# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 5 de julio de 1988 *

*Señor Presidente,*
*Señores Jueces,*

1. El Estatuto de los funcionarios de las Comunidades prevé que éstos tienen la facultad de hacer transferir al régimen de pensiones comunitario los derechos causados en un régimen nacional antes de entrar en la función pública comunitaria. La Cour de cassation luxemburguesa ha planteado a este Tribunal de Justicia, a propósito de dos asuntos distintos, cuestiones prejudiciales que revelan, una vez más, la existencia de ciertas dificultades en la aplicación práctica de dicha transferencia.

2. En primer lugar trataré del asunto Retter, que se refiere a una situación cronológicamente anterior a la del asunto Fingruth.

3. El Sr. Retter fue nombrado con carácter definitivo funcionario de la CECA el 5 de febrero de 1962, después de haber trabajado por cuenta ajena en una sociedad y de haber totalizado 61 meses de afiliación a la Caisse de pensions des employés privés (en lo sucesivo, «CPEP»). El litigio se refiere a si es compatible con el Derecho comunitario un régimen de indemnización de rescate de las cotizaciones, como el vigente en Luxemburgo en 1964, es decir, en la época en que el Sr. Retter había solicitado y obtenido dicha indemnización.

4. Para los funcionarios de la CECA, el «Reglamento por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad» adoptado por la Comisión de Presidentes de la CECA, había previsto, en el párrafo 1 del apartado 2 de su artículo 11, el derecho a la transferencia en los términos siguientes: «El funcionario que entre al servicio de la Comunidad tras haber cesado en el servicio de una administración nacional o internacional, o de una empresa, tendrá en el momento de su nombramiento definitivo la facultad de hacer transferir a la Comunidad: — bien el equivalente actuarial de los derechos a pensión de jubilación que hubiere causado en la administración nacional, organización nacional o internacional, o empresa, de que dependía; — bien el total de las cantidades que hubiere devengado, en concepto de rescate de sus derechos, por la caja de pensiones de tal administración, organización o empresa, en el momento de su cese en el servicio» *(traducción no oficial)*. El artículo 2 de dicho Reglamento fijaba como fecha de entrada en vigor de éste el 1 de enero de 1962. Debe mencionarse que, en lo esencial, ese texto recogía con adaptaciones de redacción, lo dispuesto en los Reglamentos (CEE) nº 31 y (CEEA) nº 11 de los Consejos, de 18 de diciembre de 1961, por los que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, [1] que también entró en vigor el 1 de enero de 1962. Pero hay que señalar que, en contra de lo que sucede con este último Reglamento, que fue adoptado de conformidad con los artículos 189 del Tratado CEE y 161 del Tratado CEEA, el Reglamento de la Comisión de Presidentes de la CECA, al parecer, no ha sido publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y tampoco parece que haya sido objeto de ninguna otra forma de publicación.

* Traducido del francés.

1 — DO 45 de 14.6.1962, p. 1385.

5. Se ha pedido a este Tribunal, en el marco de la presente remisión, que se pronuncie acerca del alcance de la aplicabilidad directa de la disposición del Estatuto de los funcionarios CECA de 1962 en lo que respecta a una ley luxemburguesa vigente en la época de la adopción de dicho Estatuto. Ahora bien, durante todo el procedimiento ante este Tribunal, tanto en su fase escrita como en la oral, todas las partes se han empeñado en razonar como si la disposición estatutaria en cuestión tuviese las características jurídicas de un Reglamento comunitario, cuando quizá no tenga todas esas características.

6. Opino que una situación así justifica que este Tribunal vuelva a abrir los debates para que se precisen los efectos jurídicos del Estatuto de los agentes de la CECA de 1962 y, más exactamente, de su disposición relativa a la transferencia de los derechos a pensión, sobre todo en lo que respecta al hecho de no haberse publicado.

7. En tales circunstancias, considero que hoy no debo seguir adelante con mis conclusiones sobre el asunto Retter.

8. El asunto Fingruth se sitúa en un marco jurídico que no es exactamente igual al del asunto anterior. En efecto, se refiere a un litigio relativo a una solicitud de transferencia formulada en noviembre de 1981 por una funcionaria del Parlamento Europeo cuyo nombramiento definitivo había tenido lugar en abril de 1981. Dicha solicitud se basaba, en Derecho comunitario, en el Estatuto único de los funcionarios de las Comunidades Europeas, establecido mediante el Reglamento (CEE, Euratom, CECA) nº 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968,[2] y, más concretamente, en el párrafo 1 del apartado 2 del artículo 11 de su anexo VIII, que dispone:

«El funcionario que entre al servicio de las Comunidades, tras haber cesado en el servicio de una administración nacional, o internacional o de una empresa, tendrá, en el momento de su nombramiento definitivo, la facultad de hacer transferir a las Comunidades:

— bien el equivalente actuarial de los derechos a pensión de jubilación que hubiere adquirido en la administración nacional, organización nacional o internacional, o empresa, de que dependía;

— bien el total de las cantidades que hubiere devengado, en concepto de rescate de sus derechos, por la caja de pensiones de tal administración, organización o empresa, en el momento de su cese en el servicio.»

Desde el punto de vista del Derecho luxemburgués, la Sra. Fingruth pedía que se aplicaran las disposiciones de la Ley de 14 de marzo de 1979 que determinan las modalidades, en Derecho interno, de la facultad de transferir prevista por la mencionada disposición estatutaria. Dicha Ley, entre otras cosas, ha previsto, modificando el artículo 18 de la Ley de 16 de diciembre de 1963, que las cotizaciones pagadas al régimen de pensión luxemburgués sean transferidas, a solicitud del interesado, al régimen de pensiones comunitario, teniendo en cuenta los intereses compuestos del 4 % al año a contar del 31 de diciembre de cada año de afiliación. La solicitud debe presentarse, bajo sanción de caducidad, dentro del plazo de un año a partir del nombramiento definitivo. El régimen de rescate definido por esta Ley afecta, como se ha precisado en los debates celebrados en la vista, a la totalidad de las cotizaciones, es decir, a la cuota del «asegurado» y a la cuota del «empresario».

9. La situación de la Sra. Fingruth, que presentó ante la administración del Parlamento

2 — DO L 56 de 4.3.1968; EE 01/01, p. 129.

una solicitud de transferencia de los derechos a pensión antes de transcurrido un año tras su nombramiento definitivo como funcionaria comunitaria, es decir, dentro del plazo de caducidad previsto por la Ley de 1979, pero cuya solicitud fue transmitida por el Parlamento a la CPEP más de un año después de dicho nombramiento, ha inducido a la Cour de cassation a plantear a este Tribunal de Justicia una cuestión para precisar hasta qué punto es compatible un plazo de caducidad con el derecho a la transferencia previsto por el Estatuto.

10. Dado que corresponde al legislador nacional determinar las modalidades de la transferencia prevista por el Estatuto, suscribo el punto de vista de la Comisión y del Reino Unido de que dichas modalidades pueden incluir la fijación de un plazo para solicitar la transferencia a la autoridad nacional competente, bajo sanción de caducidad. Considero, *a priori*, que los imperativos de buena gestión administrativa de los organismos nacionales que gestionan los derechos a pensión causados por particulares antes de entrar en la función pública comunitaria, justifican el deseo que puede tener el legislador nacional de obligar al funcionario comunitario a decidirse dentro de un plazo determinado.

11. No obstante, al tratarse de un plazo establecido por una ley nacional para el ejercicio efectivo de una facultad prevista por el Derecho comunitario, su compatibilidad con este Derecho supone la observancia de ciertos límites.

12. Por analogía con la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1980 en el asunto Ferwerda, en la cual, aun reconociendo que corresponde

«al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar a los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades de procedimiento de los recursos judiciales cuyo objeto es proteger los derechos de los justiciables que se derivan del efecto directo del Derecho comunitario» *(traducción provisional)*,

este Tribunal precisaba que

«en ningún caso dichas modalidades pueden disponerse de forma que hagan prácticamente imposible el ejercicio de los derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de proteger», [3]

considero que las modalidades del ejercicio de un derecho establecido por un Reglamento comunitario directamente aplicable no pueden ser dispuestas por el legislador nacional de forma que el ejercicio de ese derecho se haga prácticamente imposible, ni siquiera difícil. Más concretamente, tal como señalaba el Reino Unido en sus observaciones escritas, el plazo fijado para ejercer el derecho a la transferencia debe ser suficiente para dar al funcionario la posibilidad tanto de formarse una opinión como de tomar una decisión con pleno conocimiento de causa.

13. Desde este punto de vista, un plazo como el de un año a partir del nombramiento definitivo en la función pública comunitaria, previsto por la Ley luxemburguesa de 1979 de común acuerdo, además, con la Comisión, no parece fijado de modo que haga imposible, ni siquiera difícil, el ejercicio del derecho a la transferencia, sobre todo teniendo en cuenta, como ha indicado la CPEP, que dicho nombramiento va precedido en la mayoría de los casos por un año de prácticas.

3 — 265/78, Rec. 1980, p. 617, apartado 10.

14. La compatibilidad de un plazo de caducidad, razonablemente fijado, con el párrafo 1 del apartado 2 del artículo 11 del anexo VIII del Estatuto, ¿debe, sin embargo, ir acompañada por una reserva según la cual la caducidad no puede ser invocada en determinados casos de actuación fuera de plazo?

15. La Comisión ha formulado sugerencias al respecto inspiradas en las circunstancias del contratiempo ocurrido a la Sra. Fingruth, la cual expresó en plazo hábil su voluntad de solicitar la transferencia, pero la administración del Parlamento Europeo se retrasó en transmitir su solicitud.

16. La Comisión se ha referido, sobre todo, a la colaboración constante entre instituciones comunitarias y nacionales en materia de transferencia de los derechos a pensión y ha considerado que dicha cooperación, basada en el artículo 5 del Tratado y, más específicamente, en el artículo 19 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades, debía llevar a que la caducidad no pudiera ser invocada contra un funcionario que ha expresado formalmente a su administración comunitaria su solicitud dentro del plazo de un año.

17. Este argumento me parece muy poco convincente. Si, como creo, se refiere al párrafo 1 del artículo 5 del Tratado, conviene recordar que, según jurisprudencia de este Tribunal, la obligación expresada por dicha disposición no basta para producir efectos jurídicos frente a los Estados. Según la expresión del Profesor Vlad Constantinesco, sirve para «reforzar obligaciones comunitarias preexistentes» y debe, para ello, ser completada por una obligación especial.[4] Me parece difícil considerar como tal obligación, habida cuenta de la materia de que se trata, el artículo 19 del mencionado Protocolo que dispone que «a los efectos de aplicación del presente Protocolo, las instituciones de las Comunidades cooperarán con las autoridades responsables de los Estados miembros interesados». Esta disposición me parece demasiado general para servir de base, aun en relación con el artículo 5, a la excepción a una caducidad resultante del hecho de actuar fuera de un plazo fijado por el Derecho nacional, cuando esa actuación fuera de plazo se debe a la lentitud de una administración comunitaria en transmitir una solicitud.

18. La Comisión, desarrollando su punto de vista sobre la estrecha colaboración entre administraciones nacionales e instituciones comunitarias en lo que se respecta a la transferencia de los derechos a pensión, ha precisado que se basaba en la práctica consistente en utilizar a la administración comunitaria como «mandatario legal del funcionario», y ha deducido de ello que debe considerarse que la voluntad claramente expresada por el funcionario ante su administración dentro del plazo de un año a partir de su nombramiento ha sido expresada válidamente.

19. En mi opinión, tal argumento revela cierta confusión en cuanto al concepto de mandatario. Suponiendo que la administración comunitaria pueda ser considerada como mandatario legal de su funcionario, está sujeta al mismo plazo que éste para enviar la solicitud de transferencia. En realidad, para evitar la caducidad, habría que considerar a la administración comunitaria como mandatario legal, no del funcionario, sino de la administración nacional. Entonces, podría estimarse que la recepción de una solicitud por la administración comunitaria dentro del plazo de un año satisfacía el requisito establecido por la Ley luxembur-

4 — «L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire», contribución a «Du droit international au droit de l'intégration», *Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1987, p. 110.

guesa de 1979. No obstante, como se ha visto, es difícil que las disposiciones invocadas del Tratado y del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades puedan constituir la base jurídica de dicha situación de «mandatario legal», y ninguna otra disposición comunitaria parece poder proporcionar la base necesaria a este respecto.

20. Además, hay que añadir que, en la vista, el representante de la Comisión indicó, respondiendo a una pregunta, que no iba a ir tan lejos como para considerar a la institución comunitaria como mandatario forzoso de la institución nacional.

21. En realidad, tal concepto del «mandatario forzoso» supondría una innovación considerable en lo que respecta a las relaciones entre instituciones comunitarias y nacionales y, ciertamente, no puede establecerse, sin norma formal, por medio de una interpretación jurisprudencial demasiado estrechamente inspirada por una situación particular.

22. No pudiéndose apoyar la inoponibilidad de la caducidad en relación a una solicitud porque ésta sea transmitida por una institución comunitaria, ¿podría apoyarse en caso de actuación fuera de plazo porque sea totalmente independiente de la voluntad de un funcionario? La cuestión planteada se refiere, de hecho, a la posibilidad de tomar en cuenta la fuerza mayor.

23. Es indiscutible que, para la aplicación efectiva del derecho a la transferencia, y más concretamente para la elaboración de las solicitudes de los funcionarios relativas a dicha transferencia, las instituciones comunitarias se han colocado en situación de intermediario obligatorio. Las observaciones de la Comisión y sus anexos muestran que la administración comunitaria había establecido un verdadero procedimiento de preparación de las solicitudes: información a los funcionarios acerca del derecho a la transferencia permitido por la legislación luxemburguesa, centralización de las solicitudes de información de los funcionarios relativas a los importes transferibles y envío de esas solicitudes a las cajas luxemburguesas, recepción de las respuestas y transmisión a los funcionarios interesados, centralización de las solicitudes de transferencia propiamente dichas y envío de éstas a las cajas luxemburguesas, imponiendo, además, la administración a sus funcionarios plazos para decidirse.

24. En tales circunstancias, es posible preguntarse si, en el caso de un funcionario que haya presentado a su administración, dentro del plazo de un año señalado por la ley Luxemburguesa, una solicitud de transferencia formalmente válida, el hecho de no transmitir la solicitud dentro del plazo tiene características de fuerza mayor. En efecto, salvo en el caso de que el funcionario presente su solicitud a la administración comunitaria *in extremis,* no puede normalmente prever que dicha administración no transmitirá la solicitud dentro del plazo legal, y no tiene control alguno sobre el curso de ésta. En otras palabras, el hecho de que la solicitud, expresada dentro del plazo por el funcionario, no sea transmitida por su administración dentro del plazo legal parece resultar, para él, de una causa imprevisible, que le es ajena, y respecto de la cual no dispone de ningún medio de defensa, habida cuenta del procedimiento dispuesto por la administración comunitaria. Tal situación, de la que el caso de la Sra. Fingruth constituye un ejemplo muy elocuente, ¿debe llevar a este Tribunal a acompañar con una reserva su respuesta?

25. La sentencia de 22 de enero de 1986, Denkavit contra FORMA, [5] puede ayudar a hacerse una opinión sobre este punto.

26. Resolviendo sobre la validez del artículo 15 del Reglamento nº 1380/75 de la Comisión, de 29 de mayo de 1975, por el que se establecen modalidades de aplicación de los montantes compensatorios monetarios, que disponía que «el expediente del pago del montante compensatorio monetario debe ser presentado, salvo casos de fuerza mayor, en el plazo de los seis meses siguientes al día en que se cumplimentaron los trámites aduaneros, bajo pena de caducidad», este Tribunal indicó que

«la caducidad a consecuencia de la presentación tardía del expediente es, por lo general, la consecuencia normal del transcurso de todo plazo imperativo, y no una sanción», [6]

recordando, no obstante, que el artículo 15 preveía que

«puede justificarse un retraso por circunstancias excepcionales que constituyan un caso de fuerza mayor».

Asimismo, el Tribunal de Justicia decidió que,

«en tales condiciones, nada permite afirmar que la caducidad impuesta [...] sea desproporcionada en relación al objetivo que el legislador comunitario ha querido alcanzar». [7]

27. Esta sentencia parece especialmente interesante en la medida en que destaca la idea de que, para apreciar si un plazo de caducidad es irrazonable, conviene verificar si se han tenido en cuenta circunstancias excepcionales constitutivas de un caso de fuerza mayor que permitan sustraerse a la caducidad. Considero que tal solución, adoptada a propósito de una normativa exclusivamente comunitaria, puede ser adaptada a una situación en la que un Reglamento comunitario establece un derecho y la legislación nacional determina las modalidades de su ejercicio. Más concretamente, me parece posible interpretar el párrafo 1 del apartado 2 del artículo 11 del anexo VIII del Estatuto en el sentido de que deja al legislador nacional la posibilidad de prever un plazo de caducidad para el ejercicio del derecho a la transferencia, siempre y cuando este plazo sea definido de forma razonable, es decir, que su duración permita una elección ponderada y que haya circunstancias excepcionales constitutivas de fuerza mayor que puedan justificar la inobservancia de dicho plazo. En lo que respecta al contenido del concepto de fuerza mayor, convendría, en mi opinión, remitirse al tenor de la sentencia de 9 de febrero de 1984, Busseni:

«[...] El concepto de fuerza mayor se refiere fundamentalmente [...] a circunstancias externas que hacen imposible la realización del hecho en cuestión. Aunque no presupone una imposibilidad absoluta, exige que se trate de dificultades anormales, ajenas a la voluntad del interesado y que resulten inevitables aun cuando se adopten todas las precauciones necesarias» [8] *(traducción provisional).*

28. Debe señalarse que, en la mencionada sentencia Denkavit contra FORMA, este Tribunal consideró que la pérdida de un documento por negligencia de las autoridades

5 — 266/84, Rec. 1986, p. 149.

6 — *Ibidem*, apartado 21.

7 — *Ibidem*, apartado 22.

8 — 284/82, Rec. 1984, p. 557, apartado 11.

aduaneras no constituía un caso de fuerza mayor que justificase la inobservancia del plazo de caducidad fijado por el Reglamento comunitario en cuestión. Pero esta solución se explica por el hecho de que ese mismo texto preveía el procedimiento que el operador debía seguir en caso de que no fuera devuelto el documento.

29. Lo cierto es que, en la materia que hoy nos ocupa, corresponde al Juez nacional decidir si una situación determinada ofrece las características de un caso de fuerza mayor en el sentido de la sentencia Busseni.

30. No sin ciertas dudas he llegado a la solución sugerida: si bien remedia los efectos de una lamentable omisión de la administración comunitaria, no hace que ésta asuma las consecuencias de dicha omisión, por lo menos en lo que respecta a la interesada. Pero me ha parecido que la jurisprudencia de este Tribunal llevaba lógicamente a precisar los límites dentro de los cuales el legislador nacional puede definir un plazo para el ejercicio de un derecho establecido por un Reglamento comunitario y a incluir en esos límites la consideración de elementos constitutivos, para los funcionarios interesados, de un caso de fuerza mayor.

31. Por consiguiente, sugiero a este Tribunal que:

— ordene la reapertura de los debates en el asunto Retter y,

— por lo que respecta al asunto Fingruth, declare que:

«El párrafo 1 del apartado 2 del artículo 11 del anexo VIII del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas no se opone a que una legislación nacional fije un plazo de caducidad para el ejercicio de la facultad que prevé dicha disposición, siempre y cuando el plazo se determine de manera que no haga imposible, ni siquiera difícil, ese ejercicio y que no pueda invocarse la caducidad en caso de inobservancia de plazo, por lo que respecta a un funcionario, debida a dificultades anormales, ajenas a su voluntad y que él no podía evitar.»