar, el *demandante* alega que cumple con los requisitos exigidos para la concesión de dicha indemnización a partir

de la fecha de su establecimiento, es decir, a partir del 4 de mayo de 1978, debido a que el pago de la indemnización por residencia fuera del país de origen está conexo con el hecho de que el agente no tenga la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentre situado su lugar de destino.

En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce, y especialmente de su sentencia de 16 de octubre de 1980 (Hochstrass/Tribunal de Justicia, 147/79, Rec. 1980, p. 3005), que la indemnización por residencia fuera del país de origen únicamente se funda en el criterio objetivo y explícito de la nacionalidad. Por consiguiente, en el presente asunto, dado que el demandante es nacional de la República Federal de Alemania desde su nacimiento y que la nacionalidad que ha tenido siempre es la alemana, carecen de pertinencia las alegaciones de la demandada relativas a las vicisitudes de su familia de origen y a su residencia en el momento de su contratación. El demandante califica especialmente como gratuita la afirmación de la Comisión según la cual él es «un italiano que tiene un pasaporte alemán».

Además, es discutible que los beneficiarios deban darse o conocer y señalar que poseen la nacionalidad de otro Estado distinto a aquél en cuyo territorio se encuentre situado su lugar de destino, para que la Comisión pueda identificar a los funcionarios que reúnen los requisitos para la atribución de la indemnización por residencia fuera del país de origen. En otras palabras, a diferencia de lo que puede producirse, por ejemplo, en materia de prestaciones de protección a la familia, que están vinculados con circunstancias personales de las que la administración sólo puede informarse a través del interesado (modificación del estado civil, personas a cargo, nacimiento de un hijo, etc.), la verificación de los requisitos para la liquidación de la indemnización puede producirse de oficio puesto que, en el caso concreto, la nacionalidad del demandante y su lugar de destino son conocidos en forma cierta y oficial por la administración.

A este respecto, el demandante observa que es imposible comprender la tesis mantenida por la demandada en su escrito de contestación, y según la cual, la administración «no podía realmente saber que el demandante que lleva un nombre italiano (Michele) y que se encuentra perfectamente integrado en Italia donde siempre ha vivido y cuya lengua habla corrientemente, era de nacionalidad alemana». Basta recordar que, en el momento de su contratación, se declara y acredita mediante un certificado específico la nacionalidad de cada candidato y que la Comisión publica periódicamente una ficha personal puesta al día que contiene todos los elementos que caracterizan la situación administrativa de cada agente y, anualmente, una lista del personal que se encuentra en servicio en la que figuran especialmente la nacionalidad y el lugar de destino de cada persona. Así, a título de ejemplo, el apellido del demandante aparece en la página 46 de la lista actual, figurando con nacionalidad «D» y como lugar de destino «IPR». La conexión de estos dos elementos, de los que siempre dispuso la Comisión, es más que suficiente para permitir la liquidación automática de la indemnización, al igual que el aumento automático del sueldo cuando vencen los escalones de antigüedad y la adaptación de los coeficientes correctores como consecuencia de un traslado a otro lugar de destino.

El demandante estima que la decisión de la AFPN tuvo por efecto privarlo durante muchos años de un componente de su retribución, lo que constituye una infracción del artículo 62 del Estatuto. Al igual que las otras retribuciones que se deben al funcionario, la indemnización por residencia fuera del país de origen forma parte integrante de la retribución en el sentido de la mencionada disposición del Estatuto a cuyo derecho no es posible renunciar. Por otra parte, ésta sólo puede denegarse o suspenderse cuando el requisito relativo a su atribución

ya no se cumpla, y en los casos expresamente previstos por el Estatuto (destino en el territorio de un Estado miembro diferente a aquél del que el funcionario es nacional, excedencia sin retribución, aplicación de sanciones disciplinarias, etc.). Además, en el estado actual del Derecho de la Función Pública comunitaria, no está prevista la figura ni de la prescripción en contra de la administración ni de los administrados. Por lo tanto, el derecho a la indemnización por residencia fuera del país de origen debe ser considerado como imprescriptible. Por dicha razón, de la misma manera que la administración puede, sin sujeción a plazos, verificar y liquidar nuevamente de oficio la situación contable de los funcionarios, parece justo que ello pueda producirse también en la relación recíproca entre los funcionarios y la administración, al menos cuando no exista fraude, dolo u otro comportamiento intencional reprensible por parte del interesado.

El demandante además sostiene que la citada decisión de la AFPN también constituye una infracción del artículo 16 del anexo VII del Estatuto, puesto que la indemnización de que se trata puede y debe liquidarse en este caso en la misma forma y periodicidad de la retribución principal.

En opinión del demandante, las disposiciones que han establecido la indemnización por residencia fuera del país de origen no imponen a los interesados el incumplimiento de obligación alguna a la que se supedite la adquisición del derecho a la indemnización, la información publicada en el «Correo del Personal» simplemente tiene el carácter de una invitación a exponer su caso y sólo puede interpretarse en interés de los funcionarios y en el sentido de una rápida liquidación de las sumas que les corresponden. Estima que no puede reprochársele negligencia alguna, especialmente si se toman en consideración en el presente asunto los aspectos subjetivos (buena fe del demandante, una actitud que no ha sido pleitista, devoción por el trabajo antes que búsqueda de ventajas económicas conexas) y objetivos (novedad de la indemnización, existencia *ab initio* del derecho a la prestación, inexistencia de disposiciones estatutarias restrictivas). Por el contrario, la negligencia de la administración es aún más grave y equivale, seguramente, a la omisión de un acto debido, a saber, la liquidación de la indemnización a su debido tiempo y de oficio.

La decisión desestimatoria además implicó la violación del principio general por el cual la caducidad y las restricciones de los derechos deben estar expresamente establecidos en los textos aplicables. En efecto, la medida impugnada no encuentra fundamento en el Estatuto, ni en las eventuales disposiciones de ejecución, ni tampoco en los boletines de información distribuidos en aquella época por la Dirección General IX, los cuales no podían producir dicha consecuencia.

La decisión desestimatoria tampoco puede fundarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada por la demandada, que, según el demandante, se refiere a asuntos que presentan características bien precisas. Así hay que entenderlo respecto a la sentencia de 13 de julio de 1972 (Bernardi/Parlamento Europeo, 90/71, Rec. 1972, p. 603) en la que se imputa al demandante el haber incumplido una obligación de lealtad por haber invocado la falta de apreciación de un informe de calificación que él mismo había retenido deliberadamente. Asimismo, en la sentencia de 14 de diciembre de 1966 (Alfieri/Parlamento Europeo, 3/66, Rec. 1966, p. 633), el Tribunal de Justicia desestimó el recurso de un funcionario que deliberadamente omitió designar al médico de su confianza como miembro de una comisión de invalidez y, posteriormente, cuestionó la validez del procedimiento. Por su parte, la sentencia de 15 de junio de 1976 (Wack/Comisión, 1/76, Rec. 1976, p. 1017) se refiere a la falta de pago de la indemnización por expatriación porque no se habían cumplido los requisitos para su concesión en el momento de la entrada en servicios del fun-

cionario. Finalmente, las sentencias de 11 de julio de 1979 (Broe/Comisión, 252/78, Rec. 1979, p. 2393) y de 9 de marzo de 1978 (Herpels/Comisión, 54/77, Rec. 1978, p. 585) confirman la legalidad de la repetición de lo indebido efectuada por la Comisión en perjuicio de un funcionario, en circunstancias contrarias a las del presente asunto.

Por lo demás, el demandante sostiene que la decisión desestimatoria refleja una severidad excesiva si se considera que tanto la División de la Administración y del Personal de Ispra como la División de Derechos Administrativos y Financieros de Bruselas se mostraron favorables a la liquidación de las sumas anteriores. A este respecto, subraya que el escrito de 13 de marzo de 1985 de la División de la Administración y del Personal de Ispra también había indicado la solución técnica apropiada, a saber, la imputación retroactiva de los pagos al presupuesto de investigación para los años 1978 a 1983.

El demandante estima que la sanción impuesta —o la privación que ella implica— es manifiestamente desproporcionada e injusta y que la única sanción económica que le parece justificada, en el plano jurídico, es la percepción tardía de las sumas debidas sin ningún aumento por intereses de demora por el hecho de que los intereses, tradicionalmente, están supeditados a una solicitud del interesado.

La *Comisión* no discute que el demandante reúna los requisitos para percibir la indemnización por residencia fuera del país de origen y que la atribución de la misma se funde únicamente en el criterio de nacionalidad que, como ha definido el Tribunal de Justicia en la sentencia de 16 de octubre de 1980 en el asunto 147/79 (Hochstrass/Tribunal de Justicia, ya citado), tiene el mérito de ser uniforme, de ser objetivo y de estar en relación directa con la meta de la normativa.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha precisado en la mencionada sentencia que, el carácter fundamental de la indemnización por expatriación es «compensar las desventajas que sufren los funcionarios por razón de su condición de extranjeros». Estas desventajas consisten en «un determinado número de inconvenientes, tanto de derecho como de hecho, de orden civil, familiar, educativo, cultural, político, que no conocen los nacionales autóctonos» *(traducción no oficial)*.

Según estas consideraciones, la Comisión observa que el demandante nació en Italia en 1953, donde siempre ha vivido, ha efectuado sus estudios hasta 1973 y ha trabajado hasta el 27 de octubre de 1975, y en realidad, es tan poco extraño a Italia que no sufre ninguna desventaja por su condición de extranjero. Su asimilación con el país de acogida y con sus compañeros italianos es tan fuerte que le hacen olvidar que es ciudadano alemán. Debido a ello, con razón, la Comisión, cuyos servicios previnieron a todos los funcionarios sobre la revisión de los Estatutos producida en 1978 en dos ocasiones y que realmente no podía saber que el demandante era de nacionalidad alemana, sólo pagó su indemnización por residencia fuera del país de origen a partir del día en que lo solicitó.

La Comisión sigue diciendo que la solución hallada por la AFPN en su Decisión de 1 de abril de 1986, que puede parecer muy rigurosa en el plano pecuniario en cuanto afecta a un funcionario de grado modesto, no puede sin embargo ser considerada como una sanción. No es más que la consecuencia directa del comportamiento pasivo, incluso negligente, del demandante. Suponiendo

que haya existido una irregularidad en la situación patrimonial del demandante, de la sentencia del Tribunal de Justicia pronunciada el 13 de julio de 1972 en el asunto 90/71 (Bernardi/Parlamento Europeo) se deduce que el demandante no puede invocar una irregularidad que es la consecuencia de su propio comportamiento.

Por otra parte, según una jurisprudencia del Tribunal de Justicia reiterada y categórica cuando una administración ha cometido un error, incluso durante muchos años, «no se trata de saber si el error era o no era evidente para la administración sino si lo era para el demandante y la situación en la que se encuentra una administración encargada de garantizar el pago de miles de retribuciones y de asignaciones de toda clase no puede compararse a la de un funcionario que tiene un interés personal en verificar los pagos que mensualmente se le efectúan» *(traducción no oficial)* (sentencia de 11 de julio de 1979, Broe/Comisión, 252/78). Por lo tanto, es el demandante quien hubiera debido señalar su situación específica desde 1978 a la administración del Centro Común de Investigación.

La Comisión sostiene que, en lo que respecta a la pretendida infracción del artículo 62 del Estatuto, procede comprobar, en primer lugar, que el demandante nunca renunció al derecho que le es propio de percibir la indemnización por residencia fuera del país de origen y que dicha indemnización le fue concedida por la AFPN en cuanto tuvo conocimiento de su situación de hecho. Al hacerlo, la AFPN procedió de conformidad con el principio reconocido por el Tribunal de Jusitica en su sentencia de 9 de marzo de 1978 (Herpels/Comisión, 54/77) por el cual, revocar con efectos retroactivos una decisión viciada o errónea generalmente está sometido a requisitos muy estrictos, por el contrario la anulación prospectiva de dicha decisión siempre es posible. Por otra parte, es inexacto afirmar que la indemnización de que se trata presenta un carácter imprescriptible. De la misma manera que la indemnización por expatriación y los complementos familiares, que forman parte integrante de la retribución, la indemnización por residencia fuera del país de origen puede retirarse a todo funcionario que no cumpla con los requisitos que le permitan beneficiarse de ella. La misma se le concedería también para el futuro a aquél que cumpliese los requisitos a partir del momento en que se le informase al respecto.

La demandada también sostiene que el motivo basado en la infracción del artículo 16 del anexo VII del Estatuto tampoco está fundado puesto que dicha disposición, y más especialmente su apartado 3, se refiere únicamente a la indemnización por expatriación, con exclusión de la indemnización por residencia fuera del país de origen.

J. C. Moitinho de Almeida
Juez Ponente