CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO presentadas el 16 de febrero de 1989 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El Sr. Casto del Amo Martínez, funcionario del Parlamento Europeo, presentó, el 17 de diciembre de 1987, una reclamación contra la decisión del tribunal del concurso-oposición interno LA/104, destinado a constituir una reserva de puestos de traductor principal en las lenguas española y portuguesa, de no inscribirle en la lista de aptitud.

En su reclamación, el interesado solicitó la anulación de la decisión por infracción de las normas estatutarias que rigen el procedimiento de los concursos, alegando, principalmente, la violación de la obligación de secreto impuesta a los miembros del tribunal, la calificación insuficiente de estos últimos y la violación del principio de igualdad.

Mediante recurso presentado el 10 de mayo de 1988, después de que el Secretario General del Parlamento hubiera denegado expresamente la reclamación, el Sr. del Amo Martínez solicitó la anulación de la citada decisión alegando únicamente la apreciación errónea de su experiencia profesional específica.

2. Mediante escrito de 16 de agosto de 1988, el Parlamento Europeo propuso una excepción de inadmisibilidad del recurso, arguyendo que el único motivo alegado en el propio recurso era diferente de aquellos indicados en la reclamación.

3. La simplicidad del caso de autos no oculta la importancia de los principios que ha de sentar el Tribunal de Justicia, referentes a la relación entre la reclamación fundada en el apartado 2 del artículo 90 del Estatuto y el recurso jurisdiccional y, por lo tanto, en definitiva, la forma de concebir en su conjunto el sistema instituido para garantizar los derechos de los funcionarios comunitarios. No hay duda de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia contiene, al lado de algunos principios bien establecidos y claros, ciertas incertidumbres y contradicciones que deberían desaparecer.

4. Un primer punto ha sido clarificado repetidas veces y, en mi opinión, no debe ser puesto en duda. Desde la sentencia Sergy (sentencia de 1 de julio de 1976, 58/75, Rec. 1976, p. 1139), el Tribunal de Justicia ha afirmado que el procedimiento iniciado con la reclamación «tiene por objeto permitir y favorecer una solución pactada de las diferencias que surjan entre los funcionarios o agentes y la Administración» *(traducción provisional)*. En la misma perspectiva se encuentra la sentencia Herpels (sentencia de 9 de marzo de 1978, 54/77, Rec. 1978, p. 585), en la que el Tribunal de Justicia precisó que la fase administrativa previa constituye un «dibattito» («débat», «exchange», debate) entre el funcionario y la Administración y que el funcionario actúa solo, esto es, sin la asistencia técnica de un Abogado; añadiendo seguidamente, de forma coherente y significativa, que en el curso de esta fase la Administración tiene la obligación de interpretar y apreciar el contenido de la reclamación con toda la diligencia que una gran organización bien equipada debe a sus justiciables, incluyendo a los miembros de su personal.

* Lengua original: italiano.

Queda claro, pues, que la fase del procedimiento administrativo tiene una finalidad conciliatoria y un carácter no técnico e incluso informal («no form is prescribed»: sentencia Herpels).

5. Otro punto, confirmado en múltiples ocasiones por el Tribunal de Justicia y sustancialmente conforme con la naturaleza no contenciosa y con la finalidad conciliatoria del procedimiento, es que el funcionario debe precisar sus «quejas y deseos» en la reclamación dirigida a la Administración, de manera que se haga efectivo del intento de conciliación y que sea posible de este modo que todos los puntos de un eventual recurso jurisdiccional ulterior hayan sido ya, si es posible, objeto de «debate» previo con la Administración.

En este punto, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia presenta, más allá de esta formulación general, algunas incertidumbres y bastantes contradicciones en comparación con la orientación adoptada en las sentencias mencionadas con referencia a la naturaleza de la reclamación administrativa, en particular, en cuanto a la relación entre el contenido de la reclamación y el del recurso jurisdiccional.

6. En la sentencia Razzouk, por ejemplo (sentencia de 20 de marzo de 1984, asuntos acumulados 75 y 117/82, Rec. 1984, p. 1509), el Tribunal de Justicia declaró la *admisibilidad* de una *pretensión* subsidiaria no formulada en la reclamación al considerarla consecuencia de la negativa por parte de la Comisión a admitir la pretensión principal. En la sentencia Rasmussen (sentencia de 23 de enero de 1986, 173/84, Rec. 1986, p. 197), el Tribunal de Justicia declaró la *admisibilidad* de una *pretensión* que no solamente no figuraba en la reclamación administrativa, ni tampoco en las peticiones formuladas precedentemente y cuya negativa había dado lugar a la reclamación.

En concreto, el Tribunal de Justicia, tras haber recordado lo señalado en la citada sentencia Sergy, declaró la *admisibilidad* observando que:

«Si bien es exacto que la petición de ser readmitido en su antiguo empleo no está formulada expresamente en la reclamación del demandante, se incluye implícitamente en la petición general de regularizar su situación administrativa. Como no se tomó ninguna medida administrativa formal, prevista en el Estatuto, para trasladar al demandante, de modo regular, a otro servicio y ante las posiciones adoptadas anteriormente por el interesado, la Comisión no pudo ignorar que el demandante, al solicitar la "regularización de su situación administrativa", pretendía volver a encontrar un empleo que correspondiera a su categoría y grado, preferentemente en la Administración en que, oficialmente, siempre estuvo destinado.»

En las sentencias Rihoux (sentencia de 7 de mayo de 1986, 52/85, Rec. 1986, p. 1555) y Geist (sentencia de 20 de mayo de 1987, 242/85, Rec. 1987, p. 2181), el Tribunal de Justicia, aún refiriéndose a las sentencias Sergy, Razzouk y Rasmussen, declaró, al contrario, la *inadmisibilidad* de aquellos *motivos de recurso* que no presentaban ningún vínculo con las quejas formuladas en la reclamación, a pesar de que las *pretensiones* formuladas en la fase jurisdiccional no fueran diferentes de aquellas que constituyeron el objeto de la reclamación. En la sentencia Schwiering (sentencia de 23 de octubre de 1986, 142/85, Rec. 1986, p. 3177), se declaró la *admisibilidad* de las *pretensiones* (principales) ya formuladas en la reclamación, y la *inadmisibilidad* de una *pretensión* subsidiaria formulada por primera vez en el recurso interpuesto ante el Tribunal de Justicia. La misma posición en lo esencial fue mantenida en el asunto Aldinger (sentencia de 14 de julio de 1988, 23/87, Rec. 1988, p. 4395).

En las recientes sentencias Koutchoumoff (sentencia de 26 de enero de 1989, 224/87, Rec. 1989, p. 99) y Bossi (sentencia de 14 de febrero de 1989, 346/87, Rec. 1989, p. 303), el Tribunal de Justicia ha declarado la *admisibilidad* de *pretensiones* que no figuraban en la reclamación pero que estaban vinculadas a las formuladas en aquélla.

7. Ahora bien, ante tales variaciones de la jurisprudencia, considero que, ante todo, debemos distinguir claramente entre el *petitum* y la *causa petendi*, esto es, entre la pretensión (por ejemplo, la anulación de un acto o del procedimiento de concurso, la revocación de un traslado, la promoción, la concesión de una indemnización) y los elementos de hecho y de derecho sobre los cuales se fundamenta la pretensión (infracción de una norma, desviación de poder, vicios sustanciales de forma, por ejemplo, la composición irregular del tribunal, la atribución errónea de puntos y supuestos similares); y esto sea cual sea la terminología que se quiera utilizar («subject matter — grounds»; «conclusion — moyens»; «Streitgegenstand — Klagegründe»), incluso si la tradicional distinción en latín me parece la más correcta y comprensible.

8. Dicho esto, estimo que las soluciones posibles son las siguientes:

a) identidad, en la reclamación administrativa y en el recurso jurisdiccional, no sólo en el *petitum*, sino igualmente en la *causa petendi*, lo que entraña la inadmisibilidad absoluta en la fase jurisdiccional de toda nueva pretensión e, igualmente, de todo motivo que no haya sido alegado explícitamente en la reclamación (jurisprudencia Rihoux y Geist);

b) identidad del *petitum* y de la *causa petendi*, excepto la posibilidad en el recurso de nuevas pretensiones y de nuevos motivos respectivamente relacionados con los formulados en la reclamación (jurisprudencia Razzouk, Herpels);

c) identidad de *petitum*, exceptuando la posibilidad en el recurso de nuevas pretensiones relacionadas con las formuladas en la reclamación; y libertad sustancial en cuanto a la *causa petendi* (jurisprudencia Rasmussen, Koutchoumoff y Bossi).

9. En mi opinión, la primera hipótesis debe ser directamente rechazada, por cuanto es claramente contraria a la finalidad conciliatoria y a la naturaleza informal de la fase administrativa previa. Sobre todo, la necesidad de que los motivos de derecho sobre los que se funda la pretensión sean enteramente explicitados en la reclamación, so pena de inadmisibilidad, me parece, en primer lugar, irracional: basta con pensar en la ausencia de la ayuda técnica de un Abogado en esta fase, cuando la asistencia de un Abogado es expresamente exigida para recurrir ante el Tribunal de Justicia (apartado 1 del artículo 37 del Reglamento de Procedimiento). En segundo lugar, esta solución es contraria al apartado 2 del artículo 90 del Estatuto, que sólo establece una obligación de motivación para la respuesta de la institución y no para la reclamación del funcionario, contrariamente a la letra c) del apartado 1 del artículo 38 del Reglamento de Procedimiento, que prescribe para el recurso la indicación del «objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados». Añadamos todavía que se introduciría una ulterior diferencia de trato en detrimento del funcionario, desde el momento en que la institución no está en modo alguno obligada a explicitar nada en la fase administrativa previa, pudiendo reservar finalmente la exposición de su posición jurídica a la fase del procedimiento jurisdiccional. Y, por último, debemos recordar que la fase abierta por la reclamación no constituye la primera instancia de un procedimiento jurisdiccional, a diferencia de lo que ocurre en ciertos ordenamientos jurídicos nacionales; al contrario,

esta fase tiene precisamente como objeto evitar, medidante un «debate» desprovisto de toda formalidad, un ulterior procedimiento jurisdiccional.[1] En conclusión, no me parece coherente con esta finalidad el preconizar la solución que examinamos; la situación será diferente en cuanto a la relación entre el recurso ante el Tribunal de Primera Instancia y la casación ante el Tribunal de Justicia.

10. Por las mismas razones, me inclino por la tercera solución, que me parece la más clara y la menos susceptible de variaciones en su aplicación futura. Pero, sobre todo, la tercera solución es la que mejor satisface la exigencia de una protección real y completa de los derechos del funcionario comunitario, que me parece primordial.

11. Sin embargo, en el caso de autos, ha de declararse la admisibilidad del recurso tanto si se adopta en el plano general la tercera solución, tal como yo sugiero, como si se adopta la segunda. En efecto, en el caso que nos ocupa nos encontramos ante el mismo *petitum:* en la reclamación, «anulación de los trabajos del tribunal del concurso-oposición interno LA/104» (además de la verificación de que el tribunal del mismo ha actuado correctamente); en el recurso, «anulación de la decisión por la que el tribunal del concurso-oposición interno LA/104 resolvió», etc.

12. En cuanto a la *causa petendi,* si bien es cierto que la expuesta en el recurso consiste en una alegación jurídica (atribución errónea de puntos para la experiencia de traductor) que no aparece en la reclamación, es igualmente cierto que la misma, no sólo guarda relación y constituye el fundamento del mismo *petitum* (anulación del concurso-oposición), sino que guarda relación, puesto que constituye una especificación de la misma, con la *causa petendi* (infracción de las normas estatutarias que rigen el procedimiento de los concursos) ya enunciada en la reclamación: letra a) del anexo 5 del recurso, p. 3.

13. Propongo, por tanto, que se declare la admisibilidad del recurso y que el procedimiento sobre el fondo siga su curso.

1 — Incidentalmente, considero que hay que excluir todo paralelismo, en lo que se refiere al momento de la determinación definitiva del objeto del litigio, entre la fase administrativa, prevista en el artículo 90 del Estatuto y la fase administrativa previa regulada en el artículo 169 del Tratado CEE en materia de incumplimiento de los Estados.
La obligación de precisar ya el *petitum* y la *causa petendi* en la fase administrativa previa de los recursos por incumplimiento deriva del tenor mismo del artículo 169, que obliga expresamente a la Comisión a emitir «un dictamen *motivado*» (la cursiva es mía). Esto se refleja en la jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, que precisa que el objeto del litigio en los recursos por incumplimiento se determina de manera definitiva en el dictamen motivado, esto es, en la fase administrativa previa (véase, por ejemplo, sentencia de 23 de febrero de 1988, Comisión/Reino Unido, 353/85, Rec. 1988, p. 817).
Nada de todo esto figura en el artículo 90 del Estatuto, en lo que se refiere a los requisitos que ha de cumplir la reclamación del funcionario.